



O F I C I O

S/REF:
N/REF: DGT-SGON-247LB
FECHA: 17 de septiembre de 2007
ASUNTO: Consulta sobre el artículo 5.2.f) de la Ley 32/2006
DESTINATARIO: [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

Procedente del [REDACTED], se ha recibido escrito de don [REDACTED] del Departamento de Ingeniería de la empresa [REDACTED], dedicada a la **fabricación de conductos, instalaciones de ventilación, extinción, detección de CO e incendios y mantenimiento.**

En el escrito se consulta sobre la interpretación del artículo **5.2.f) de la Ley 32/2006**, de 18 de octubre, de Subcontratación en el Sector de la Construcción, en adelante LSC, se pone de manifiesto que en una reunión con cuatro constructoras cada una de ellas ha interpretado de una forma lo que se quiere decir con "*fundamentalmente*" y se expone en que han consistido esas opiniones, que damos por reproducidas.

Como se verá en lo expuesto a continuación, las opiniones segunda y tercera son erróneas, mientras que la primera y la última, que plantean la cuestión desde dos ángulos diferentes, resultan, en principio, ajustadas a la norma.

La justificación de esta respuesta se encuentra en el texto del propio artículo 5.2.f) LSC. Así, en relación con ello, y dentro de las competencias propias de esta Administración, por tanto, con carácter meramente informativo y no vinculante, se informa cuanto sigue.

1. Uno de los preceptos de la Ley 32/2006 que ha abierto más dudas y, en consecuencia, dado lugar a mayor número de consultas es el artículo 5.2.f) que, dentro del régimen de la subcontratación, establece la imposibilidad de que las subcontratistas "intensivas en mano de obra" contraten a su vez parte del encargo recibido.

Para contribuir a despejar las posibles dudas analizaremos el artículo citado, teniendo en cuenta que el objeto de la ley (artículo 1.1) es **mejorar las condiciones de trabajo** del sector de la construcción, en general, y **las**



condiciones de seguridad y salud de los trabajadores, en particular. Para el análisis habrá de tenerse en cuenta también que, aunque detrás de los índices de siniestralidad no pueda verse una única causa, sí cabe señalar que uno de los factores determinantes de los elevados índices de siniestralidad está relacionado, precisamente, con el uso de esa forma de organización productiva que se denomina subcontratación, que -siendo tradicional en el sector de la construcción- ha experimentado un intenso desarrollo en las últimas décadas. Ese recurso a la subcontratación, en algunos casos, ha sido excesivo y ha puesto en peligro las condiciones de trabajo, en general, y las de seguridad y salud de los trabajadores, en particular.

Al regular la subcontratación, la ley pretende poner orden y ciertas limitaciones a esa práctica que, aunque basada en el principio de libertad de empresa, ha podido dar lugar, en determinados casos, a la pérdida de las ventajas económicas de este tipo de organización, al tiempo que al deterioro de las condiciones de trabajo de los trabajadores afectados por el exceso de eslabones en la cadena de la subcontratación.

Por ello, la regulación establecida por la ley, además de perseguir una **mayor transparencia en todo el proceso**, supondrá también **cambios en la manera en que se venía desarrollando u organizando** –sin sujeción a norma alguna- **la actividad en las obras, de manera que trabajos que hasta ahora se venían realizando de una cierta forma** –en el aspecto organizativo-, **ahora tendrán que realizarse de otra, ajustada a la ley**.

Si tras la entrada en vigor de la ley, las cosas fueran a ser iguales que antes de ese momento, de poco habría servido el esfuerzo que los agentes sociales y el legislador invirtieron en ese texto, altamente consensuado, y, desde luego, el propósito tan esforzadamente perseguido, se vería seriamente menoscabado, cuando no burlado.

2. Por otro lado, algunas de las dudas surgidas en torno a las posibilidades y los límites de la subcontratación tienen su origen, no en el artículo 5 de la Ley, sino en la interpretación que se hace de otros preceptos legales. En tal sentido, antes de delimitar correctamente el ámbito en el que procede aplicar el artículo 5.2 f) conviene tener presentes las siguientes cuestiones:

- a) La subcontratación se define en el artículo 3 h) de la LSC como la “práctica mercantil de organización productiva en virtud de la cual el contratista o subcontratista encarga a otro subcontratista o trabajador autónomo parte de lo que a él se le ha encomendado”.

- b) El contratista se define como aquel que asume ante el promotor el compromiso de ejecutar la totalidad o parte de las obras (artículo 3 e) LSC), mientras que subcontratistas (de cualquier nivel) son quienes asumen contractualmente el compromiso de realizar determinadas partes de la obra (apartado f) del artículo 3).



- c) Finalmente, el artículo 4.1 a) de la LSC exige para intervenir en el proceso de subcontratación, en calidad de contratista o subcontratista, “poseer una organización productiva propia, contar con los medios materiales y personales necesarios, y utilizarlos para el desarrollo de la actividad contratada”.

De dichas definiciones y requisitos se deduce lo siguiente:

- Quien asume el encargo de ejecutar una obra (toda o parte de la misma), debe realizar por sí mismo todo o parte del encargo recibido. En consecuencia, **no es posible la subcontratación de todo el encargo recibido.**
 - **Tampoco es posible comprometerse a ejecutar obra (toda o parte) y limitarse a suministrar equipos de trabajo o materiales, subcontratando a una empresa subcontratista o a un trabajador autónomo la ejecución, en su totalidad, de los trabajos comprometidos.** Quien así actúa no dispone de una organización productiva necesaria para ejecutar la obra contratada o, al menos, no la pone en uso en la obra, por lo que no cumple el requisito exigido en el artículo 4.1 a) para intervenir en el proceso de subcontratación.
3. Sentadas las consideraciones anteriores, podemos entrar en el análisis del **artículo 5.2.f) LSC**, que establece como uno de los límites de carácter general del régimen de subcontratación el siguiente:

*“f) Asimismo, tampoco podrán subcontratar los subcontratistas, cuya organización productiva puesta en uso en la obra consista fundamentalmente en la aportación de mano de obra, entendiéndose por tal la que para la realización de la actividad contratada **no utiliza más equipos de trabajo propios que las herramientas manuales**, incluidas las motorizadas portátiles, **aunque cuenten con el apoyo de otros equipos de trabajo** distintos de los señalados, siempre que éstos pertenezcan a otras empresas, contratistas o subcontratistas, de la obra.”*

La consecuencia de que se den estas circunstancias es **no poder subcontratar** parte del encargo recibido; pero, analicemos los elementos o circunstancias que dan lugar a ello, descomponiendo lo que establece el texto transcrito.

- a) La primera frase a analizar es: *“cuya organización productiva puesta en uso en la obra”*.

Al ser **organización productiva puesta en uso en la obra**, las condiciones o limitaciones establecidas en el régimen legal de subcontratación en la construcción se refieren a las **circunstancias en que se desarrolle la actividad en cada obra**. Esto quiere decir que habrá que considerar en cada caso, por tanto en cada obra, si concurren o no las circunstancias que determinan la imposibilidad de subcontratar parte del encargo recibido y no se trata de una limitación que se imponga a determinadas empresas de manera



definitiva; aunque hay que admitir que, en función de su actividad o del modo de organizarse, quizá en algunas empresas se den en todas las obras en las que desarrollen su actividad las circunstancias previstas en el artículo 5.2.f) LSC y, en consecuencia, nunca puedan subcontratar.

- b) Lo segundo es que *“consista fundamentalmente en la aportación de mano de obra”*

“Fundamentalmente”, en coherencia con los requisitos del artículo 4 LSC, matiza adecuadamente la expresión *“aportación de mano de obra”*, porque **la empresa para poder actuar o intervenir en el proceso de subcontratación en el sector de la construcción, deberá contar no sólo con la mano de obra, sino también con los medios materiales necesarios y utilizarlos en el desarrollo de la obra** (art. 4.1.a) LSC) y aportar también la **dirección efectiva de los trabajos** (art. 4.1.c) LSC). Por tanto a la aportación de mano de obra deben acompañar esos otros requisitos, **aunque tal aportación resulte fundamental, por la propia naturaleza de los trabajos desarrollados.**

Para mayor claridad el artículo incluye una definición que, dando por sentada la aportación fundamental de mano de obra, y el cumplimiento de los demás requisitos del artículo 4 LSC, se apoya en dos elementos materiales: las herramientas manuales, de una parte, y otros equipos de trabajo, de otra, atendiendo tanto a su uso, o no, en la obra como a quien pertenecen, en los siguientes términos.

- c) *“la que para la realización de la actividad contratada **no utiliza más equipos de trabajo propios que las herramientas manuales, incluidas las motorizadas portátiles,**”*

La actividad contratada es la que una empresa desarrolla en una determinada obra.

Un **equipo de trabajo**, según el Real Decreto 1215/1997, de 18 de julio, que establece las disposiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización por los trabajadores de los equipos de trabajo, es **“cualquier máquina, aparato, instrumento o instalación utilizado en el trabajo”**.

Una empresa estará incluida en el supuesto del 5.2.f), cuando en la obra de que se trate, de sus **propios equipos** (propiedad o disposición por otro título) sólo utilice **herramientas manuales, incluidas las motorizadas portátiles**. Esto quiere decir que puede tener otros equipos, que no sean herramientas manuales, incluidas las motorizadas portátiles, y que podría estar utilizándolos en otra obra, pero si no los utiliza en la obra que se está considerando, en esa obra no podrá subcontratar.



- d) **“aunque cuenten con el apoyo de otros equipos de trabajo distintos de los señalados, siempre que éstos pertenezcan a otras empresas, contratistas o subcontratistas, de la obra”**

Si cuenta con el **apoyo** de cualquier **equipo de trabajo distinto** a las herramientas manuales, incluidas las motorizadas portátiles, y estos equipos **pertenece a otras empresas** contratistas o subcontratistas **de la obra** y se dan también los elementos anteriores, **seguiremos estando en el supuesto del 5.2.f).**

Ha de entenderse, pues la ley no lo aclara, que esos otros equipos que pertenecen a otras empresas contratistas o subcontratistas de la obra, estarán en la obra y serán de uso por cualquiera de las empresas que en ella desarrollen su actividad, sin contraprestación de éstas, pues, en otro caso, estaríamos ante un alquiler o similar, y, por tanto, la empresa en cuestión dispondría de **sus** propios equipos.

Y si esos otros equipos son –propiedad o posesión- de la empresa cuya condición (naturaleza) se está considerando, ya no estaremos ante una aportación fundamental de mano de obra y, en consecuencia, siempre dentro de los límites generales del artículo 5 LSC, podrá subcontratar parte de lo que a ella ha sido encomendado.

A efectos de facilitar el control de lo referido a la titularidad de los equipos de trabajo, el artículo 8.2 LSC ha establecido una **obligación** documental nueva, consistente en **disponer de la documentación o título que acredite la titularidad de la maquinaria que utiliza**. *“Asimismo, cada empresa deberá disponer de la documentación o título que acredite la posesión de la maquinaria que utiliza, y de cuanta documentación sea exigida en las disposiciones legales vigentes.”*

El incumplimiento de la obligación de disponer de esta documentación o título acreditativo de la posesión de la maquinaria se tipifica como infracción leve en el artículo 11.7 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

4. Pero, como vemos en la definición contenida en el artículo 5.2.f) LSC, para determinar la naturaleza de la actividad, no debe entrar en consideración el suministro o no de materiales, de forma que resulta indiferente si los mismos los aporta la empresa subcontratista o lo hace la contratista.

Efectivamente, el texto del **artículo 5.2.f) LSC** no hace alusión alguna a los **materiales**, que **ni son equipos de trabajo**, ni puede considerarse que queden incluidos en la expresión equipos de trabajo, cuya definición también se ha recogido antes, pues los materiales no son ni máquinas, ni aparatos, ni instrumentos o instalaciones utilizadas en el trabajo.



En definitiva, si la Ley no valora tal aportación es porque las materias primas no forman parte del inmovilizado de la empresa, que es la magnitud que puede dar indicios sobre la verdadera dimensión de la misma y de la puesta en juego del patrimonio empresarial en cada contrata o subcontrata que realiza. En efecto, la mera posesión de materiales consumibles sin bienes de equipo suficientes no puede entenderse que contribuya especialmente a constituir una organización productiva propia que cuente con los medios materiales y personales que contempla el artículo 4.1.a) de la Ley.

Partiendo de la ausencia de cualquier referencia en el artículo 5.2.f) de la Ley, debe considerarse que la aportación de materiales de construcción **no es un elemento, en términos generales, relevante** a los efectos de aplicación del régimen de subcontratación.

5. Como se ha indicado desde el principio, y teniendo en cuenta la complejidad de la actividad del sector de la construcción, y la diversa entidad y posible organización de las obras, **la circunstancia de ser una empresa intensiva en mano de obra, o no, ha de examinarse en cada ocasión y en relación con cada obra**, no pretendiendo la ley una tipificación definitiva de las empresas atendiendo a la actividad que concretamente desarrollan, sino, por el contrario, una **tipificación singular para cada obra, atendiendo tanto a la actividad comprometida, como a los medios, personales y materiales, puestos en juego en cada obra**.

Así pues, en la medida en que, junto a la mano de obra y las herramientas manuales, incluidas las motorizadas portátiles, **se aporten otros equipos de trabajo distintos** de los citados, para su uso como apoyo en el trabajo, y que sean, según los títulos acreditativos oportunos, de la propia empresa, ésta quedará, **para la obra en que así suceda**, fuera de la restricción prevista en el artículo 5.2.f) LSC, que venimos estudiando.

EL DIRECTOR GENERAL
P.D. EL SUBDIRECTOR GENERAL

Gonzalo Giménez Coloma