

Informe 62/06, de 26 de marzo de 2007. «Aplicación de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, de subcontratación a los contratos de las Administraciones Públicas».

Clasificación de los informes: 18.Otras cuestiones de carácter general.

ANTECEDENTES

Por el Presidente del Consejo Comarcal del Vallés Oriental (Granollers) se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa escrito de consulta redactado en los siguientes términos:

«El presente escrito tiene como finalidad solicitar a la Junta Consultiva de Contratación del Ministerio de Economía y Hacienda que se pronuncie en relación a dos cuestiones:

A) Los requisitos que han de reunir los empresarios para justificar su solvencia económica y financiera para contratar con la Administración Pública vienen previstos en el artículo 16, y los requisitos relacionados con la solvencia técnica en los contratos de obras en el artículo 17 del Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio -en adelante, TRLCAP-.

Dichos artículos disponen un listado de medios acreditativos que permiten justificar al empresario la solvencia económica, financiera y técnica.

La Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción, publicada en el BOE núm. 250, de 19 de octubre de 2006, y que entrará en vigor el 19 de abril de 2007, tal como indica su Disposición final tercera, establece en su artículo 4 los requisitos exigibles a los contratistas y subcontratistas:

"1. Para que una empresa pueda intervenir en el proceso de subcontratación en el sector de la construcción, como contratista o subcontratista, deberá:

Poseer una organización productiva propia, contar con los medios materiales y personales necesarios, y utilizarlos para el desarrollo de la actividad contratada.

Asumir los riesgos, obligaciones y responsabilidades propias del desarrollo de la actividad empresarial.

Ejercer directamente las facultades de organización y dirección sobre el trabajo desarrollado por sus trabajadores en la obra y, en el caso de los trabajadores autónomos, ejecutar el trabajo con autonomía y responsabilidad propia y fuera del ámbito de organización y dirección de la empresa que le haya contratado.

2. Además de los anteriores requisitos, las empresas que pretendan ser contratadas o subcontratadas para trabajos de una obra de construcción deberán también:

Acreditar que disponen de recursos humanos, en su nivel directivo y productivo, que cuentan con la formación necesaria en prevención de riesgos laborales, así como de una organización preventiva adecuada a la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

Estar inscritas en el Registro de Empresas Acreditadas al que se refiere el artículo 6 de esta Ley.

3. Las empresas contratistas o subcontratistas acreditarán el cumplimiento de los requisitos a que se refieren los apartados 1 y 2.a) de este artículo mediante una declaración suscrita por su representante legal formulada ante el Registro de Empresas Acreditadas.

4. Las empresas cuya actividad consista en ser contratadas o subcontratadas habitualmente para la realización de trabajos en obras del sector de la construcción deberán contar, en los términos que se determine reglamentariamente, con un número de trabajadores contratados con carácter indefinido que no será inferior al 10 por ciento durante los dieciocho primeros meses de vigencia de esta Ley, ni al 20 por ciento durante los meses del decimonoveno al trigésimo sexto, ni al 30 por ciento a partir del mes trigésimo séptimo, inclusive."

De acuerdo con los artículos expuestos anteriormente parece deducirse que en el momento de exigir la solvencia técnica y financiera de los empresarios, la exigibilidad se verá ampliada por los requisitos del artículo 4 de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción.

Es por todo lo expuesto, solicito a esta Junta Consultiva de Contratación que clarifique que si en el momento de la entrada en vigor de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción, se puede solicitar al empresario que justifique su solvencia económica, financiera y técnica, tal como disponen los artículos 16 y 17 del TRLCAP, y el artículo 4 de la nueva ley, y además acreditar esta solvencia documentalmente tal como dicta el artículo 79 del TRLCAP.

B) La segunda cuestión se plantea en el momento de la entrada en vigor de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción, en referencia a la creación del Registro de Empresas Acreditadas, ya que en el artículo 4.3 se establece que "Las empresas contratistas o subcontratistas acreditarán el cumplimiento de los requisitos a que se refieren los apartados 1 y 2.a) de este artículo mediante una declaración suscrita por su representante legal formulada ante el Registro de Empresas Acreditadas. "

En el artículo 6 del mismo texto se prevé la creación del Registro de Empresas Acreditadas, que dependerá de la autoridad laboral competente. Es por todo lo expuesto, solicito a esta Junta Consultiva de Contratación que clarifique si se pueden exigir los requisitos que marcan los apartados 1 y 2.a) del artículo 4, por parte de la administración directamente a los contratistas y subcontratistas en el momento de entrada en vigor de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción, si no están creados los Registros de Empresas Acreditadas».

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. Como expresamente se consigna en el escrito de consulta son dos las cuestiones que se someten a consideración de esta Junta, consistiendo la primera en determinar si en el momento de la entrada en vigor de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción se puede exigir al empresario que acredite su solvencia económica, financiera y técnica, tal como disponen los artículos 16 y 17 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y, además, las circunstancias previstas en el artículo 4 de la citada Ley 32/2006 y la segunda en determinar si se pueden exigir directamente por parte de la Administración a contratistas y subcontratistas en el momento de la entrada en vigor de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, los requisitos que marcan los apartados 1 y 2 a) de su artículo 4, si no están creados los Registros de empresas acreditadas.

2. Para intentar resolver las cuestiones planteadas es preciso partir de una diferenciación que en el escrito de consulta no parece establecerse, quizá motivado por algunos extremos confusos de la redacción de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, entre contratos, regidos íntegramente por la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, celebrados entre estas Administraciones y demás entes sujetos a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y contratistas particulares y contratos distintos entre contratistas y subcontratistas, que precisamente con el supuesto de la subcontratación, regidos por el derecho privado a los que se refiere la Ley 32/2006, de 18 de octubre, con la imposición de determinados requisitos.

3. La regulación tradicional de los contratos administrativos hoy incorporada a la vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, no suscita ninguna dificultad para determinar el régimen jurídico de los contratos celebrados entre Administraciones Públicas y demás Entes sujetos a la misma legislación y contratistas privados, y en el aspecto concreto que se somete a consulta de la solvencia económica, financiera y técnica en los contratos de obras, su acreditación viene establecida en los artículos 16 y 17 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sin que puedan exigirse otros requisitos o medios de acreditación de los enumerados en los citados artículos, exclusión que especialmente ha de referirse a los requisitos establecidos en el artículo 4 de la Ley 32/2006, de 17 de octubre.

El razonamiento anterior fácilmente comprensible se ve reforzado por la consideración de que la exigencia de otros requisitos distintos de los enumerados en los artículos 16 y 17 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas supondría infracción de normas comunitarias al constituir los citados artículos -incorporación de las Directivas comunitarias- debiendo extenderse

esta consideración a los artículos 47 y 48 de la Directiva 2004/18/CE y a la trasposición que en el futuro se realice en el ordenamiento jurídico español.

4. Contratos completamente distintos de los anteriores y que, por tanto, deben ser diferenciados son los que, constituyendo el supuesto de la subcontratación se celebran entre contratistas y subcontratistas, a los que será de aplicación el artículo 4 de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, sin que la Administración contratante tenga intervención alguna para exigir o no el cumplimiento de tales requisitos. Esta dejación de la Administración contratante del contenido de los contratos que los contratistas celebran con subcontratistas ha sido tradicional en nuestra legislación, limitándose la vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas a establecer límites para la subcontratación (artículo 115) y normas para garantizar el pago a subcontratistas (artículo 116), es la que justifica que por vía de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, puedan establecerse requisitos para contratos en los que no interviene como parte la Administración y que son de naturaleza estrictamente privados.

5. Frente a las claras consideraciones anteriores basadas en la de diferencia entre contratos entre Administración (y Entes asimilados) y contratistas y contratos entre contratistas y subcontratistas, no pueden prevalecer otras conclusiones que puedan desprenderse de expresiones no totalmente afortunadas de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, pues cuando la disposición adicional segunda señala que lo establecido en la Ley se aplicará plenamente a las obras de construcción incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ha de entenderse que no puede referirse a contratos con la Administración, sino exclusivamente a contratos entre contratistas y subcontratistas derivados de aquellos contratos, debiendo considerarse, por otra parte, errónea la cita en la disposición final primera del artículo 149-1-18ª de la Constitución, dado que la Ley 32/2006, de 18 de octubre, como hemos razonado no regula contratos administrativos al que hace referencia la regla del precepto constitucional.

6. Por último, la respuesta a la segunda cuestión planteada, aparte de que debe considerarse anticipada, pues es evidente que antes de la entrada en vigor de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, puede ser regulado el Registro de Empresas Acreditadas, lo cierto es que las soluciones a la falta de creación no pueden corresponder a la Administración contratante, como parece sugerirse en el escrito de consulta, sino a la Administración laboral, dado que el artículo 6.1 señala la dependencia del Registro de la autoridad laboral competente y el artículo 1 señala que su objeto es mejorar las condiciones de trabajo del sector, en general, y las condiciones de seguridad y salud de los trabajadores del mismo, en particular, con lo que el carácter laboral de la Ley no puede ser discutido.

CONCLUSIONES.

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que las exigencias previstas en el artículo 4 de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la Construcción no pueden exigirse como medios de acreditar la solvencia en los contratos de las Administraciones Públicas, dado que dichos medios aparecen regulados en los artículos 16 y 17 para el contrato de obras con normas incorporadas de las Directivas comunitarias.

2. Que por el contrario, el artículo 4 de la citada Ley deberá aplicarse en los contratos entre contratistas y subcontratistas derivados un contrato de obras regulado en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

3. Que por tratarse de una norma de carácter laboral el desarrollo reglamentario y demás medidas para su efectividad habrán de ser propuestas o adoptadas por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y no por los propios órganos de contratación.