

Informe 73/08, de 31 de marzo de 2008. «Contratos de obras. Régimen del requisito de inscripción de las empresas en el Registro de Empresas Acreditadas de la Ley reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción como condición de aptitud requerida por el artículo 43 de la Ley de Contratos del Sector Público».

Clasificación de los informes: 7 Capacidad y solvencia. 21.11 Contratos de obras. Otras cuestiones.

ANTECEDENTES

Por el Presidente de la Diputación de Sevilla se formula la siguiente consulta:

«Por el presente escrito, formulo consulta de conformidad con el art. 17 del R.D. 30/1991, de 18 de enero.

La Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción, establece:

“Artículo 4. 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:

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

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

c) 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:

a) 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.

b) 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 su Disposición Adicional Segunda, Régimen de subcontratación en las obras públicas: “Lo establecido en la presente Ley se aplicará plenamente a las obras de construcción incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Texto Refundido, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, con las especialidades que se deriven de dicha Ley”.

Por orden de 23 de mayo de 2008, de la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía, se crea el Registro de Empresas Acreditadas como Contratistas o Subcontratistas del Sector de la Construcción de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

El Artículo 14.1 dispone: "La inscripción en el Registro será única, tendrá validez en todo el territorio nacional y permitirá a las empresas incluidas en el mismo intervenir en la subcontratación en el Sector de la Construcción como contratistas o subcontratistas".

La Diputación de Sevilla y los Ayuntamientos de la provincia ejecutan obras en régimen de administración directa, en el Programa de Fomento de Empleo Agrario, en calidad de promotor y contratista principal, subcontratando parte de las mismas.

En relación con estos subcontratistas, y a la luz de las citadas normas, ¿debe considerarse la inscripción en el Registro de empresas acreditadas como una condición de aptitud de las exigidas por el art. 43 de la Ley de Contratos del Sector Público, igual o similar a la habilitación empresarial?, o a contrario sensu, ¿la falta de inscripción en este Registro impide la contratación con el sector público?».

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. Ante todo debe ponerse de manifiesto la forma confusa en que se formula la consulta toda vez que se oponen como términos contradictorios la circunstancia de que la inscripción en el Registro de Empresas Acreditadas sea considerada como requisito de aptitud con la de que se considere que la falta de inscripción en el Registro citado impida la contratación pública. Parece como si la falta de los requisitos de aptitud no fuera obstáculo para la contratación pública.

Sin embargo, nada más lejos de la realidad legal. El artículo 43.1 claramente dice que *"sólo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar..."*

Por consecuencia, queda claro que la falta de algún requisito de aptitud impide contratar válidamente con las entidades del Sector Público careciendo de sentido, por consecuencia, la oposición que se hace al formular la consulta entre ser un requisito de aptitud o impedir la válida contratación.

Sentado lo anterior, parece evidente que el consultante desea conocer qué incidencia tiene la obligación de inscribirse en el Registro de Empresas Acreditadas sobre los requisitos exigibles a los subcontratistas para poder intervenir en un proceso de subcontratación en que la entidad subcontratante sea una entidad del Sector Público.

2. Para resolver la duda planteada por el Presidente de la Diputación de Sevilla es preciso, ante todo, tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 4.2 de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción: *"las empresas que pretendan ser contratadas o subcontratadas para trabajos de una obra de construcción deberán también:...b) Estar inscritas en el Registro de Empresas Acreditadas al que se refiere el artículo 6 de esta Ley".* Los efectos de la inscripción en este Registro, y "sensu contrario" los de la falta de inscripción se determinan en el artículo 7 de la misma, a cuyo tenor: *"Las empresas contratistas y subcontratistas que intervengan en las obras de construcción incluidas en el ámbito de aplicación de esta Ley deberán vigilar el cumplimiento de lo dispuesto en la misma por las empresas subcontratistas y trabajadores autónomos con que contraten; en particular, en lo que se refiere a las obligaciones de acreditación y registro reguladas en el artículo 4.2 y al régimen de la subcontratación que se regula en el artículo 5...Sin perjuicio de otras responsabilidades establecidas en la legislación social, el incumplimiento de las obligaciones de acreditación y registro exigidas en el artículo 4.2, o del régimen de subcontratación establecido en el artículo 5, determinará la responsabilidad solidaria del subcontratista que hubiera contratado incurriendo en dichos incumplimientos y del correspondiente contratista respecto de las obligaciones laborales y de Seguridad Social derivadas de la ejecución del contrato acordado que correspondan al subcontratista responsable del incumplimiento en el ámbito de ejecución de su contrato, cualquiera que fuera la actividad de dichas empresas. En todo caso será exigible la responsabilidad*

establecida en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores cuando se den los supuestos previstos en el mismo”.

La regulación de los efectos de la no inscripción se completa con el artículo 6 del Real Decreto 1109/2006, de 24 de Agosto por el que se desarrolla la Ley en lo relativo al Registro de Empresas Acreditadas, de conformidad con el cual, *“cuando la empresa comitente obtenga certificación relativa a la inscripción en el Registro de una empresa subcontratista, se entenderá que ha cumplido con su deber de vigilar el cumplimiento por dicha empresa subcontratista de las obligaciones establecidas en el artículo 4, apartados 1 y 2, de la Ley 32/2006, de 18 de octubre. En tal caso, la empresa comitente quedará exonerada durante la vigencia del contrato y para una sola obra de construcción de la responsabilidad prevista en el artículo 7.2 de la citada Ley para el supuesto de incumplimiento por dicho subcontratista de las obligaciones de acreditación y registro. Lo indicado en el párrafo anterior se entiende sin perjuicio de las obligaciones y responsabilidades establecidas en otras disposiciones sociales. En todo caso será exigible la responsabilidad establecida en los artículos 42 y 43 del Estatuto de los Trabajadores cuando se den los supuestos previstos en el mismo”.*

De cuanto antecede se deduce en primer lugar que la inscripción en el Registro es obligatoria para la empresas, tanto si son contratistas como subcontratistas, y, en segundo lugar, que la falta de inscripción implica la asunción de especial responsabilidad solidaria por parte de la empresa subcontratante “respecto de las obligaciones laborales y de Seguridad Social derivadas de la ejecución del contrato acordado que correspondan al subcontratista responsable del incumplimiento en el ámbito de ejecución de su contrato”. Por contra, la certificación supone la exención de tales responsabilidades.

3. Se deduce de cuanto antecede que en ningún momento la normativa especial que rige la subcontratación en el sector de la construcción atribuye a la falta de exigencia por el contratante del cumplimiento de los requisitos previstos en ella por parte del subcontratista, otra virtualidad que no sea la de asumir responsabilidad solidaria respecto de las infracciones que puedan cometerse por éste último en relación con las normas laborales y de Seguridad Social.

En consecuencia carece de relevancia a los efectos de la validez o nulidad de los contratos celebrados con infracción de esta norma. Esto significa que, aplicado en el ámbito de la contratación pública, el cumplimiento de los requisitos mencionados no puede considerarse como condición de aptitud de las empresas subcontratistas, en primer lugar, porque su inobservancia no acarrea nulidad contractual, y en segundo, porque por regla general los poderes adjudicadores no intervienen en la relación de subcontratación. Pero tampoco en los casos en que la subcontratación se realice a través de la técnica de la utilización de medios propios. En tales casos, la Ley 32/2006 considera que cuando el promotor de la obra y el contratista sean la misma persona, caso al que se puede asimilar la ejecución de obras por la Administración, el contrato a celebrar con otros empresarios para la ejecución de partes de la obra, tiene también el carácter de subcontratación y, por tanto, está sujeto a las disposiciones de la Ley 32/2006 (art. 3 e) de la Ley).

Sin embargo, la no exigencia del cumplimiento de estos requisitos no determina la nulidad del contrato sino la responsabilidad solidaria de ambas partes en los términos establecidos en la Ley (art. 7) y las sanciones previstas en la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social. Todo ello sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria que pueda derivarse del incumplimiento.

CONCLUSIÓN

La inscripción en el Registro de Empresas Acreditadas creado por la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción y desarrollado por el Real Decreto 1109/2006, de 24 de agosto, así como el cumplimiento de las restantes obligaciones formales que la citada Ley impone a las empresas que deseen subcontratar, no pueden ser

consideradas como condición de aptitud para contratar en los casos del artículo 24 de la Ley de Contratos del Sector Público, pues de su inobservancia la Ley no deriva la declaración de nulidad de los contratos celebrados.