



Lehiaren
Euskal Agintaritza

Autoridad Vasca
de la Competencia

INFORME SOBRE EL PROGRAMA DE EMPLEO EN LA EDIFICACIÓN Y REHABILITACIÓN SOSTENIBLE

Proyecto AVC nº 169 (2016)

Sumario:

I. Objeto del Informe	1
II. Objetivos de la iniciativa planteada y medidas propuestas	2
III. Legislación aplicable al sector de la contrata y subcontrata.....	3
IV. Valoración de la propuesta	5
V. Conclusiones	10

Pleno:

Dña. María Pilar Canedo Arrillaga, Presidente

Dña. Natividad Goñi Urriza, Vocal

D. Rafael Iturriaga Nieva, Vocal

Secretario: D. Alfonso Gómez Fernández

El Pleno del Consejo Vasco de la Competencia (en adelante CVC), en su reunión del 17 de marzo de 2016, con la composición arriba indicada, ha decidido emitir el presente informe en relación con la consulta formulada por el Viceconsejero de Empleo y Trabajo del Departamento de Empleo y Políticas Sociales del Gobierno Vasco (en adelante el Viceconsejero de empleo) relativa al denominado “Programa de Empleo en la Edificación y Rehabilitación Sostenible”.

I. Objeto del Informe

1. El 19 de enero de 2016, tuvo entrada en el registro de la Autoridad Vasca de la Competencia (en adelante AVC) la consulta formulada por el Viceconsejero de empleo como consecuencia de un acuerdo adoptado en el seno de la Mesa de Diálogo Social Tripartito (en adelante la Mesa) relacionado con el Programa de empleo en la Edificación y rehabilitación Sostenible (en adelante el Programa).



La Mesa está constituida por el Gobierno Vasco, la organización empresarial CONFEBASK y las organizaciones sindicales UGT y CC.OO¹.

La consulta tiene por objeto el análisis de la adecuación del Programa a la normativa de competencia.

II. Objetivos de la iniciativa planteada y medidas propuestas

2. El programa propuesto tiene por objetivo expresado dinamizar el sector de la construcción que resulta “masivo en mano de obra” y con “escasa o nula formación” ante la existencia de un “nicho de actividad” en la rehabilitación y conservación de “un parque edificado muy maduro”.

Se pretende “impulsar un programa que contribuya a reorientar el sector (de la construcción) hacia la rehabilitación y conservación bajo parámetros de sostenibilidad medioambiental” y la accesibilidad. Para ello se plantea establecer medidas que sean incentivos para “generar una cultura” y “facilitar la interlocución con la administración en las distintas acciones de fomento”.

3. El programa se sustentaría en las siguientes bases:

- una acción subvencional que haga atractiva la opción de la rehabilitación sostenible a los promotores-beneficiarios de ella,
- la formación y cualificación de los trabajadores y
- el cumplimiento de la normativa laboral y preventiva para mejorar las condiciones del sector.

En opinión de la solicitante, para poner en marcha el programa pudiera ser necesaria la identificación de las empresas destinatarias y beneficiarias de la iniciativa, mediante su inclusión voluntaria en un registro o lista, previa declaración responsable de que sus materiales y procesos son sostenibles medioambientalmente, siempre que se tratara de empresas previamente inscritas en el REA². La inclusión en tal registro otorgaría a las empresas un sello o marca distintivos.

La obtención de este sello distintivo supondría, como beneficios para las empresas:

¹ Su constitución se produjo, según la página web del Gobierno Vasco, el pasado 4 de diciembre de 2014. Véase http://www.irekia.euskadi.eus/es/news/23494-gobierno-vasco-confebask-ugt-constituyen-mesa-dialogo-tripartito?criterio_id=776478&track=1.

² Entendemos que se trata del Registro de Empresas Acreditadas en el Sector de la Construcción, creado por Decreto 142/2008, de 22 de julio, (BOPV núm. 146 de 1 de agosto) por el que se crea el Registro de Empresas Acreditadas en el Sector de la Construcción y se regula su funcionamiento.



- la posibilidad de incrementar las subvenciones otorgadas a las comunidades de vecinos si se contratan los servicios de estas empresas o incluso condicionarlas.
- la posibilidad de participar en programas específicos de formación para trabajadores para estas empresas o para personas desempleadas “que quedarían a disposición de ser contratadas por dichas empresas”.

Las empresas que hubieran obtenido dicha cualificación se comprometerían a facilitar la entrada de “visitadores” sindicales y patronales con el fin de realizar un seguimiento del cumplimiento de los compromisos asumidos y de las condiciones laborales y preventivas.

La consulta prevé, para no plantear un “requisito obstativo”, la posibilidad de que aquellas empresas que no dispongan del sello puedan también acceder a las distintas acciones previa entrega de cierta documentación adicional que dependerá de cada caso concreto y que sustituiría los compromisos asumidos por las empresas que disponen del sello.

III. Legislación aplicable al sector de la contrata y subcontrata

4. La Ley de subcontratación en el Sector de la Construcción y su Real Decreto de desarrollo, exigen para las empresas que pretendan ser contratadas o subcontratadas para trabajos en una obra de construcción el cumplimiento, entre otros, de los siguientes requisitos³:

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

³ Ley 32/2006, de 18 de octubre, de subcontratación en construcción BOE 19 octubre 2006, núm. 250 y Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto, desarrolla la Ley de subcontratación en construcción. BOE 25 agosto 2007, núm. 204, pág. 35747; rect. BOE 12 septiembre 2007, núm. 219, pág. 37273.



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. La inscripción se realizará de oficio por la autoridad laboral competente, sobre la base de la declaración del empresario a que se refiere el apartado siguiente.

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 100 durante los dieciocho primeros meses de vigencia de esta Ley, ni al 20 por 100 durante los meses del decimonoveno al trigésimo sexto, ni al 30 por 100 a partir del mes trigésimo séptimo, inclusive.

A estos efectos, en las cooperativas de trabajo asociado los socios trabajadores serán computados de manera análoga a los trabajadores por cuenta ajena en los términos que se determine reglamentariamente.

Además de esta normativa, las empresas están sometidas a la normativa laboral y de prevención recogida en las leyes y en los convenios colectivos aplicables⁴.

Asimismo, en el ejercicio de su actividad de rehabilitación de edificios deberán respetar, además del resto del ordenamiento jurídico, las normas medioambientales y de accesibilidad que sean de aplicación.

5. La normativa que acaba de ser expuesta trata de garantizar que las condiciones de seguridad y empleo en el sector de la construcción se respeten por todos los operadores. Para ello establece limitaciones a la entrada en el sector que se han considerado necesarias y proporcionales por el legislador.

Cuando las Administraciones públicas establecen restricciones de acceso a un mercado, dichas restricciones deben reunir una serie de requisitos, según la Ley 17/2009, de libre acceso a las actividades y servicios⁵:

- La no discriminación en función de la nacionalidad o de ubicación del establecimiento o del domicilio social;

⁴ Véase como normativa básica la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, de 8 de noviembre, BOE 10 noviembre 1995, núm. 269, pág. 32590.

⁵ De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, BOE nº 283, de 24 de noviembre de 2009. Redacción dada por la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, BOE nº 295, de 10 de diciembre de 2013.



- La necesidad: que estén justificadas por razones de orden público, seguridad pública, salud pública, protección del medio ambiente, o cuando la escasez de recursos naturales o la existencia de inequívocos impedimentos técnicos limiten el número de operadores económicos del mercado.
- La proporcionalidad: que la limitación sea el instrumento más adecuado para garantizar la consecución del objetivo que se persigue porque no existen otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado.

La existencia de limitaciones que no reúnan los requisitos de no discriminación, necesidad y proporcionalidad, constituye un obstáculo a la libre prestación de servicios y, en consecuencia, un obstáculo al mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado afectado.

En el caso de que las citadas medidas tengan rango legal, el artículo 4 de la LDC establece que las mismas no pueden considerarse prohibidas⁶. Sí lo están sin embargo “las situaciones de restricción de competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal”.

IV. Valoración de la propuesta

6. La medida propuesta supone la definición de unos estándares que permiten a las empresas inscribirse en un registro voluntario y obtener un sello del que se derivan ventajas directas o indirectas.

Del mismo modo, las empresas que se inscriben en el registro adquieren unos compromisos de facilitación del control del cumplimiento de la legalidad vigente a agentes (los denominados “visitadores”) no habilitados para ello por la Ley.

El objetivo de la medida es proteger el medioambiente, crear empleo en el sector y fomentar el respeto a la normativa laboral y de prevención.

Los requisitos para la inscripción en el registro son, según se deriva de la consulta realizada:

- estar inscritas en el REA,
- realizar una declaración responsable de que sus materiales y procesos son sostenibles medioambientalmente, o que sus ofertas pudieran ser contrastadas técnicamente por un centro de formación profesional u otros entes a determinar,
- estar al corriente de sus obligaciones de Hacienda y Seguridad Social,
- comprometerse con el cumplimiento de la legislación laboral,

⁶ Ley estatal 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, BOE nº 159, de 4 de julio de 2007; modificada por Ley 39/2010, de 22 de diciembre, BOE-A-2010-19703; Ley 2/2011, de 4 de marzo, BOE-A-2011-4117, y Ley 3/2013, de 4 de junio, BOE-A-2013-5940. Texto consolidado <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-12946>.



- someterse al control de los “visitadores” de los sindicatos y de la patronal.

7. Nada puede objetarse a los requisitos de cumplimiento de la normativa laboral y fiscal que evidentemente tienen que cumplir todas las empresas que operan en el mercado.

8. El objetivo de potenciar la rehabilitación de edificios bajo unos estándares medioambientales determinados puede obtenerse, de forma menos restrictiva que la propuesta, mediante el establecimiento de requisitos medioambientales **pre-determinados, objetivos y transparentes** y crear incentivos para su cumplimentación.

Por ejemplo, podrían establecerse beneficios fiscales o de otro tipo para las empresas de la construcción que cumplan requisitos que objetivamente generen beneficios en el medio ambiente, o exigir a los promotores que deseen solicitar la máxima subvención que contraten servicios que cumplan los estándares medioambientales determinados.

La concesión de una subvención superior a todos los promotores de la rehabilitación que cumplieran con los estándares medioambientales establecidos -con independencia de la empresa que realice la obra- conseguiría que la medida se extendiera y obtuviera una eficacia muy superior.

Por el contrario, el establecimiento de un registro para determinadas empresas y el sometimiento de la concesión de una subvención al promotor de la rehabilitación a la contratación de una empresa inscrita produce el efecto de compartimentar el mercado y otorgar una ventaja competitiva a determinadas empresas. Estas medidas resultan innecesarias para la consecución del fin pretendido.

Las empresas podrían incluso con este sistema realizar ofertas diferenciadas en precios y calidades a las comunidades de propietarios que podrían decidir su opción con todos los datos.

9. Respecto de la posibilidad, como alternativa a la declaración responsable, de que las ofertas sean contrastadas técnicamente por un centro de formación profesional u otros entes a determinar, la valoración no puede ser positiva.

En primer lugar por la indefinición que suponen, tanto los requisitos que serán objeto de control, como los sujetos a los que se encomienda el control. Esta abstracción, que podría ser considerada lógica dado el momento en que se realiza la consulta, no debe ocultar el riesgo de que se genere una discrecionalidad en el acceso a las subvenciones al permitir que sean determinados entes ajenos a la administración quienes controlen los requisitos



de acceso a las mismas. Esta posibilidad genera, entre otros, problemas de competencia, como hemos visto, siempre que las barreras no sean adecuadamente justificadas.

En este caso, además, debe recordarse que el control de los requisitos de cumplimiento de la regulación por parte de empresas no puede dejarse en manos de operadores privados generando riesgo de cartelización de los mercados o de boicots que tendrían además una apariencia de amparo por la propia administración.

10. Respecto del objetivo de reactivación del empleo en el sector, una actividad subvencional adecuadamente diseñada contribuirá, en sí misma, a la activación del mercado de la rehabilitación de edificios y, por consiguiente, a esa creación de empleo.

La reducción del coste para los promotores de la rehabilitación aumentará la demanda de estos servicios. Demanda que deberá en todo caso, ser satisfecha por empresas que cumplan con los requisitos laborales establecidos, sin que parezca procedente mezclar este objetivo con otros no vinculados, como pueden ser los medioambientales.

11. El objetivo de la capacitación de los trabajadores resulta, igualmente, positivo. Sin embargo, no resulta apropiado reservar la formación de trabajadores y desempleados a las empresas que disponen de ese sello si lo que se pretende es mejorar las condiciones de empleo del sector.

La actividad de formación de trabajadores debe realizarse de forma no discriminatoria y estar abierta a todas las empresas del sector (además de permitirse también ofertas abiertas a cualquier operador capacitado para ofrecerla).

12. Finalmente, el mecanismo de control del cumplimiento de la normativa laboral y de prevención atribuido a “visitadores” sindicales y patronales para conseguir el objetivo de crear empleo en el sector en condiciones “sólidas y estables” no parece adecuado.

El ordenamiento jurídico otorga a la inspección de trabajo la función de control y sanción, en su caso, de los incumplimientos en materia de prevención de riesgos laborales y a los representantes sindicales la capacidad de denuncia



ante hipotéticos incumplimientos⁷. La normativa prevé, asimismo, la posibilidad de que cualquier persona pueda denunciar un incumplimiento de la norma⁸.

La administración tiene a su disposición otras medidas más eficaces para fomentar la toma de conciencia del respeto de la normativa de prevención sin crear mecanismos de control ajenos a las leyes y cuyas capacidades y consecuencias de sus decisiones no están por lo tanto reguladas con todos los graves problemas jurídicos que esto podría generar.

La generación de un registro público, aunque sea de carácter voluntario, como el que se plantea, generaría una sombra de duda sobre el cumplimiento de la Ley por parte de las empresas no registradas, que la administración no puede permitir como garante de la legalidad de todas las empresas que operan en el mercado.

13. La consulta contiene una cautela que supone que, para no plantear un “requisito obstativo”, aquellas empresas que no dispongan del sello puedan también acceder a las distintas acciones previa entrega de cierta documentación adicional que dependerá de cada caso concreto y que sustituiría los compromisos asumidos por las empresas que disponen del sello.

Respecto de la misma debe afirmarse que tal indefinición conlleva necesariamente un juicio negativo. Que se pueda alcanzar el resultado de la inclusión en el registro por medio de la entrega de documentación “que dependerá del caso concreto” genera una posibilidad de discrecionalidad que no parece asumible en una medida como la propuesta sin menoscabar la transparencia y la seguridad jurídica.

14. Finalmente, el hecho de que las empresas inscritas en este registro deban también estarlo en el REA, genera un doble control contrario a la competencia.

Si la inscripción en el REA, como parece razonable, implica un control del cumplimiento de la legalidad vigente, no resulta razonable que la administración avale la creación de otro sistema que imponga obligaciones no establecidas en la ley y menos aún que esta segunda inscripción se emplee para favorecer a algunas empresas por medio de la concesión de subvenciones superiores a terceros que las contraten.

⁷ Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. BOE 8 agosto 2000, núm. 189, pág. 28285; rect. BOE 22 septiembre 2000, núm. 228.

⁸ Véase, sobre las facultades de inspección en materia laboral, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, núm. 617/2014, de 30 de diciembre, Sala de lo Contencioso, Recurso contencioso-administrativo 630/2013 en su fundamento jurídico cuarto.



15. Debe recordarse, finalmente, que en caso de que los agentes presentes en la Mesa planteasen un acuerdo de alteración de las condiciones de mercado como el objeto de consulta, la medida podría ser considerada un acuerdo o recomendación colectiva tendente a controlar la producción o el desarrollo técnico de la rehabilitación y conservación de la edificación, abordada mediante parámetros de sostenibilidad medioambiental.

El mismo podría ser analizado desde la óptica de competencia como un acuerdo colusorio del artículo 1 de la LDC, en el que habría que verificar si se cumplen las condiciones de exención de su apartado 3 o las condiciones de las Directrices que la Comisión Europea establece para los acuerdos de fijación de estándares en sus Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal⁹.

“También pueden considerarse como estándares las condiciones de acceso a un determinado distintivo de calidad o la autorización por parte de un organismo regulador. Los acuerdos que establecen estándares sobre el rendimiento medioambiental de los productos o de los procedimientos de producción también entran en el ámbito de aplicación del presente capítulo” (Véase el párrafo 257).

El hecho de que una iniciativa empresarial esté auspiciada por la Administración no obsta para que las empresas estén vinculadas por las reglas que ordenan la competencia en el mercado.

22. En ciertos casos, las autoridades públicas incitan a las empresas a firmar acuerdos de cooperación horizontal para lograr un objetivo de interés público mediante la autorregulación. No obstante, las empresas continúan sujetas al artículo 101 cuando el derecho nacional se limite a fomentar o facilitar su conducta autónoma y anticompetitiva. Dicho de otro modo, el hecho de que las autoridades públicas fomenten un acuerdo de cooperación horizontal no significa que esté permitido en virtud del artículo 101.

Los acuerdos de estandarización pueden producir efectos económicos positivos importantes en forma de incremento de las opciones de libre circulación de los productos, bajadas de precios o incremento de los estándares de calidad. Sin embargo la determinación de estándares también puede producir efectos restrictivos de la competencia mediante la eliminación o discriminación de ciertas empresas impidiéndoles o dificultándoles un acceso efectivo al estándar.

La concesión de ayudas públicas condicionadas a la previa inclusión en la lista o registro podría introducir un factor de extraordinaria distorsión en el mercado de la rehabilitación de edificios al otorgar a la empresa que lo consiga una ventaja competitiva.

⁹ Comunicación de la Comisión Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal. C 11/01. DOUE 14 de enero de 2011.



V. Conclusiones

PRIMERA.- La configuración de un registro como el propuesto favorece a determinadas empresas al implicar que el promotor recibirá una subvención superior con lo que orienta la demanda hacia las mismas.

SEGUNDA.- Los objetivos medioambientales pretendidos por la norma pueden ser obtenidos mediante actuaciones más adecuadas y menos discriminatorias.

TERCERA.- Los objetivos de respeto de la normativa laboral y de prevención deben garantizarse por la Administración en cualquier empresa. Lo mismo puede decirse de los programas de formación de trabajadores que pueden sin problema impulsarse desde el Gobierno. No puede sin embargo asumirse que algunas empresas poseedoras de un determinado sello cumplen la normativa y el resto no.

Si lo que se pretende es intensificar el control en un sector sobre el que existe sospecha de un mayor número de infracciones, la administración puede conseguir su objetivo de control mediante medidas no discriminatorias. Lo mismo puede decirse de los programas de formación a personas en paro y/o con difícil acceso a la empleabilidad que, siendo claramente positivos, deben implementarse sin discriminación para las empresas.

CUARTA.- Por todo ello debe concluirse que la creación de un registro como el propuesto constituye una barrera de entrada discriminatoria al mercado de la rehabilitación de edificios que no resulta necesaria para el cumplimiento de los objetivos planteados.