



Expediente 109/18. Determinación del cumplimiento del requisito de que, al menos, el 2% de los trabajadores sean discapacitados en empresas de más de 50 empleados.

Clasificación del Informe: 3. Requisitos de los contratos. 6. Prohibiciones para contratar. 6.1. Cuestiones generales.

ANTECEDENTES

El Presidente de la Confederación Nacional de la Construcción (CNC) ha dirigido consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado con el siguiente tenor:

“El artículo 71.1.d) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, ha introducido una nueva prohibición de contratar respecto al anterior texto normativo; se trata además de una prohibición de contratar que es apreciada directamente por los órganos de contratación.

La cuestión gira en torno a la obligación de cumplir el artículo 42 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, que establece lo siguiente:

"Artículo 42. Cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad.

1. Las empresas públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores vendrán obligadas a que de entre ellos, al menos, el 2 por 100 sean trabajadores con discapacidad. El cómputo mencionado anteriormente se realizará sobre la plantilla total de la empresa correspondiente, cualquiera que sea el número de centros de trabajo de aquella y cualquiera que sea la forma de contratación laboral que vincule a los trabajadores de la empresa. Igualmente se entenderá que estarán incluidos en dicho cómputo los trabajadores



con discapacidad que se encuentren en cada momento prestando servicios en las empresas públicas o privadas, en virtud de los contratos de puesta a disposición que las mismas hayan celebrado con empresas de trabajo temporal."

Al respecto el art 71 de la LCSP establece lo siguiente:

"Artículo 71. Prohibiciones de contratar.

1. No podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3 de la presente Ley con los efectos establecidos en el artículo 73, las personas en quienes concurra alguna de las siguientes circunstancias:

d) No hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, en los términos que reglamentariamente se determinen; o en el caso de empresas de 50 o más trabajadores, no cumplir el requisito de que al menos el 2 por ciento de sus empleados sean trabajadores con discapacidad, de conformidad con el artículo 42 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, en las condiciones que reglamentariamente se determinen; o en el caso de empresas de más de 250 trabajadores, no cumplir con la obligación de contar con un plan de igualdad conforme a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres.

La acreditación del cumplimiento de la cuota de reserva de puestos de trabajo del 2 por ciento para personas con discapacidad y de la obligación de contar con un plan de igualdad a que se refiere el primer párrafo de esta letra se hará mediante la presentación de la declaración responsable a que se refiere el artículo 140. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, el Consejo de Ministros, mediante Real Decreto, podrá establecer una forma alternativa de acreditación que, en todo caso, será bien mediante certificación del órgano administrativo correspondiente, con vigencia mínima de seis meses, o bien mediante certificación del correspondiente Registro de Licitadores, en los casos en que dicha circunstancia figure inscrita en el mismo."

Y el artículo 72 de la LCSP establece:



“Artículo 72. Apreciación de lo prohibición de contratar. Competencia y procedimiento.

1. Las prohibiciones de contratar relativas o las circunstancias contenidas en las letras c), d), f), g) y h) del apartado 1 del artículo anterior, se apreciaron directamente por los órganos de contratación, subsistiendo mientras concurren las circunstancias que en cada caso las determinan”.

La cuestión sometida a consulta tiene relación con la actual obligación de incluir cláusulas sociales en los procedimientos de licitación, y en concreto con las cláusulas relativas al cumplimiento de disponer trabajadores con discapacidad en un porcentaje mayor del legalmente establecido -bien sea como criterio de adjudicación de la oferta, o como condición de ejecución del contrato-. El problema se agrava al venir desarrollada esta obligación en una legislación dispersa, descentralizada y compleja, además de que cada órgano de contratación establece un formulario o modelo de declaración jurada que, al no tener en cuenta en todo caso el Criterio Técnico del Ministerio de Empleo y Seguridad Social en materia de cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad, coloca al licitador en indefensión o al menos en una situación de escasa seguridad jurídica.

A título de ejemplo se exigen declaraciones juradas del siguiente tenor:

”3) Declara:

3.1) Que el número global de trabajadores de plantilla es de _____, siendo el número particular de trabajadores con discapacidad en plantilla de _____, lo que representa un _____% (superior en %, al mínimo legal establecido)

3.2) Que el porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad en la plantilla es del _____ %”

Si se sigue el “Criterio Técnico 98/2016 sobre actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con Discapacidad”, en una empresa de 99 trabajadores en el que trabaja un empleado con discapacidad se cumple con el porcentaje requerido del 2%; no obstante si en este caso se hace la declaración jurada en los términos solicitados por el órgano de contratación, no sólo no se cumple con la reserva de trabajadores con discapacidad, pudiéndose incurrir en causa de



prohibición de contratar por hacer una declaración jurada dudosa. En definitiva las cuestiones objeto de consulta son las siguientes:

Si procede exigir a los licitadores los requerimientos de información y de declaración jurada relativos al cumplimiento de la reserva de trabajadores con discapacidad de conformidad con el Criterio Técnico de la Inspección de Trabajo, o por el contrario cada órgano de contratación puede establecer su propio criterio o interpretación en estas cuestiones.

Si el órgano de contratación puede tener en cuenta criterios o requisitos distintos de los establecidos por la Inspección de Trabajo, en materia de cuotas de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad, para apreciar la concurrencia de una prohibición de contratar por incumplir el mencionado requisito o por hacer una declaración jurada que se aparta del criterio del órgano de contratación pero que se ajusta al criterio de la Inspección.

A la vista de lo anteriormente expuesto se solicita de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado informe sobre la cuestión referida, a juicio de ese órgano consultivo.”

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. La consulta planteada por la Confederación Nacional de la Construcción versa sobre la aplicabilidad de los criterios técnicos de la Inspección de Trabajo a la hora de valorar el cumplimiento de la obligación consistente en la existencia de una cuota de puestos de trabajo para personas con discapacidad en las empresas, tanto en lo que hace a los criterios de adjudicación del contrato, a las condiciones especiales de ejecución del mismo y a la posible existencia de una prohibición de contratar.

2. El artículo 42 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social trata de la cuota de puestos de trabajo para personas con discapacidad y señala lo siguiente:



“1. Las empresas públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores vendrán obligadas a que de entre ellos, al menos, el 2 por 100 sean trabajadores con discapacidad. El cómputo mencionado anteriormente se realizará sobre la plantilla total de la empresa correspondiente, cualquiera que sea el número de centros de trabajo de aquélla y cualquiera que sea la forma de contratación laboral que vincule a los trabajadores de la empresa. Igualmente se entenderá que estarán incluidos en dicho cómputo los trabajadores con discapacidad que se encuentren en cada momento prestando servicios en las empresas públicas o privadas, en virtud de los contratos de puesta a disposición que las mismas hayan celebrado con empresas de trabajo temporal.

De manera excepcional, las empresas públicas y privadas podrán quedar exentas de esta obligación, de forma parcial o total, bien a través de acuerdos recogidos en la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal y, en su defecto, de ámbito inferior, a tenor de lo dispuesto en el artículo 83. 2 y 3 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/ 1995, de 24 de marzo, bien por opción voluntaria del empresario, debidamente comunicada a la autoridad laboral, y siempre que en ambos supuestos se apliquen las medidas alternativas que se determinen reglamentariamente.

2. En las ofertas de empleo público se reservará un cupo para ser cubierto por personas con discapacidad, en los términos establecidos en la normativa reguladora de la materia.”

El artículo 5 del RD 1451/1983, de 11 de mayo, exige el cumplimiento de esta obligación desde el punto de vista laboral y señala lo siguiente:

“Dentro del primer trimestre de cada año, con conocimiento de los representantes del personal, las Empresas que empleen un número de trabajadores fijos que exceda de 50 deberán enviar a la Oficina de Empleo del INEM de la provincia en que tengan su sede social, así como a las de las provincias donde tengan Centros de trabajo, relación detallada de los



puestos de trabajo ocupados por trabajadores minusválidos y de aquellos que por sus características queden reservados a los mismos.”

Ambos preceptos establecen una obligación de contratación de trabajadores con discapacidad, estableciendo una cuota mínima y fijando una serie de obligaciones formales de comunicación y acreditación. Además, el incumplimiento de estas reglas constituye un supuesto de infracción grave en el artículo 15 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

3. La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, establece en el artículo 71 que constituye una causa de prohibición de contratar que, en el caso de empresas de 50 o más trabajadores, éstas no cumplan con el requisito de que al menos el 2 por ciento de sus empleados sean trabajadores con discapacidad.

Para la constancia del meritado porcentaje la ley indica que la acreditación del cumplimiento de la cuota de reserva de puestos de trabajo del 2 por ciento para personas con discapacidad se hará mediante la presentación de la declaración responsable siendo, no obstante, posible que el Consejo de Ministros, mediante Real Decreto, establezca una forma alternativa de acreditación. Esta posibilidad no ha tenido todavía plasmación normativa.

Finalmente cabe destacar que la competencia para la declaración de la prohibición de contratar en estos casos corresponde al órgano de contratación.

4. Ni el texto refundido de la Ley de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social ni la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, regulan con precisión la forma de realizar el cálculo del porcentaje del 2% a los efectos de la acreditación del cumplimiento del requisito legal, bien sea, en el caso de los contratos públicos, con el fin de hacer constar si existe una prohibición de contratar o bien para acreditar el cumplimiento de una condición de selección del contratista o de ejecución del contrato.

La Inspección de Trabajo y Seguridad Social dictó el Criterio Técnico 98/2016 sobre actuaciones en materia de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad. En este Criterio Técnico se establecen reglas muy precisas para determinar qué empresas



está obligadas, cómo se calcula la plantilla y cómo se debe computar y materializar la cuota del 2%.

De este modo, una vez determinada la plantilla de la empresa debe aplicarse el porcentaje del 2% que permitirá conocer la cuota de trabajadores con discapacidad que la empresa debe tener contratados. Para ello, siempre según el criterio mencionado, *“debe realizarse una interpretación finalista de la norma y el redondeo debe ser a la baja, no existiendo obligación de contratar a uno más hasta alcanzar el siguiente número entero.”*

Esta conclusión se alcanza en el Criterio Técnico mediante el siguiente razonamiento:

“La intención del legislador es la siguiente: Empresas de menos de 50 trabajadores, 0 trabajadores de cuota; de 50 a 99, un trabajador; de 100 a 149, dos, y así, sucesivamente de 50 en 50, de manera que hasta que no se completan otros 50 trabajadores no surge la obligación de contratar a uno más.

En definitiva, el redondeo deber ser a la baja (redondeo al entero por defecto, eliminando los decimales), y no existe la obligación de contratar a uno más hasta alcanzar el siguiente número entero. (Consultas de la DGT de 24-04-2001 ; 7-02-2002; 1-07-2009; 30-09-2014; 15-10-2014).

Ejemplo: (Si el resultado de aplicar el 2% sobre el número de plantilla es de 3,32 o de 3,81, en ambos casos la obligación se concretaría en 3 trabajadores).

Respecto la aplicación de diferentes criterios de redondeo según la Comunidad Autónoma, la Dirección General de Empleo emitió respuesta con fecha 30 de septiembre de 2014 y reiteró el criterio expuesto señalando que deben eliminarse los decimales y precisó que tanto la Ley General como el RD 364/2005 constituyen "legislación laboral básica", competencia exclusiva del Estado conforme al artículo 149.1.7º de la Constitución Española, correspondiendo igualmente al Estado, con carácter informativo, su interpretación.”



Desde luego este Criterio Técnico se emite a los efectos del ejercicio uniforme de las competencias que corresponden a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. La Ley 23/2015, de 21 de julio, de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social nos recuerda en su Preámbulo que la norma actualiza los cometidos, funciones y medios de actuación de la Inspección, suponiendo en este sentido una adaptación de la normativa posterior a la Ley de 1997, no solo en lo relativo a las materias inspectoras, sino también en cuanto a las normas de carácter general. Dado que la legislación cuya aplicación y vigilancia está encomendada a la Inspección es la misma en todo el territorio, también deben ser los mismos los criterios técnicos e instrucciones dictados para garantizar esa homogeneidad normativa, de manera que no se introduzcan por esta vía diferencias territoriales, ello sin perjuicio de la dependencia funcional de la Inspección de las Comunidades Autónomas, lo que no resulta afectado por esta previsión, ya que se limita a la identidad en la normativa y no se extiende a la ejecución de la misma.

De esta forma, se consagra como principio general que orienta el Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, el de unidad de criterio técnico interpretativo. En desarrollo de esta previsión el artículo A 20.2 de la norma citada establece que *“Se garantiza la efectividad de los principios de igualdad de trato y no discriminación en el ejercicio de la actividad inspectora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social mediante una aplicación homogénea de la normativa del orden social. A tal fin se establecerán las oportunas instrucciones de organización de los servicios, criterios operativos generales y criterios técnicos vinculantes, que serán objeto de publicación, en su caso, conforme a lo previsto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.”*

5. Teniendo en cuenta todo lo anteriormente expuesto, resulta claro que si bien los criterios técnicos no tienen un efecto vinculante externo a la propia operativa de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, sí constituyen un medio solvente para interpretar los requerimientos del precepto desde el punto de vista de la aplicación del requisito contemplado en la normativa especial de protección de los derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social. Desde luego, las competencias de la inspección laboral no se extienden a la materia contractual pero parece razonable que los criterios de interpretación sean similares.



Es claro que una prohibición de contratar no constituye materialmente una sanción, por más que tenga elementos de conexión con sanciones anteriores, pero si el criterio de la Inspección es favorable al administrado a la hora de calcular la cuota de reserva, por ejemplo, a los efectos de valorar si existe una infracción grave de la LISOS, parece lógico que el criterio sea similar a los efectos de anular una consecuencia desfavorable para el licitador de un contrato, bien sea esta consecuencia la falta de aptitud para contratar, bien el incumplimiento de condiciones de selección del contratista o de ejecución del contrato.

Por tanto, la interpretación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social proporciona un elevado grado de seguridad jurídica y, si bien no puede decirse que vincule jurídicamente a todos los órganos de contratación, sí parece lógico que se tenga en cuenta a la hora de aparejar efectos desfavorables a las entidades licitadoras.

En mérito a las anteriores consideraciones jurídicas la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado alcanza las siguientes

CONCLUSIONES

- La interpretación contenida en el Criterio Técnico 98/2016 sobre actuaciones en materia de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social proporciona un elevado grado de seguridad jurídica a la hora de determinar el cumplimiento del requisito contenido en el artículo 42 del texto refundido de la Ley de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social.
- Dicho criterio no vincula jurídicamente a todos los órganos de contratación, conforme a la normativa propia de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.
- No obstante, parece lógico que se tenga en cuenta a la hora de aparejar efectos desfavorables a las entidades licitadoras, bien para la declaración de la existencia de una prohibición de contratar por el órgano de contratación, bien para determinar si



se cumplen las condiciones de selección del contratista o de ejecución del contrato que se hayan contemplado en la documentación contractual.