

Cuota de reserva y medidas alternativas



GARRIGUES



Son muchos los retos sociales en los que las empresas pueden contribuir y aportar soluciones, a la vez que desarrollan su actividad, y uno de ellos es la generación de empleo de las personas con discapacidad.

Las personas con discapacidad suman el 9% de la población española, esto quiere decir que el 9% de los clientes, empleados, proveedores,... de las empresas pueden ser personas con discapacidad. Pese a ese peso porcentual, la de su integración laboral no es pareja a la de la población general. Una muestra de ello es que *“el 33,9% de las personas con discapacidad oficialmente reconocida eran activos. Esta tasa de actividad es 44,2 puntos inferior a la de la población sin discapacidad”*.¹

Conscientes de esta problemática, y del reto que supone para las empresas abordar la integración laboral de las personas con discapacidad, Garrigues, Fundación ONCE, Ilunion y Fundación SERES han elaborado “Cuota de reserva y medidas alternativas, guía práctica”, que tiene por objetivo facilitar la comprensión de la normativa legal, la cual pretende impulsar la integración de las personas con discapacidad en el mercado laboral.

La integración laboral de las personas

con discapacidad, además de ser una obligación para las empresas, puede suponer una oportunidad para ellas, oportunidad que se pone de manifiesto en las empresas que ya han apostado por la inclusión y la diversidad en el desarrollo de su negocio. Prueba de ello, es la valoración que hacen de la integración laboral de las personas con discapacidad los máximos responsables de algunas de esas empresas:

Dr. Josep Santacreu
Consejero Delegado DKV

Juan Manuel González Serna
Presidente de Grupo Siro y Fundación Grupo Siro

Jesús Alonso
Presidente y Consejero Delegado de Ford Iberia

José María Pacheco
Presidente de Konecta

Antonio Brufau
Presidente de Repsol



Dr. Josep Santacreu
Consejero Delegado
DKV

DESCRIPCIÓN

DKV es una empresa pionera en el sector de seguros de salud en el fomento de la inserción laboral de personas con diversidad funcional. Más allá de cumplir con la Ley General de Discapacidad, en el año 2000, varios directivos de la empresa gestaron una iniciativa de emprendimiento social para realizar la atención al cliente asegurado a través de personas con discapacidad. Se trata de la Fundación DKV Integralia, que a día de hoy, tiene una plantilla de 430 personas con diversidad funcional en 8 centros especiales de empleo en toda España y 3 programas de cooperación al desarrollo en India, Colombia y Perú.

En España, Integralia ofrece servicios de *contact center*, marketing digital, formación y consultoría para la inserción y se autofinancia a través de estos servicios con más de 40 clientes. Este compromiso con la discapacidad por parte de DKV y de su equipo directivo ha contribuido, de forma clara, a un mayor sentimiento de pertenencia y orgullo de todos los empleados/as de DKV, que ha

sido elegida como empresa *Best Place to Work* durante los últimos 7 años. Casi 250 empleados con algún tipo de discapacidad de Integralia trabajan en los procesos operativos de atención al cliente de DKV y, por lo tanto, su desempeño y resultados impactan en la cadena de valor. En cuanto a los aprendizajes sobre la gestión de la diversidad que podemos compartir desde DKV, cabe destacar la capacidad de adaptación, el acompañamiento, la formación, el cambio cultural interno, la habilidad para la escucha y la comprensión de la realidad que conlleva la discapacidad.

Nuestra valoración es muy positiva y animamos a las empresas a superar barreras y visiones preconcebidas respecto a las personas con discapacidad.

¹En 2015 había 601.100 personas activas, con una tasa de actividad del 33,9%, más de 40 puntos inferior a la de la población sin discapacidad (78,1%).

Fuente: <http://www.ine.es/prensa/np1012.pdf>



Juan Manuel González Serna
Presidente de Grupo Siro y Fundación Grupo Siro



Jesús Alonso
Presidente y Consejero Delegado de Ford Iberia

DESCRIPCIÓN

En Grupo Siro estamos firmemente comprometidos con la inserción laboral y social de personas con discapacidad desde nuestros orígenes, hace ahora 27 años. En 1998 inauguramos en Venta de Baños nuestro primer Centro Especial de Empleo (CEE), de la mano de Fundación ONCE, y hoy tenemos tres CEE y un enclave laboral. En total, trabajan con nosotros más de 500 colaboradores con alguna discapacidad, lo que representa el 16% del total de la plantilla de Grupo Siro, superior a 3.000 personas. Pero, si hay una cifra significativa, es que el 1% de las personas con discapacidad que trabaja en CEE de España lo hace con nosotros, con Grupo Siro.

Este compromiso constituye, al margen de cifras, el eje de nuestro Compromiso Social Sostenible, inherente a nuestra historia y a nuestra forma de pensar y de actuar. No es *buenismo* ni es caridad; en realidad, se trata de hacer crecer nuestro negocio, cuidando de nuestras personas y de la sociedad a la que servimos, respetando el entorno en el que actuamos y creando valor compartido.

A nivel laboral, el rendimiento de las personas con discapacidad es tremendo, tras vencer los límites iniciales, y su implicación muy alta, lo que redundará a su vez a nivel social favoreciendo el equilibrio de la comunidad y la igualdad de oportunidades. Contribuyen a garantizar la sostenibilidad del Grupo y además son una lección para todos, pues nos enseñan a esforzarnos día a día y nos demuestran que nada es imposible. Todo son beneficios.

Confío en que este breve testimonio anime a todas las empresas y a sus líderes en particular, a convencerse de que la integración de personas con discapacidad debe ser, más allá de un compromiso, una responsabilidad de todos.

DESCRIPCIÓN

Ford España es una de las compañías más destacadas de nuestro país en la fabricación de automóviles y piezas de repuesto, que lleva trabajando conjuntamente en pro de la mejora de la calidad de vida de las personas con discapacidad desde hace más de un decenio. En octubre de 1999, firmamos el convenio Inserta con la Fundación ONCE, con la finalidad de incorporar personas con discapacidad en la plantilla de Ford. Un verdadero avance en materia de Responsabilidad Social Corporativa y Discapacidad, (RSC-D) cuando todavía ni se había acuñado este concepto.

En Ford mantenemos un compromiso firme con la inserción de personas de este sector social, superando la obligación legal del 2% establecida en la Ley de Integración Social del Minusválido (LISMI), además de la creación de empleo para personas con discapacidad materializada en las empresas Famoval y MLV, y en sus empresas auxiliares, que actualmente emplean a más de 1.000 personas.

Además, desde hace cuatro años, tenemos en marcha el programa *Ford ADAPTA*, el primero de estas características que existe en España y que nos permite abundar en la igualdad de oportunidades para todas las personas y normalizar el proceso de compra de un coche, permitiendo probarlo antes de comprarlo.

Con estas acciones y programas queda patente el compromiso de Ford en la sociedad en la que trabaja, continuando con la política de nuestro fundador Henry Ford y su lema de intentar beneficiar a los colectivos más desfavorecidos y con más dificultades de integración.



Konecta



José María Pacheco
Presidente de Konecta

DESCRIPCIÓN

Para KONECTA la integración de personas con discapacidad forma parte de nuestra cultura empresarial, está en nuestro ADN. Por eso, desde que KONECTA nace hace 18 años, hemos facilitado la inserción laboral de más de 6.000 personas con discapacidad, tanto directa como indirectamente a través de los proyectos de nuestra fundación.

Más allá de la ley, el abrir la puerta a la diversidad en las empresas, es un tema claramente estratégico. Para nosotros, grandes generadores de empleo, el capital humano es uno de nuestros factores clave de éxito y por tanto poder contar con el talento de las personas con discapacidad nos aporta mucho valor.

El llegar hasta aquí ha requerido un continuo proceso de aprendizaje y sensibilización dentro de la compañía, así como el impulso constante del equipo directivo.

Creemos que hay que cambiar el paradigma: dar cabida en nuestras empresas a personas con capacidades diferentes, pero no como un acto de caridad, sino como una decisión estratégica, escapando de los estereotipos y prejuicios que tanto daño hacen a la sociedad. Al final, es una estrategia con la que todos ganamos.



Antonio Brufau
Presidente de Repsol

DESCRIPCIÓN

En Repsol, llevamos años apostando por un programa de inclusión de personas con capacidades diferentes como parte esencial de la cultura de nuestra Compañía.

No sólo se trata de hacer posible la integración en nuestro día a día y en nuestra cultura, se trata más bien de, quitar las barreras, trabajar todos juntos en hacer un entorno físico y social mejor, más fácil. Es un reto compartido.

Nuestro objetivo ha de centrarse tanto en poner foco en elementos concretos tales como la completa accesibilidad arquitectónica de nuestras instalaciones o el análisis permanente de los puestos susceptibles de sumarse a este propósito, como sensibilizar a los empleados de la importancia de este proyecto, para el que contamos siempre con el apoyo de organizaciones expertas.

Uno de los factores clave del que partimos en este programa es el de la igualdad de oportunidades. Para ello, tres de los elementos de éxito son que la dirección de la Compañía esté involucrada explícitamente, que la formación sea continua y que trabajemos con criterios de actuación empresariales. Debemos ser al mismo tiempo comprometidos y competitivos, poniendo el foco en nuestros procesos de selección en la búsqueda de los candidatos más adecuados.

Asimismo, continuamos cada día esforzándonos por extender nuestro perímetro de influencia, a nuestros proveedores, contratando, por ejemplo, la compra de bienes y servicios a Centros Especiales de Empleo o aplicando criterios de accesibilidad universal en nuestras instalaciones en beneficio de nuestros clientes y empleados.

Este impulso debe darse en todos los ámbitos empresariales. La inclusión de personas con capacidades diferentes en el mundo laboral no sólo es posible, sino que es necesaria y muy positiva para todos.





1. INTRODUCCIÓN. LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL
2. LA CUOTA DE RESERVA PARA LA CONTRATACIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD: NORMATIVA DE REFERENCIA
3. ASPECTOS PRÁCTICOS DE LA CUOTA DE RESERVA. FORMA DE CÁLCULO
 - 3.1 Unidad de referencia: la empresa
 - 3.2 Período de referencia: 12 meses inmediatamente anteriores
 - 3.3 Modalidades contractuales que deben computarse. Cálculo del promedio
 - 3.4 Nº de trabajadores: redondeo
 - 3.5 Calificación como trabajador con discapacidad a efectos de cumplimiento de la cuota de reserva
 - 3.5.1 Tipo y grado de discapacidad. Tipo de contrato de trabajo
 - 3.5.2 Acreditación de la discapacidad
 - 3.5.3 Procedimiento para el reconocimiento del grado de discapacidad
 - 3.6 Ejemplos prácticos



4. LA SUSTITUCIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LA CUOTA DE RESERVA POR MEDIDAS ALTERNATIVAS. LA NOTA DE EXCEPCIONALIDAD
 - 4.1 Imposibilidad de atender a la oferta de empleo
 - 4.2 Existencia de cuestiones de carácter productivo, organizativo, técnico o económico que impliquen una especial dificultad para incorporar a trabajadores con discapacidad
5. LAS MEDIDAS ALTERNATIVAS AL CUMPLIMIENTO DE LA CUOTA DE RESERVA
 - 5.1 Celebración de un contrato de suministro o de prestación de servicios con CEE o con trabajador autónomo con discapacidad
 - 5.2 Donaciones y acciones de patrocinio
 - 5.3 Constitución de un enclave laboral
6. TRAMITACIÓN DE LA SOLICITUD DE EXCEPCIONALIDAD Y DE LAS MEDIDAS ALTERNATIVAS
 - 6.1 Competencia administrativa: ante quién se presenta la solicitud
 - 6.2 Seguimiento
 - 6.3 Obligaciones formales de los Centros Especiales de Empleo y de las fundaciones y asociaciones de utilidad pública
7. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE RESERVA DE PUESTOS DE TRABAJO PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

ANEXO Nº 1





1. INTRODUCCIÓN. LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Nuestro ordenamiento jurídico reconoce y garantiza los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, así como la obligación de los poderes públicos de desarrollar aquellas políticas que permitan que éstas puedan disfrutarlos de forma real y efectiva (arts. 9.2 y 49 de la Constitución Española).

La **Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad**, se centró especialmente en dos estrategias de intervención: la lucha contra la discriminación y la accesibilidad universal. Esta norma contemplaba el establecimiento de un régimen de infracciones y sanciones, que se materializó con la aprobación de la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establecía el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

Por su parte, la **Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad**, aprobada el 13 de diciembre de 2006 en Nueva York por la Asamblea General de la ONU y firmada por España el 30 de marzo de 2007, destinada a **promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad y promover el respeto de su dignidad inherente**, reconoce el deber de los Estados de salvaguardar y promover el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando las medidas pertinentes.

En virtud de Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, se aprueba el **Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social**. Esta norma se configura actualmente como piedra angular de los derechos de las personas con discapacidad, puesto que la misma refunde, regulariza, aclara y armoniza distintas leyes relativas a la discapacidad y adapta la misma a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad.



2. LA CUOTA DE RESERVA PARA LA CONTRATACIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD: NORMATIVA DE REFERENCIA

La **Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad** (la conocida como “LISMI”), fue la primera ley aprobada en España dirigida a regular la atención y los apoyos a las personas con discapacidad y sus familias. Supuso un avance muy relevante en aquel momento, dado que la citada norma establecía un sistema de prestaciones económicas, servicios, medidas de integración laboral y accesibilidad hasta entonces desconocidas, así como una serie de principios que posteriormente se incorporarían en distintos ámbitos (sanidad, educación, etc.).

Con el objetivo de fomentar la integración efectiva de las personas con discapacidad en el mercado laboral, el Título VII de la LISMI contemplaba diversas medidas. Entre ellas, la obligación de reservar el 2% de las contrataciones a favor de trabajadores con discapacidad, aplicable a las empresas (privadas o públicas) que empleasen a un número de 50 o más trabajadores. En virtud de Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, regulador del empleo selectivo y de las medidas de fomento del empleo de trabajadores minusválidos, se concretaban diversos aspectos relativos a este cupo de reserva y su aplicación.

No fue sino hasta 1998 (a través de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que modificó el art. 38.1 de la LISMI, y la posterior Ley 50/1998, de 30 de diciembre, también de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que aclaró varios puntos del mismo artículo) que el legislador introdujo la posibilidad de que, excepcionalmente, los empresarios obligados al cumplimiento de la referida cuota de reserva pudieran quedar exentos, total o parcialmente, de la misma, a través de dos vías: (i) mediante acuerdos recogidos en la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal y, en su defecto, de ámbito inferior, conforme a lo dispuesto en el art. 83, apartados 2 y 3, del Estatuto de los Trabajadores (ET) o (ii) por opción voluntaria del empresario, debidamente comunicada a la autoridad laboral, siempre que en ambos supuestos se aplicasen las medidas alternativas que habrían de ser determinadas reglamentariamente.

Precisamente, el desarrollo reglamentario de las medidas alternativas se llevó a cabo a través del Real Decreto 27/2000, de 14 de enero, que establecía medidas alternativas de carácter excepcional al cumplimiento de la cuota de reserva del 2% en favor de trabajadores discapacitados en empresas de 50 o más trabajadores. Posteriormente, y dadas las dificultades y disfunciones que obstaculizaban en la práctica la correcta aplicación de estas medidas, la referida norma fue derogada y sustituida por el Real Decreto 364/2005, de 8 de abril,





que sigue vigente y que concreta los requisitos y el procedimiento.

Junto con dicha norma, es igualmente necesario referir la Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 24 de julio de 2000, la cual desarrollaba el Real Decreto 27/2000, ya derogado, estableciendo el procedimiento administrativo, las competencias y los trámites para el reconocimiento de las causas excepcionales, y que permanece vigente en todo aquello que no se contradiga con la normativa actual.

Por otra parte, en el ámbito del empleo público, el art. 59 del Estatuto Básico del Empleado Público reserva un porcentaje no inferior al 7% de las vacantes a favor de las personas con discapacidad que superen los procesos de selección, acrediten su discapacidad y la compatibilidad con el desempeño de las tareas, con el fin de conseguir progresivamente que constituyan el 2% de los efectivos totales de la Administración Pública. No obstante, dicho porcentaje de reserva podrá incrementarse por medio de la normativa autonómica dictada al respecto.

3. ASPECTOS PRÁCTICOS DE LA CUOTA DE RESERVA. FORMA DE CÁLCULO

Actualmente, la obligación de reserva la encontramos en el art. 42.1 TRLGPD, que, recogiendo el tenor literal del antiguo art. 38.1 LISMI, establece que 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% sean trabajadores con discapacidad.**

Para entender en qué se concreta la obligación de reserva debemos acudir a la disposición adicional primera del Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, en la que, de forma resumida, se apuntan los siguientes criterios para el cálculo:

- a) el período de referencia es el de los 12 meses inmediatamente anteriores;
- b) en ese período de referencia se ha de obtener el promedio de los trabajadores empleados;
- c) para calcular dicho promedio se consideran todos los contratos de trabajo, si bien se computan de forma distinta en función de si se trata de trabajadores indefinidos, temporales de más de un año de duración o temporales de menos de un año de duración.

Estas previsiones han de completarse con lo dispuesto en 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.

Seguidamente desgranamos los puntos más relevantes que tienen que ver con esta obligación y con el cálculo de la cuota.

3.1 Unidad de referencia: la empresa

Conforme al art. 42.1 TRLGPD, el cálculo de la cuota de reserva debe considerar “la plantilla total de la empresa”; y, añade, “cualquiera que sea el número de centros de trabajo”.

En esta misma línea, la disposición adicional primera, apartado a), del Real Decreto 364/2005 especifica que se tendrá en cuenta el promedio de los trabajadores empleados “en la totalidad de centros de trabajo”.

Por tanto, la primera conclusión es clara: **el cómputo debe realizarse atendiendo a la empresa en su conjunto, teniendo en cuenta todos los centros de trabajo de la misma.**

Dicho lo anterior, cabe preguntarse si este cómputo podría realizarse en un ámbito superior, a nivel de grupo de empresas. Entendemos que si el legislador hubiera querido extender esta previsión a otras formas de organización de la actividad empresarial lo habría indicado claramente, pero no es el caso.

Cuestión distinta, no obstante, es el supuesto del grupo de empresas a efectos laborales o patológicos. Téngase en cuenta que el grupo de empresas a efectos laborales no es un concepto de extensión equivalente al grupo de sociedades del derecho mercantil o tributario. Tal y como afirman la doctrina y la jurisprudencia del orden social, para que concurra la figura del grupo laboral se hace necesaria la presencia de una serie de elementos, tales como la dirección unitaria, la confusión de patrimonios o caja única, la confusión de plantillas y la apariencia externa unitaria. El grupo laboral, resumidamente, se aprecia en situaciones de fraude de ley, cuando el objetivo es ocultar, mediante la interposición artificiosa de varias mercantiles, al empresario real –el grupo como tal, y no la empresa individualmente considerada–.

El Criterio Técnico 98/2016 de la ITSS reconoce que, en tales casos de grupo





laboral o patológico, podría llegar a admitirse un cálculo de la cuota de reserva a nivel de grupo, al existir **“una realidad empresarial única y centro de imputación de obligaciones y responsabilidades frente a los trabajadores de las empresas que lo integra”**. No obstante, para que pueda atenderse a este cómputo “grupál” sería requisito imprescindible que la declaración de grupo a efectos laborales constase en sentencia o que la misma fuera fehacientemente constatada por la ITSS, una vez evidenciada la concurrencia de los requisitos antedichos.

3.2 Período de referencia: 12 meses inmediatamente anteriores

El período de referencia para el cálculo es el de los **12 meses “inmediatamente anteriores”**, durante los cuales se ha de obtener el promedio de trabajadores empleados.

La norma no concreta el día en el que debe comenzar dicho cómputo, solo alude a los 12 meses “anteriores”, por lo que resultaría posible entender que el cómputo debe realizarse de fecha a fecha, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 4.1 del Código Civil.

En cualquier caso, **la cuota de reserva debe cumplirse en todo momento**, dado que al tratarse de una obligación respecto de un período de referencia, se ha de entender como una “obligación constante, variable y viva en su aplicación”, siendo la empresa la que debe ir verificando permanentemente su cumplimiento según la evolución de su plantilla (**Criterio Técnico ITSS 98/2016**).

No debe confundirse este cálculo con el que han de realizar las empresas en las comunicaciones anuales sobre el cumplimiento de la obligación de reserva, y que se refieren a la plantilla en el “año natural”. A este respecto, véase el art. 5 del Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, el cual establece que dentro del primer trimestre de cada año, y 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 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 con discapacidad y de aquellos que por sus características queden reservados a los mismos. Dicha obligación de comunicación no ha de entenderse limitada a las empresas que tengan más de 50 “trabajadores fijos”, sino a las que tengan 50 o más trabajadores en los términos regulados en la disposición adicional primera del Real Decreto 364/2005 (**Criterio Técnico ITSS 98/2016**).

3.3 Modalidades contractuales que deben computarse. Cálculo del promedio

No existen distinciones entre las distintas modalidades contractuales, debiendo computarse **todas las contrataciones laborales por cuenta ajena, “cualquiera que sea la forma de contratación laboral que vincule a los trabajadores de la empresa”**. Lo anterior supone que se han de considerar los contratos indefinidos, formativos, temporales, etc., ya sean los mismos a tiempo completo o a tiempo parcial.

No obstante, existen diferencias en la forma de cómputo dependiendo de si el contrato es indefinido o temporal y de si, siendo temporal, la duración es inferior o superior a un año. La forma de cálculo es la siguiente:

a) trabajadores con contrato indefinido;

Se calcula el promedio de los 12 meses anteriores. Cada trabajador fijo contratado cuenta como uno en cada uno de los meses en los que haya estado en situación de alta. Deberá contabilizarse mes a mes el número de trabajadores indefinidos con las condiciones señaladas y la suma total dividirla entre 12, o bien, sumar el número de trabajadores indefinidos cada día natural para dividir el resultado entre 365.

b) trabajadores temporales;

Para los trabajadores con contrato de duración determinada superior a un año, el cómputo es el mismo que para los trabajadores fijos.

Para los contratos temporales de hasta un año se computarán según el número de días trabajados en el período de referencia de 12 meses, del siguiente modo:

- cada 200 días trabajados (de alta en la Seguridad Social) o fracción (i.e., si hay decimales, se redondea por exceso) se computan como un trabajador más. Para el cómputo de los 200 días trabajados se contabilizan tanto los días efectivamente trabajados como los de descanso semanal, los días festivos y las vacaciones anuales;
- cuando el cociente que resulte de dividir por 200 el número de días trabajados en el citado período de referencia sea superior al número de trabajadores que se computan, se tendrá en cuenta, como máximo, el total de dichos trabajadores.





3.4 N° de trabajadores: redondeo

Una vez determinada la plantilla de la empresa conforme a los criterios anteriores, se aplica al resultado obtenido un porcentaje del 2% para obtener la cuota de reserva, es decir, el número de trabajadores con discapacidad que la empresa obligatoriamente debe tener contratados.

En el caso de que la cuota obtenida tenga números decimales, la normativa de referencia no aclara si se debe redondear por exceso o si, por el contrario, los decimales han de desecharse. El Criterio Técnico 98/2016 de la ITSS, no obstante, aboga por una interpretación finalista de la norma: partiendo de que esta obligación incumbe a las empresas de 50 o más trabajadores, parece que la intención del legislador ha sido la de establecer un redondeo a la baja, y que no existe obligación de contratar a un trabajador discapacitado más hasta que no se alcance el siguiente número entero. Dicho de otra forma, el cálculo sería el siguiente:

- empresas de menos de 50 trabajadores: ningún trabajador con discapacidad;
- empresas de 50 a 99: 1 trabajador con discapacidad;
- empresas de 100 a 149: 2 trabajadores con discapacidad;
- y así sucesivamente.

3.5 Calificación como trabajador con discapacidad a efectos de cumplimiento de la cuota de reserva

La LGPD define a las personas con discapacidad como aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.

Asimismo, el art. 2.2 LGPD añade que también se considerará personas con discapacidad a aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33%. A estos efectos, se considera que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33% los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad

permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

El reconocimiento del grado de discapacidad debe ser efectuado por el órgano competente en los términos que se desarrollan reglamentariamente.

3.5.1 Tipo y grado de discapacidad. Tipo de contrato de trabajo

A efectos de cumplir con la obligación de reserva, la norma no establece distinciones por razón del tipo y grado de discapacidad. Tampoco fija requisitos en relación con las modalidades contractuales bajo las que deben estar contratados los empleados con discapacidad. En este sentido, merece especial atención la interpretación dada por el Criterio Técnico 98/2016, según la cual, a efectos de cumplir con la obligación de reserva, computan incluso los trabajadores con discapacidad puestos a disposición por una Empresa de Trabajo de Temporal.

3.5.2 Acreditación de la discapacidad

La acreditación de la condición de persona con discapacidad puede ser inicial o sobrevenida, por lo que la empresa cumplirá tanto si realiza una contratación inicial de un trabajador que cumpla los requisitos, como si un trabajador ya contratado por la empresa adquiere esa condición (reconocimiento de grado de discapacidad o beneficiario de las pensiones antes señaladas).

Puede suceder, no obstante, que la empresa cuente con trabajadores ya contratados respecto a los cuales no conoce la condición de discapacidad o, aun conociendo la misma, no se disponga de la acreditación necesaria.

La empresa debe acreditar la condición de discapacidad. Ello significa que el trabajador debe estar en posesión del certificado de grado de discapacidad o, en su caso, se debe estar en disposición de acreditar que el trabajador es beneficiario de alguna de las pensiones antedichas. Igualmente, cuando se está ante modalidades contractuales específicas para personas con discapacidad y/o bonificadas por tal motivo, el cumplimiento de estos requisitos, al haberse producido en el momento de la contratación, permitirían acreditar esta situación a través de los propios contratos de trabajo formalizados.

En aquellos casos en los que esto no sucede, sin embargo, el empresario tiene la posibilidad de preguntar al trabajador, pero igualmente este puede no querer





hacer pública su condición (según el art. 4.2 ET y 7.3 de la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal), estando en su derecho a ello, lo que impediría que dicho trabajador pueda ser tenido en cuenta a efectos del cumplimiento de la cuota de reserva.

3.5.3 Procedimiento para el reconocimiento del grado de discapacidad

El procedimiento para el reconocimiento, la declaración y la calificación del grado de discapacidad está regulado en el real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre.

Las situaciones de discapacidad se califican en grados según el alcance de las mismas. La calificación del grado de discapacidad responde a criterios técnicos unificados, fijados mediante los baremos descritos en el Anexo I del citado Real Decreto. En esta valoración se tienen en cuenta tanto las discapacidades que presente la persona, como, en su caso, los factores sociales complementarios relativos, entre otros, a su entorno familiar y situación laboral, educativa y cultural, que dificulten su integración social. Realizada la valoración, el grado de discapacidad se expresa en un porcentaje y la de los factores sociales complementarios, a través de un sistema de puntuaciones.

La gestión de los expedientes de valoración y reconocimiento de grado de discapacidad es competencia de los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas a quienes hubieren sido transferidas las funciones en materia de calificación de grado de discapacidad y minusvalía y las Direcciones Provinciales del Instituto de Migraciones y Servicios Sociales (IMSERSO) en Ceuta y Melilla, en cuyo ámbito territorial residen habitualmente los interesados.

La valoración de las situaciones de discapacidad y la calificación de su grado se efectuará previo examen del interesado por los órganos técnicos competentes (de los que formarán parte, al menos, médico, psicólogo y trabajador social conforme a criterios interdisciplinarios). A este respecto:

- el órgano técnico competente emitirá dictamen propuesta que deberá contener necesariamente el diagnóstico, tipo y grado de la minusvalía y, en su caso, las puntuaciones de los baremos para determinar la necesidad del concurso de otra persona y la existencia de dificultades de movilidad para utilizar transportes públicos colectivos;

- por su parte, los responsables del órgano correspondiente de las Comunidades Autónomas (o, en su caso, los Directores provinciales del IMSERSO), en el ámbito territorial de su competencia, dictarán resolución expresa sobre el reconocimiento de grado, así como sobre la puntuación obtenida en los baremos.

El reconocimiento de grado de discapacidad se entenderá producido desde la fecha de solicitud y en la resolución deberá figurar necesariamente la fecha en que puede tener lugar la revisión (en este sentido, el grado será objeto de revisión siempre que se prevea una mejoría razonable de las circunstancias que dieron lugar a su reconocimiento, debiendo fijarse el plazo en que debe efectuarse dicha revisión; de no ser así, no se podrá instar la revisión del grado por agravamiento o mejoría, hasta que, al menos, haya transcurrido un plazo mínimo de dos años desde la fecha en que se dictó resolución, excepto en los casos en que se acredite suficientemente error de diagnóstico o se hayan producido cambios sustanciales en las circunstancias que dieron lugar al reconocimiento de grado, en que no será preciso agotar el plazo mínimo).

A instancia de la persona interesada se certificará por el organismo competente el tipo o los tipos de deficiencia o deficiencias que determinan el grado de discapacidad reconocida, conforme a la información que conste en el expediente, a los efectos que requiera la acreditación para la que se solicita. El organismo competente emitirá el certificado en el plazo máximo de 15 días naturales siguientes al de la presentación de la solicitud.

3.6 Ejemplos prácticos

A efectos de aclarar las dudas interpretativas que pudieran surgir a la hora de aplicar las reglas citadas en los apartados anteriores, a continuación indicamos una serie de ejemplos que pueden clarificar el cómputo de cuota de reserva para trabajadores con discapacidad.

a) Ejemplo 1:

- una empresa ha tenido contratados durante los últimos 12 meses a un total de 110 trabajadores con contrato indefinido a tiempo completo,





de los cuales 90 continúan en la empresa y estuvieron de alta durante 12 meses. De los 20 trabajadores restantes, 10 ya no prestan servicios en la empresa y estuvieron de alta únicamente durante 8 meses; y los otros 10 trabajadores continúan en la empresa si bien han sido contratados hace únicamente 2 meses;

- cálculo de la plantilla de la empresa: para realizar el cómputo habrá que calcular el promedio de los trabajadores contratados en los doce meses anteriores del siguiente modo:

$$90 \text{ trabajadores} * 12 \text{ meses de alta} = 1.080$$

$$10 \text{ trabajadores} * 8 \text{ meses de alta} = 80$$

$$10 \text{ trabajadores} * 2 \text{ meses de alta} = 20$$

$$(1.080 + 80 + 20) / 12 = 98,3 \text{ trabajadores}$$

Por tanto, habrá que tener en cuenta que la plantilla de la empresa es de 98,3 trabajadores;

- conclusiones: conforme a los criterios anteriores, la obligación de reserva será del 2% respecto del 98,3 trabajadores, es decir, de 1,96 trabajadores. No obstante, mediante la aplicación del redondeo a la baja, la obligación de reserva será de 1 trabajador con discapacidad.

b) Ejemplo 2:

- una empresa ha tenido contratados durante los últimos 12 meses a los siguientes trabajadores: (i) 20 trabajadores con contrato indefinido a tiempo completo; y (ii) 30 trabajadores con contrato temporal (15 de ellos con un contrato por una obra determinada con una duración de 2 años y los otros 15 con un contrato eventual por circunstancias de la producción de duración de 6 meses);
- cálculo de la plantilla de la empresa: por un lado, los trabajadores con contrato indefinido se han mantenido de alta durante los 12 últimos meses, de modo que habrá que computar 20 trabajadores. Asimismo, habrá que computar los 15 trabajadores con contrato temporal superior a un año, puesto que también han estado de alta en la empresa durante los últimos 12 meses.

Por otro lado, en cuanto a los trabajadores con contrato temporal inferior al año, los 15 trabajadores han prestado servicios durante 184 días. De modo que el cálculo será el siguiente:

$$15 \text{ trabajadores} * 184 \text{ días} = 2.760 \text{ días en total}$$

$$2.760 \text{ días} / 200 = 13,8 \text{ trabajadores}$$

Por tanto, habrá que tener en cuenta 14 trabajadores como consecuencia del redondeo por exceso aplicable, lo cual resulta inferior al tope de los 15 trabajadores realmente ocupados;

- conclusiones: conforme a los criterios anteriores, la plantilla de la empresa ascenderá a 49 trabajadores, con lo cual, no será obligatoria la contratación de trabajadores con discapacidad.

c) Ejemplo 3:

- una empresa ha tenido contratados durante los últimos 12 meses a los siguientes trabajadores: (i) 20 trabajadores con contrato indefinido a tiempo completo; (ii) 5 trabajadores con contrato fijo-discontinuo; y (iii) 30 trabajadores con contrato temporal (15 de ellos con un contrato por una obra determinada con una duración de 2 años y los otros 10 con un contrato eventual por circunstancias de la producción de duración de 276 días);
- cálculo de la plantilla de la empresa: por un lado, los trabajadores con contrato indefinido se han mantenido de alta durante los 12 últimos meses, de modo que habrá que computar 20 trabajadores. Asimismo, habrá que computar los 5 trabajadores con contrato fijo-discontinuo (independientemente del periodo de ocupación real) y 15 trabajadores con contrato temporal superior a un año.

Por otro lado, en cuanto a los trabajadores con contrato temporal inferior al año, los 10 trabajadores han prestado servicios durante 276 días. De modo que el cálculo será el siguiente:

$$10 \text{ trabajadores} * 276 \text{ días} = 2.760 \text{ días en total}$$

$$2.760 \text{ días} / 200 = 13,8 \text{ trabajadores}$$

En principio, habría que tener en cuenta 14 trabajadores, si bien dicha cuantía supera el número de trabajadores realmente contratados, cifra que actuaría como tope, computando, por tanto, solo 10 trabajadores;





- conclusiones: conforme a los criterios anteriores, la plantilla de la empresa ascenderá a 50 trabajadores, con lo cual, será obligatoria la contratación de 1 trabajador con discapacidad.

d) Ejemplo 4:

- una empresa ha tenido contratados durante los últimos 12 meses a los siguientes trabajadores: (i) 120 trabajadores con contrato indefinido a tiempo completo; y (ii) 10 trabajadores con contrato indefinido a tiempo parcial, todos los cuales, se han mantenido de alta los 12 meses anteriores.

Asimismo, en dicha empresa han estado prestando servicios 30 trabajadores de una ETT durante los últimos 12 meses en virtud de contratos de puesta a disposición, de los cuales 2 de ellos son trabajadores con discapacidad;

- cálculo de la plantilla de la empresa: en primer lugar, hemos de tener en cuenta que los trabajadores puestos a disposición por la ETT no están integrados en la plantilla de la empresa usuaria a efectos del cómputo; por tanto, únicamente tendremos en cuenta los 130 trabajadores indefinidos (independientemente de su prestación de servicios a tiempo completo o parcial);
- conclusiones: conforme a los criterios anteriores, la plantilla de la empresa ascenderá a 130 trabajadores, con lo cual, será obligatoria la contratación de 2 trabajadores con discapacidad; no obstante, en la medida en que los 2 trabajadores puestos a disposición por la ETT tienen reconocida una discapacidad, se consideraría que la empresa cumple con la cuota de reserva para la contratación de personas con discapacidad.

4. LA SUSTITUCIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LA CUOTA DE RESERVA POR MEDIDAS ALTERNATIVAS. LA NOTA DE EXCEPCIONALIDAD

Determinada la obligación legal de cumplir con la cuota de reserva y el número de trabajadores con discapacidad que la empresa debe tener contratados, debemos preguntarnos acerca de las **posibles excepciones a dicha obligación de contratación directa**. Pensemos en una empresa que tenga vacantes disponibles para ser cubiertas por personas con discapacidad, pero que no encuentre candidatos idóneos para cubrir las mismas. O, por ejemplo, empresas que por el tipo de actividad productiva que desarrollan tengan especiales dificultades a la hora de incorporar a personas con discapacidad en su proceso productivo. ¿Cómo se articula en tales situaciones el cumplimiento de esta obligación legal?

El Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, prevé que las empresas obligadas a mantener la cuota de reserva podrán solicitar a los servicios públicos de empleo competentes la denominada “declaración de excepcionalidad”, que consiste en la apreciación, por parte del organismo competente, de la concurrencia de alguna de las razones legalmente previstas para no poder cumplir, de forma total o parcial, con la cuota de reserva, **permitiéndose en tal caso que la contratación directa de personas con discapacidad se sustituya por la aplicación de determinadas medidas alternativas**.

El plazo para resolver sobre la excepcionalidad solicitada será de dos meses (contados desde la fecha de presentación de la solicitud) y transcurrido dicho plazo sin que recaiga resolución administrativa expresa se entenderá que ésta es positiva.

La declaración de excepcionalidad tendrá una validez de tres años desde la resolución sobre ella. Transcurrido el plazo de validez de la declaración de excepcionalidad, las empresas deberán solicitar una nueva declaración, en el caso de persistir la obligación principal.

Existen dos situaciones que pueden dar lugar a la declaración de excepcionalidad, los cuales se analizan en los siguientes apartados.

4.1 Imposibilidad de atender a la oferta de empleo

El primer supuesto, es aquel en el que la no incorporación de un trabajador con





discapacidad a la empresa obligada obedece a la imposibilidad de los servicios públicos de empleo competentes (o las agencias de colocación) de atender la oferta de empleo presentada, después de haber efectuado todas las gestiones de intermediación necesarias para dar respuesta a los requerimientos de la oferta.

En tales casos, la oferta concluiría con resultado negativo, por la inexistencia de demandantes de empleo con discapacidad inscritos en la ocupación indicada o porque, aun existiendo, se acredita que los mismos no están interesados en las condiciones de trabajo ofrecidas en dicha oferta.

En este supuesto, los servicios públicos de empleo competentes resolverán sobre la solicitud presentada y declararán, en su caso, la inexistencia total o parcial de demandantes de empleo, con mención expresa de las ocupaciones solicitadas. Para dicha resolución se tendrá en cuenta la certificación expedida al efecto por la oficina de empleo que gestione la oferta presentada.

La declaración de excepcionalidad –y la adopción de las medidas alternativas– estará limitada al número de vacantes para trabajadores con discapacidad que, tras la tramitación de la correspondiente oferta de empleo, haya resultado imposible cubrir.

Cuando la oferta se hubiera presentado ante una agencia de colocación, el resultado negativo, en su caso, del sondeo de demandantes de empleo con discapacidad se remitirá al servicio público de empleo competente que, previas las actuaciones de comprobación que se estimen pertinentes, resolverá al respecto. No debe olvidarse que la Ley de Empleo (Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Empleo) establece que las agencias de colocación deben garantizar en su ámbito de actuación el principio de igualdad en el acceso al empleo, atendiendo a los solicitantes de empleo que requieran sus servicios, sin establecer discriminación alguna basada en motivos de discapacidad siempre que los trabajadores se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate.

Huelga decir que las ofertas que la empresa presente deben ser reales, referentes a la cobertura de vacantes de nueva creación o a vacantes que surgen por la rotación de la propia plantilla de la empresa. La presentación de ofertas de empleo ficticias podría dar lugar a la comisión, por parte de la empresa, de una **infracción laboral sancionable (ver artículos 15.5 y 16.1. c) del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (“TRLISOS”, Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto).**

4.2 Existencia de cuestiones de carácter productivo, organizativo, técnico o económico que impliquen una especial dificultad para incorporar a trabajadores con discapacidad

El segundo supuesto sería aquel en el que la empresa acredita razones de carácter productivo, organizativo, técnico o económico que justifican la especial dificultad para incorporar trabajadores con discapacidad a la plantilla de la empresa.

El Real Decreto 364/2005 no concreta ni define qué tipo de cuestiones productivas, organizativas, técnicas o económicas habilitan para acogerse a este supuesto.

No parece que el contenido sea el mismo que el de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción a las que se alude en el Estatuto de los Trabajadores para justificar la adopción de medidas de flexibilidad interna (tales como modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo o movilidad geográfica, etc.) o externa (despidos colectivos, etc.); de hecho, ni siquiera tales causas tienen el mismo carácter cuando el Estatuto de los Trabajadores se refiere a ellas, puesto que su interpretación dependerá del tipo de medida y del alcance de la misma.

Estamos por tanto ante un concepto jurídico indeterminado que habrá de ser analizado caso por caso, siendo la empresa la que debe justificar fehacientemente ante la administración la concurrencia de las causas que motivan la imposibilidad de cumplir con la obligación de contratación directa de personas con discapacidad en la parte que corresponda, aportando a tal fin la justificación correspondiente.

Ha de tenerse en cuenta que, como acreditación de dichas circunstancias, los servicios públicos de empleo pueden exigir la aportación de certificaciones o informes de entidades públicas o privadas de reconocida capacidad, distintas de la empresa solicitante. Asimismo, dicho organismo puede también, con carácter previo a la resolución, solicitar informe de la ITSS sobre la concurrencia de las dichas circunstancias.

Los servicios públicos de empleo competentes resolverán sobre la concurrencia de las causas alegadas en la solicitud.





5. LAS MEDIDAS ALTERNATIVAS AL CUMPLIMIENTO DE LA CUOTA DE RESERVA

El Real Decreto 364/2005 exige que, **junto con la solicitud de excepcionalidad, la empresa opte por alguna de las medidas alternativas previstas normativamente, siendo resueltas ambas cuestiones** (la declaración de excepcionalidad y la viabilidad de la medida alternativa propuesta) **en una única resolución**.

Las medidas alternativas contempladas por la normativa, al objeto de cumplir la obligación de reserva de empleo en favor de las personas con discapacidad, son las siguientes:

1. la celebración de un contrato mercantil o civil con un centro especial de empleo (“CEE”), o con un trabajador autónomo con discapacidad, para el **suministro** de materias primas, maquinaria, bienes de equipo o cualquier otro tipo de bienes necesarios para el **normal desarrollo de la actividad de la empresa que opta por esta medida**;
2. la celebración de un contrato mercantil o civil con un CEE, o con un trabajador autónomo con discapacidad, para la **prestación de servicios ajenos y accesorios a la actividad normal** de la empresa;
3. realización de **donaciones y de acciones de patrocinio**, siempre de carácter monetario, para el desarrollo de actividades de inserción laboral y de creación de empleo de personas con discapacidad, cuando la entidad beneficiaria de dichas acciones de colaboración sea una fundación o una asociación de utilidad pública cuyo objeto social sea, entre otros, la formación profesional, la inserción laboral o la creación de empleo en favor de las personas con discapacidad que permita la creación de puestos de trabajo para aquéllas y, finalmente, su integración en el mercado de trabajo;
4. la constitución de un **enclave laboral**, previa suscripción del correspondiente contrato con un CEE, de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad.

Nos detenemos seguidamente en el análisis de cada una de ellas.

5.1 Celebración de un contrato de suministro o de prestación de servicios con CEE o con trabajador autónomo con discapacidad

Respecto a la posibilidad de suscribir un contrato mercantil o civil, la norma permite dos supuestos, contrato de suministro de bienes (para proporcionar materias primas, maquinaria, bienes de equipo o cualesquiera otros bienes), siempre que se trate de bienes necesarios para el normal desarrollo de la actividad de la empresa; o contrato de prestación de servicios, limitando tales servicios a los ajenos y accesorios a la actividad de la empresa.

Habría sido deseable una mayor concreción en este punto, dado que la norma, una vez más, nos remite a conceptos jurídicos indeterminados. Posiblemente el legislador haya tratado de evitar que por esta vía se formalicen contratos para la prestación de servicios inherentes a la actividad de la empresa (pensando en el concepto de “propia actividad” del art. 42 ET) y en la necesidad de evitar situaciones en las que se recurra a esta subcontratación de actividades “propias” para eludir la contratación directa de personas con discapacidad. De ser así, habría resultado aconsejable utilizar este concepto, el de la “propia actividad” del art. 42 ET, que aun siendo igualmente indeterminado, cuenta con un importante grupo de sentencias que interpretan el mismo.

El importe anual de los contratos mercantiles o civiles con CEE o con trabajadores autónomos con discapacidad habrá de ser, al menos, tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (“IPREM”) anual por cada trabajador con discapacidad dejado de contratar por debajo de la cuota del dos por ciento.

La norma (Real Decreto 364/2005) utiliza como indicador el IPREM, no el SMI, por lo que no resultaría de aplicación el apartado d) de la disposición adicional centésima sexta de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2017, debiendo computarse exclusivamente el IPREM anual, sin añadir ninguna cantidad en concepto de pagas extraordinarias (según consultas DGT de 8 de agosto de 2006, 19 de agosto de 2011 y 2 de marzo de 2015).





A efectos ilustrativos, la evolución del IPREM ha sido la siguiente en los últimos años:

Año	Norma de referencia	Importe anual
2015	LEY 36/2014, DE 26 DE DICIEMBRE, DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO PARA 2015.	6.390,13 EUROS.
2016	LEY 48/2015, DE 29 DE OCTUBRE, DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO PARA 2016.	6.390,13 EUROS.
2017	LEY 3/2017, DE 27 DE JUNIO, DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO PARA 2017.	6.454,03 EUROS.
2018	LEY 3/2017, DE 27 DE JUNIO, DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO PARA 2017.	6.454,03 EUROS.

Trasladando lo anterior a un ejemplo práctico, el importe anual de los contratos mercantiles/civiles debería ascender, teniendo en cuenta el IPREM de 2018, a:

$3 \times \text{IPREM (6.454,03 euros)} = 19.362,09 \text{ euros}$ (importe este que habría que multiplicar por el número de trabajadores con discapacidad que se han dejado de contratar, a efectos de calcular el importe de la medida alternativa).

El parámetro que la norma tiene en cuenta es el importe del contrato, es decir, la facturación del CEE o del autónomo con discapacidad.

El criterio de la Dirección General de Empleo, manifestado en distintas consultas (por ejemplo, 21 de febrero de 2013), es que el importe que paga la empresa por el contrato de suministro o servicios se ha de destinar, aunque sea indirectamente, a cumplir con el objetivo que persigue la cuota de reserva del 2%, esto es, la integración laboral de las personas con discapacidad. Entiende por ello la Administración que el importe que ha de imputarse –a los efectos de cuantificar la medida alternativa– es el correspondiente a la remuneración, beneficio económico o valor añadido que realmente obtiene el CEE por su intervención, cuyo destino final va a ir en beneficio de los trabajadores con discapacidad, excluyendo el importe del producto suministrado y el importe de

aquellos servicios en los que el CEE únicamente actúa como intermediario.

Este criterio, no obstante, choca con el mantenido por órganos judiciales que han conocido de la cuestión que nos ocupa. Por ejemplo, la sentencia de 26 de octubre de 2015 del TSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, en la que se analiza la validez del requisito establecido por la administración, que requería a la empresa la “justificación del pago derivado de los servicios prestados por el CEE que, en ningún caso se referirá a otro concepto diferente al de remuneración o beneficio económico que realmente obtiene el CEE por sus servicios y cuyo destino final no va a ir en beneficio de los trabajadores con discapacidad, no incluyéndose el importe de aquellos servicios, como es el importe de los billetes o de los hoteles, respecto de los que el CEE únicamente actúa como transmisor de la empresa al establecimiento emisor”. El TSJ considera que el tenor del art. 2 del Real Decreto no exige dicha acreditación, y que la petición de la administración, basada en que una cosa es el importe de la medida alternativa y otra la cuantía de dicho importe que ha de justificarse frente a la Administración, no encuentra amparo en la normativa, presentándose como ajena e innovadora respecto de sus previsiones.

Hemos de recordar que el Servicio Público de Empleo Estatal y, en su caso, los organismos competentes de la Comunidad Autónoma, cuentan con una relación identificativa actualizada de los CEE, con el fin de facilitar la aplicación de las medidas alternativas.

5.2 Donaciones y acciones de patrocinio

El importe anual de la medida alternativa habrá de ser, al menos, de 1,5 veces el IPREM anual por cada trabajador con discapacidad dejado de contratar por debajo de la cuota del 2%.

5.3 Constitución de un enclave laboral

El enclave laboral se encuentra definido en el Real Decreto 290/2004 como el contrato entre una empresa del mercado ordinario, llamada empresa colaboradora, y un CEE, cuyo objeto es la realización de obras o servicios que guarden relación directa con la actividad normal, y para cuya realización un grupo de trabajadores con discapacidad del CEE se desplaza temporalmente al centro de trabajo de la empresa colaboradora.





De este modo, el enclave laboral se configura como una subcontratación de obras y servicios de los previstos en el art. 42 ET, si bien con las características y los requisitos previstos en el Real Decreto 290/2004. En efecto, a los contratos de enclaves laborales les son de plena aplicación la normativa prevista para las contrataciones de obras y servicios, pero con las particularidades que exigen el colectivo al que se dirigen y la finalidad especial que tienen dichos contratos que no es otra que fomentar el tránsito de las personas con discapacidad desde los CEE a las empresas ordinarias.

Los trabajadores que presten servicios en el marco del enclave laboral mantienen, a todos los efectos, su relación laboral especial con el CEE, de forma que será el CEE quien ejerza el poder de dirección y control de la actividad laboral desarrollada por los trabajadores destinados al enclave a través de los encargados responsables que nombre expresamente dentro del mismo.

El tránsito de los trabajadores con discapacidad del CEE a la empresa colaboradora se encuentra expresamente regulado en el Capítulo III del Real Decreto 290/2004, en el cual se incluyen, entre otras cuestiones, una serie de incentivos para la contratación indefinida por parte de la empresa colaboradora de los trabajadores con discapacidad que se encuentren prestando servicios en el enclave. En concreto, se contempla una subvención por cada contratación con carácter indefinido, además de una bonificación del 100% de las cuotas empresariales de la Seguridad Social y una subvención por adaptación del puesto.

En caso de que la empresa opte por la aplicación de los enclaves laborales como medida alternativa, el importe anual de los contratos entre los CEE y las empresas colaboradoras para la constitución de enclaves laborales habrá de ser, al menos, tres veces el IPREM anual por cada trabajador con discapacidad dejado de contratar por debajo de la cuota del 2%.

6. TRAMITACIÓN DE LA SOLICITUD DE EXCEPCIONALIDAD Y DE LAS MEDIDAS ALTERNATIVAS

Las empresas, para optar por alguna de las medidas alternativas, deberán solicitarlo con carácter previo a su aplicación, de forma conjunta con la solicitud de declaración de excepcionalidad, haciendo expresión de lo siguiente:

- a) en el caso de contratación mercantil o civil con CEE o trabajadores autónomos con discapacidad;

Se consignará el contratista, el objeto del contrato, el número de trabajadores con discapacidad a los que equivale la contratación y el importe y duración de la medida.

- b) en el caso de donación;

Se recogerá la fundación o asociación de utilidad pública destinataria, el número de contratos con trabajadores con discapacidad a los que vaya a sustituir y el importe de la medida.

- c) en el caso de constitución de un enclave laboral;

Se recogerán los datos identificativos del CEE con el que se suscriba el correspondiente contrato, el número de trabajadores con discapacidad que se van a ocupar en el enclave laboral y el número de trabajadores con discapacidad dejados de contratar por debajo de la cuota del 2% a los que equivalen.

Los servicios públicos de empleo resolverán sobre la declaración de excepcionalidad y las medidas alternativas aplicadas en una misma resolución administrativa.

6.1 Competencia administrativa: ante quién se presenta la solicitud

La competencia para dictar las resoluciones relativas a la declaración de excepcionalidad y la aprobación de las medidas alternativas y efectuar el seguimiento del cumplimiento corresponderá al Servicio Público de Empleo Estatal o a los servicios públicos de empleo autonómicos en razón al territorio en que esté ubicada la empresa. A este respecto:

- a) cuando la empresa esté ubicada en el territorio de una sola Comunidad Autónoma la competencia se ejercerá por el servicio público de empleo de dicha Comunidad Autónoma (salvo que ésta no tenga transferidas las competencias en materia de políticas activas de empleo, en cuyo caso la competencia la ejercerá el Servicio Público de Empleo Estatal);





- b) cuando la empresa disponga de centros de trabajo en más de una Comunidad Autónoma, la competencia corresponderá al Servicio Público de Empleo Estatal. Esta competencia será ejercida por el Director Provincial del Servicio Público de Empleo Estatal competente en el territorio donde esté ubicada la empresa o, si ésta dispone de centros de trabajo ubicados en más de una provincia o Comunidad Autónoma, por el Director General del Servicio Público de Empleo Estatal. No obstante, en el supuesto de que al menos el 85% de la plantilla radique en el ámbito territorial de una Comunidad Autónoma, será competente el Servicio Público de Empleo de dicha Comunidad Autónoma.

Las Comunidades Autónomas que han asumido el traspaso de la gestión realizada por el Servicio Público de Empleo Estatal en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación tienen la posibilidad de acomodar el procedimiento establecido en el citado Real Decreto a las normas propias de su organización interna. Con carácter general, las normas autonómicas que han desarrollado el procedimiento previsto en el Real Decreto regulan principalmente dos cuestiones (i) el plazo de ejecución de las medidas alternativas una vez autorizadas las mismas; y (ii) el procedimiento de seguimiento y control de la aplicación de las medidas alternativas autorizadas.

En concreto, las Comunidades Autónomas que han dictado normativa de desarrollo a este respecto se encuentran indicadas en el Anexo nº 1. Entre ellas, conviene hacer especial mención al Decreto 86/2015, de 2 de junio, sobre la aplicación de la cuota de reserva del 2% a favor de personas con discapacidad en empresas de 50 o más personas trabajadoras y de las medidas alternativas de carácter excepcional a su cumplimiento, el cual resulta de aplicación en la Comunidad Autónoma de Cataluña y en el que se establecen las siguientes particularidades;

- a la hora de calcular el número de trabajadores con discapacidad que deben contratarse, se redondeará al alza el número final que resulte de aplicar el porcentaje del 2% sobre total de la plantilla de la empresa;
- en aquellos supuestos en los que se emplee el IPREM como indicador para el cálculo de los importes de los contratos indicados en el apartado 5.1 o de las donaciones indicadas en el apartado 5.2, se tendrá en cuenta la cuantía anual del IPREM incluidas las pagas extraordinarias.

6.2 Seguimiento

El seguimiento de la adopción de las acciones necesarias para dar cumplimiento a las medidas alternativas al cumplimiento de la cuota de reserva se llevará a cabo por el Servicio Público de Empleo competente.

Además de las obligaciones en materia de seguimiento que puedan en su caso prever las normativas autonómicas, las empresas que hayan optado por la aplicación de medidas alternativas **deberán remitir anualmente a dicho organismo una memoria en la que se haga constar una descripción detallada del cumplimiento de la medida alternativa prevista.**

6.3 Obligaciones formales de los CEE y de las Fundaciones y Asociaciones de utilidad pública

Los CEE que colaboren con las empresas en el desarrollo de las medidas alternativas a través de la celebración de contratos mercantiles o civiles de los anteriormente referidos tendrán la obligación de destinar los recursos necesarios para el cumplimiento de sus obligaciones, entre las cuales se encuentran la prestación de servicios de ajuste personal o social que requieran sus trabajadores con discapacidad, el desarrollo de las acciones que promuevan su tránsito hacia el mercado ordinario, así como la formación y adaptación permanente de las personas con discapacidad.

A efectos de comprobar el cumplimiento por parte del CEE de dichas obligaciones, estos deberán presentar ante el Servicio Público de Empleo competente una memoria en la que se indicará la tipología de acciones realizadas y los recursos financieros aplicados a dichas acciones.

Asimismo, las fundaciones y asociaciones de utilidad pública a las que las empresas destinen las donaciones o acciones de patrocinio deberán también presentar dicha memoria en la que consten la aplicación de las mismas al desarrollo de actividades de inserción laboral y de creación de empleo de personas con discapacidad, haciendo especial mención a los recursos financieros empleados en cada una de ellas.





7. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE RESERVA DE PUESTOS DE TRABAJO PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

El incumplimiento de la obligación legal de reserva de puestos de trabajo para las personas con discapacidad o de la aplicación de medidas alternativas de carácter excepcional se encuentra tipificado como una infracción administrativa de carácter grave (artículo 15.3 TRLISOS), que puede conllevar:

- una multa económica de 626 a 6.250 euros;
- la imposición de las penas accesorias consistentes en: (i) la pérdida automática, de las ayudas, bonificaciones y, en general, los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo, con efectos desde la fecha en que se cometió la infracción, y (ii) la exclusión del acceso a tales beneficios por un periodo máximo de dos años, con efectos desde la fecha de la resolución que imponga la sanción.

No obstante, en caso de que la empresa sancionada haya sido sancionada en firme por el mismo incumplimiento en los dos años anteriores a la fecha de comisión de la infracción, la multa económica podrá ser de 3.126 a 6.250 euros.

Por otro lado, las fundaciones y asociaciones de utilidad pública que reciban las donaciones o acciones de patrocinio en cumplimiento de la medida alternativa a la obligación de reserva podrán también ser responsables de otra infracción administrativa muy grave prevista en el artículo 16.1. TRLISOS. En concreto, la infracción en cuestión se cometerá en aquellos supuestos en los que no se hayan aplicado o se haya hecho de forma indebida las donaciones o las acciones a los fines previstos legal o reglamentariamente.





ANEXO N° 1

Normativa autonómica dictada en desarrollo del Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad.

ANDALUCÍA	Resolución de 17 de abril de 2009, de la Dirección General de Empleabilidad e Intermediación Laboral del Servicio Andaluz de Empleo, por la que se hacen públicos los formularios para el cumplimiento alternativo, con carácter excepcional, de la cuota de reserva a favor de los trabajadores con discapacidad.
ARAGÓN	Orden de 14 de septiembre de 2005, del Departamento de Economía, Hacienda y Empleo, por la que se adapta a la organización de la Comunidad Autónoma de Aragón, el procedimiento establecido en el Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, para el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad.
CANARIAS	Orden de 29 de julio de 2009, por la que se regula el procedimiento administrativo relativo a la aplicación de las medidas alternativas de carácter excepcional al cumplimiento de la cuota de reserva del 2% en favor de personas trabajadoras discapacitadas en empresas de 50 o más trabajadores/as, reguladas por el Real Decreto 364/2005, de 8 de abril.

CANTABRIA	Orden de 24 de julio de 2000 por la que se regula el procedimiento administrativo referente a las medidas alternativas de carácter excepcional al cumplimiento de la cuota de reserva del 2 por 100 en favor de trabajadores discapacitados en empresas de 50 o más trabajadores, reguladas por el Real Decreto 27/2000, de 14 de enero ¹ .
CASTILLA-LA MANCHA	Orden de 16 de diciembre 2008, de la Consejería de Trabajo y Empleo, por la que se adapta el procedimiento establecido en el Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, para el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva a favor de los trabajadores con discapacidad, a las normas propias de la organización de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.
CATALUÑA	Decreto 86/2015, de 2 de junio, sobre la aplicación de la cuota de reserva del 2% a favor de personas con discapacidad en empresas de 50 o más personas trabajadoras y de las medidas alternativas de carácter excepcional a su cumplimiento.





EXTREMADURA	Orden de 23 de octubre de 2008 por la que se adapta a la organización de la Comunidad Autónoma de Extremadura el procedimiento establecido en el Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, para el cumplimiento alternativo, con carácter excepcional, de la cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad.
MADRID	Orden 468/2007, de 7 de marzo, del Consejero de Empleo y Mujer, por la que se adapta a la organización de la Comunidad de Madrid el procedimiento establecido en el Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, para el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva a favor de los trabajadores con discapacidad.

¹Se encuentra vigente salvo en aquellas cuestiones que se opongan al Real Decreto 364/2005.



*La presente publicación contiene información de carácter general, sin que constituya opinión profesional ni asesoramiento jurídico.

Fundación SERES Sociedad y Empresa Responsable
C/Ayala, 27. 6º derecha
91 575 84 48
www.fundacionseres.org

GARRIGUES
C/ Hermosilla, 3-28001 Madrid
+34 91514 52 00
www.garrigues.com

GARRIGUES

