



MINISTERIO
DE EMPLEO
Y SEGURIDAD SOCIAL



SUBSECRETARÍA

DIRECCION GENERAL DE LA
INSPECCION DE TRABAJO Y
SEGURIDAD SOCIAL

CRITERIO TECNICO 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

El mandato del art. 49 de la Constitución para que los poderes públicos realicen una política orientada a la integración social de las personas con discapacidad ha sido desarrollado a través de diferentes normas que han incluido numerosas previsiones en materia de acceso al empleo, fomento de la contratación y condiciones de trabajo.

Una de las medidas más relevantes para la integración laboral de estas personas fue el establecimiento de una obligación de contratación de trabajadores con discapacidad mediante la fijación de una cuota de reserva en el empleo obligatoria para determinadas empresas. Esta medida se reguló inicialmente en la derogada Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de minusválidos, conocida como LISMI, y en la actualidad la obligación sigue vigente incorporada en el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre (en adelante, Ley General).

La obligación de cuota de reserva ha sido objeto de atención progresiva por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en los últimos años a medida que se ha incorporado como objetivo prioritario en los Planes Territoriales de Inspección acordados en varias Comunidades Autónomas. Ello ha dado lugar a la realización de campañas específicas con diferente grado de desarrollo y metodología, combinando el fomento del conocimiento de la normativa con la exigencia para su cumplimiento.

Paralelamente, los acuerdos suscritos por los interlocutores sociales a nivel estatal y autonómico han reflejado la importancia de potenciar las acciones de la inspección encaminadas al control de estas obligaciones, como se puso de manifiesto en el Acuerdo para la mejora del crecimiento y del empleo del año 2006.

Este mandato se ha incluido igualmente en las Estrategias españolas para el empleo y sobre discapacidad, destacando lo dispuesto en la Disposición Adicional Primera de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre "Cumplimiento de la reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad."

La intensificación y generalización de la vigilancia programada de esta obligación está teniendo un impacto positivo en la difusión y cumplimiento de la normativa, que se refleja igualmente en el incremento del empleo al exigir a las empresas que no cumplen con sus obligaciones la contratación de trabajadores con discapacidad o, con carácter subsidiario, la adopción de medidas alternativas equivalentes. Todo ello ha dado lugar a diferentes buenas prácticas de actuación en las inspecciones provinciales, siendo conveniente su incorporación en un documento que sirva de guía para estas actuaciones.

Por otro lado las actuaciones han puesto de manifiesto la complejidad en la interpretación de las normas aplicables y las diversas posibilidades de cumplimiento por las empresas, originando un elevado número de respuestas y aclaraciones de la Dirección General de Empleo (antes Dirección



General de Trabajo) y la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, ante las numerosas consultas planteadas por las empresas y las unidades de Inspección.

La trascendencia social y laboral de las acciones desarrolladas por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en este campo y su incidencia en el empleo de las personas con discapacidad ponen de manifiesto la conveniencia de impulsar acciones coordinadas y uniformes a nivel estatal que permitan generalizar el conocimiento de la normativa vigente, la potenciación de diferentes líneas de trabajo y fomentar el uso de las herramientas disponibles para la generación de actuaciones programadas.

En virtud de lo anteriormente señalado y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47.5 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 138/2000 de 4 de febrero, esta Dirección General, en su condición de Autoridad Central de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a propuesta de la Subdirección General de Relaciones Institucionales y Asistencia Técnica y de la Subdirección General para la Coordinación en Materia de Relaciones Laborales, Prevención de Riesgos Laborales y Medidas de Igualdad, y previa consulta con las Comunidades Autónomas, dicta el siguiente

CRITERIO TÉCNICO

INDICE

I. NORMATIVA SOBRE CUOTA DE RESERVA DE PUESTOS DE TRABAJO PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

1. DE ÁMBITO INTERNACIONAL.
2. DE ÁMBITO NACIONAL
3. DE ÁMBITO AUTONÓMICO.

II. CONTENIDO DE LAS OBLIGACIONES RELACIONADAS CON LA CUOTA DE RESERVA Y CRITERIOS DE APLICACIÓN

1. OBLIGACIONES PRINCIPALES

2. CONSIDERACIÓN DE EMPRESA OBLIGADA A CUMPLIR CON LA CUOTA DE RESERVA.

- 2.1. EMPRESAS PÚBLICAS Y PRIVADAS.
- 2.2. EMPLEAR UN NÚMERO IGUAL O SUPERIOR A 50 TRABAJADORES.
 - 2.2.1. Periodo de referencia y "días a quo" para el cálculo.
 - 2.2.2. Obligación atribuible a la empresa en su conjunto.
 - 2.2.3. Obligaciones referidas exclusivamente a contratación laboral.
 - 2.2.4. Cómputo de la plantilla para determinar si la empresa está obligada. Reglas de contabilización de los contratos en el periodo de referencia.
 - 2.2.5. Consideración de los contratos a tiempo parcial y los fijos discontinuos

2.3. PLANTILLAS Y EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL.

3. COMUNICACIÓN ANUAL DE PUESTOS OCUPADOS

4. CÁLCULO DE LA CUOTA Y CONSIDERACIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO OCUPADOS.

- 4.1. CÁLCULO DEL 2% SOBRE LA PLANTILLA CUANTIFICADA SEGÚN LAS REGLAS APLICABLES. REDONDEO POR DEFECTO.
- 4.2. CONSIDERACIÓN DE TRABAJADOR CON DISCAPACIDAD.
- 4.3 TIPO DE CONTRATACIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD PARA EL CUMPLIMIENTO DEL 2%.
- 4.4. CÓMPUTO EN LAS EMPRESAS USUARIAS DE LOS TRABAJADORES DE LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL.



4.5. CÓMPUTO DEL 2% DE RESERVA DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN GRUPOS DE EMPRESAS.

III. DECLARACIÓN DE EXCEPCIONALIDAD Y MEDIDAS ALTERNATIVAS.

1. NECESIDAD DE PROCEDIMIENTO PREVIO PARA LA APLICACIÓN DE MEDIDAS ALTERNATIVAS.
2. COMPETENCIA PARA AUTORIZAR LA APLICACIÓN DE MEDIDAS ALTERNATIVAS.
3. RESOLUCIÓN MIXTA DE CONCURRENCIA DE CAUSA DE EXCEPCIONALIDAD Y AUTORIZACIÓN DE APLICACIÓN DE MEDIDAS ALTERNATIVAS.
4. CUANTIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS, PERIODO DE VIGENCIA Y APLICACIÓN DE LAS MISMAS.
 - 4.1. CUANTIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS.
 - 4.2. PERIODO DE VIGENCIA Y APLICACIÓN ANUAL.
 - 4.3 APLICACIÓN, JUSTIFICACIÓN Y SEGUIMIENTO DE LAS MEDIDAS.

I. NORMATIVA SOBRE CUOTA DE RESERVA DE PUESTOS DE TRABAJO PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Desde un punto de vista sistemático se considera adecuado exponer inicialmente la normativa vigente en la que se regulan todos los aspectos relacionados con esta obligación para abordar a continuación el contenido de cada una de las obligaciones exigibles, incorporando el contenido de las normas y las aclaraciones realizadas en las consultas planteadas. Debe destacarse que la jurisprudencia sobre esta materia concreta es muy escasa, por lo que se toman en consideración fundamentalmente los criterios establecidos desde las Direcciones Generales de Trabajo, Empleo e Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Se enumeran y analizan en este documento solamente las normas y el contenido de esta obligación sin incluirse el resto de medidas de fomento del empleo relacionadas con las personas con discapacidad, como modalidades contractuales, bonificaciones, subvenciones y otros incentivos, o la regulación de las entidades de inserción.

Las normas de rango superior y supranacional que amparan la adopción de medidas de acción positiva para facilitar el acceso al empleo de las personas con discapacidad son, fundamentalmente, el art. 49 de la Constitución, la Convención Internacional de la ONU de 2006 y la Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

En el ámbito laboral la regulación se contempla en el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, y en la normativa de desarrollo de la anterior Ley 13/1982, derogada por este Texto, que continúa vigente en todo lo que no se oponga al mismo.

Junto a la normativa estatal existen normas autonómicas que han adaptado a su estructura los procedimientos referidos al cumplimiento alternativo de esta obligación mediante la aplicación de otras medidas, previa declaración de concurrencia de circunstancias excepcionales.

Se enumeran a continuación estas normas, limitándose a las que afectan exclusivamente a la obligación de cuota de reserva.

4. DE ÁMBITO INTERNACIONAL.

- ✓ **Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad**, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU) el 13 de diciembre de 2006, ratificada por España el 3 de diciembre de 2007. Art. 27. 1, h)



✓ **Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores adoptada en 1989.** Artículo 26.

✓ **DIRECTIVA 2000/78/CE** relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, Art. 7.

5. DE ÁMBITO NACIONAL

✓ **Constitución Española.** Arts. 9, 10, 14 y 49.

✓ **ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES.** Arts. 17 ET, 2 y 3.

✓ **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.** (BOE de 3 de diciembre). Art. 42

✓ **Ley 26/2011, de 1 de agosto,** de adaptación de la normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad. (BOE de 2 de agosto). Disposición Adicional Primera.

✓ **Real Decreto Legislativo 5/2000,** de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social. (BOE del 8 de agosto).

✓ **RD 1451/1983, de 11 de mayo,** por el que en cumplimiento de lo previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, se regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos. (BOE de 4 de junio)

✓ **RD 1971/1999, de 23 de diciembre,** relativo al procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía (BOE 26-01-2000, nº 22).

✓ **RD 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 (BOE 20-04-2005, nº 94).

✓ **RD 1414/2006, de 1 de diciembre,** por el que se determina la consideración de persona con discapacidad a efectos de la Ley 51/2003 (BOE de 16 de diciembre).

6. DE ÁMBITO AUTONÓMICO.

✓ **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. (BOA 20-10-2005)

✓ **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.



- ✓ **DECRET 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. Generalitat de Catalunya (DOGC núm. 6885 de 04 de Junio de 2015).

II. CONTENIDO DE LAS OBLIGACIONES RELACIONADAS CON LA CUOTA DE RESERVA Y CRITERIOS DE APLICACIÓN

1. OBLIGACIONES PRINCIPALES

Se desarrolla el contenido de la normativa en función de las obligaciones o aspectos sustantivos que integran la regulación de esta materia, y se abordan respecto de cada uno de éstos las dudas planteadas y las orientaciones que pueden servir de referencia para la aplicación o exigencia de su cumplimiento.

Para ello se considera oportuno, a efectos ilustrativos, concretar previamente en dos preceptos normativos el contenido esencial de esta obligación, el artículo 42.1 de la Ley General ya citada, y el artículo 5 del Real Decreto 1451/1983.

1. Artículo 42.1. Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

Este artículo, que sustituye al anterior Art. 38 de la LISMI, (cuya redacción proviene de la modificación introducida por la Disposición adicional decimoséptima de la Ley 12/2001, de 27 de diciembre de 2001, de medidas administrativas, fiscales y de orden social), manteniendo la redacción de aquél.

En el mismo se regulan qué empresas están obligadas, la cuota de reserva, sobre qué plantilla se calcula y la consideración en el cálculo de los trabajadores contratados por una ETT.

Como segundo contenido esencial se establece una excepción a la obligación de contratación directa mediante aplicación de medidas alternativas, que no se concretan en el precepto.

*"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."



2. Artículo 5. Comunicación anual. RD 1451/1983, de 11 de mayo.

“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 **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.

Las Oficinas de Empleo darán traslado de estas relaciones a los equipos multiprofesionales.”

El contenido de estos preceptos se puede estructurar en tres obligaciones principales:

- a) **Obligación de contratación directa** de trabajadores con discapacidad mediante el establecimiento de una cuota para determinadas empresas
- b) **Posibilidad de excepción a esta obligación mediante la aplicación de medidas alternativas** consistentes en la aplicación de cantidades económicas con fines de fomento del empleo de las personas con discapacidad
- c) **Obligaciones formales** de comunicación y documentación vinculadas a las anteriores.

2. CONSIDERACIÓN DE EMPRESA OBLIGADA A CUMPLIR CON LA CUOTA DE RESERVA.

Estos aspectos se regulan por lo dispuesto en el Art. 42.1 de la Ley General y en la Disposición adicional primera RD 364/2005 (Este RD derogó el anterior RD 27/2000, de 14 de enero sobre esta misma materia)

La obligación de contratar un determinado porcentaje de trabajadores con discapacidad se deriva de la concurrencia de determinados requisitos en las empresas, que se resumen inicialmente en el art. 42.1 de la Ley General, pero que se desarrollan en lo referido a la forma de cálculo de las plantillas en la Disposición adicional primera del RD 354/2005, referido a las medidas de cumplimiento alternativo.

Se enumeran los requisitos con las aclaraciones necesarias para su valoración y aplicación como proceso previo al cálculo del 2% que determinaría el número de trabajadores que están obligadas a contratar:

2.1. EMPRESAS PÚBLICAS Y PRIVADAS.

Están afectadas por la obligación **todas las empresas privadas**, cualquiera que sea su forma jurídica. No obstante, como se señalará a continuación, la cuota se condiciona a la superación de unas plantillas determinadas.

Igualmente se incluyen las **empresas públicas**. Por empresas públicas hay que entender en el ámbito de la AGE las entidades públicas empresariales. La Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público¹, alude a las mismas en su artículo 103 y en el artículo 104 remite en lo referente a su régimen jurídico a lo dispuesto en la propia Ley, en su Ley de creación, sus estatutos, la Ley de Procedimiento Administrativo Común, el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, y el resto de normas de derecho administrativo general y especial que le sean de aplicación.

¹ Entrada en vigor diferida al 1 de octubre de 2016 (d.f. 18ª)



En el ámbito autonómico y local, se considerarán empresas públicas cualquier empresa en la que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen.

Lo que interesa destacar es que estas entidades públicas empresariales se rigen por el Derecho Privado, salvo en las específicas cuestiones exceptuadas y en particular, en materia de personal por el Derecho Laboral, sin perjuicio de que la selección del personal debe realizarse de acuerdo con convocatorias públicas basadas en los principios de igualdad, mérito y capacidad.

No obstante, dado que la regulación conlleva la obligación de **contratar** un 2% de trabajadores con discapacidad **sólo se podrá aplicar la misma siempre que el régimen de contratación aplicable a las empresas señaladas sea el laboral ordinario** y no las normas de acceso al empleo público.

Para las Administraciones y organismos que se rigen por las normas de acceso al empleo público se aplica el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público sobre la reserva de cupo para personas con discapacidad y en el art. 2 del Real Decreto 2271/2004, de 3 de diciembre, por el que se regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad, no siendo objeto de control por parte de la ITSS. Este real decreto será de aplicación a los procedimientos de acceso al empleo público y provisión de puestos de trabajo del personal al que se refiere el artículo 1.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública.

2.2. EMPLEAR UN NÚMERO IGUAL O SUPERIOR A 50 TRABAJADORES.

Este requisito, regulado de forma general en el art. 42.1 del Texto refundido, está desarrollado en la disposición adicional primera del RD 364/2005, que establece unas reglas concretas que deben ser aplicadas para determinar si la empresa arroja un resultado de 50 o más trabajadores.

“Disposición adicional primera. Cuantificación de la obligación de reserva

A los efectos del cómputo del dos por ciento de trabajadores con discapacidad en empresas de 50 o más trabajadores, se tendrán en cuenta las siguientes reglas:

- a) El periodo de referencia para dicho cálculo serán los 12 meses inmediatamente anteriores, durante los cuales se obtendrá el promedio de trabajadores empleados, incluidos los contratados a tiempo parcial, en la totalidad de centros de trabajo de la empresa.*
- b) Los trabajadores vinculados por contratos de duración determinada superior a un año se computarán como trabajadores fijos de plantilla.*
- c) Los contratados por término de hasta un año se computarán según el número de días trabajados en el periodo de referencia. Cada 200 días trabajados o fracción se computarán como un trabajador más.*

Cuando el cociente que resulte de dividir por 200 el número de días trabajados en el citado periodo de referencia sea superior al número de trabajadores que se computan, se tendrá en cuenta, como máximo, el total de dichos trabajadores.

A los efectos del cómputo de los 200 días trabajados previsto en los párrafos anteriores, se contabilizarán tanto los días efectivamente trabajados como los de descanso semanal, los días festivos y las vacaciones anuales”.

2.2.1. Periodo de referencia y “dies a quo” para el cálculo.

Este precepto señala que **“El periodo de referencia para dicho cálculo serán los 12 meses inmediatamente anteriores...”**. Los cálculos por tanto se realizan sobre la plantilla en un periodo de tiempo y no respecto del número de trabajadores que tenga la empresa en un momento concreto.



El periodo de referencia es los 12 meses anteriores, por lo que, a falta de otras especificaciones, debe computarse de fecha a fecha de acuerdo con el art. 4.1 del Código Civil. No se establece el “dies a quo” desde el que deben contabilizarse los doce meses, ya que se utiliza solamente la expresión “anteriores” pudiendo diferenciar dos aspectos.

Dado que se regula una obligación de cuota respecto de un periodo de referencia se configura como una obligación constante, variable y viva en su aplicación de manera que es la propia empresa la que debe ir verificando su cumplimiento según la evolución de sus plantillas. En este sentido el cumplimiento de la norma es exigible desde el momento en el que se da el supuesto de hecho regulado (Consultas de la DGT de 24-04-2001, 7-02-2002 y 22-12-2004).

Cuestión diferente es el momento de cómputo en caso de actuación inspectora, que deberá comprobar el cumplimiento al menos en los doce meses anteriores al de inicio de la misma.

Debe señalarse que en los modelos de las comunicaciones anuales que las empresas deben hacer a los servicios públicos de empleo sobre el cumplimiento de esta obligación, suele aparecer la mención a los cálculos de las plantillas en el año natural. Ello no significa que la norma exija este periodo de cómputo sino que, a efectos de comunicación anual, en el modelo se ha solicitado a la empresa el cálculo concreto en el año natural².

2.2.2. Obligación atribuible a la empresa en su conjunto.

La ley establece en su art. 42.1 que el cómputo para determinar si la empresa tiene 50 o más trabajadores “...se realizará sobre la **“plantilla total de la empresa correspondiente, cualquiera que sea el número de centros de trabajo de aquella.”** La inclusión de todos los centros de trabajo se reitera en la letra a) de la DA primera del RD 364/2005.

Dado que va a ser necesario realizar cálculos sobre los trabajadores contratados para determinar la plantilla total, la inclusión de todos los centros obliga a contemplar en cada una de las reglas que posteriormente se indican todos los contratos de todos los centros, para posteriormente cuantificar. Es decir no se pueden realizar los cálculos de un solo centro para determinar la plantilla o el porcentaje en un solo centro, ni se pueden realizar los cálculos por separado de cada centro para luego sumar los resultados y aplicar el porcentaje.

Otro aspecto derivado relacionado con el concepto de empresa es que no contempla otra modalidad de organización o la figura de los grupos de empresas, cuestión que se concretará con posterioridad de forma separada.

2.2.3. Obligaciones referidas exclusivamente a contratación laboral.

Las normas que regulan esta obligación se refieren exclusivamente a “trabajadores”, “trabajadores empleados” y “contratados”, por lo que para las reglas de cómputo de plantillas y para dar cumplimiento a la obligación de cuota de reserva sólo se incluirán a los trabajadores con relación laboral contractual por cuenta ajena, excluyéndose tanto los supuestos de socios trabajadores en

² No obstante, el artículo 8.4 del 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 señala que *Con independencia del momento en el que se solicite la declaración de excepcionalidad y la autorización de medidas alternativas, la excepcionalidad tiene vigencia por períodos anuales naturales, de enero a diciembre, y se pueden computar como medidas alternativas las cuantías abonadas a las entidades autorizadas como beneficiarias desde el mes de enero del año en curso.*



cooperativas de trabajo asociado como los de "becarios", Trade's o cualquier otra relación jurídica diferenciada (Consultas DGT de 22 de septiembre de 2011; 3 de marzo de 2014).

Cuestión diferente es el cómputo que se realiza de los trabajadores que prestan servicios en la empresa en base a un contrato de puesta a disposición con una ETT, a los que se aplica un criterio especial, tal como se analiza con posterioridad.

2.2.4. Cómputo de la plantilla para determinar si la empresa está obligada. Reglas de contabilización de los contratos en el periodo de referencia.

Una vez establecido el periodo de referencia, la disposición adicional primera del mencionado RD 364/2005 incorpora **unas reglas específicas para realizar los cálculos**, que deben ser aplicadas en sus propios términos y en relación con el art. 42.1 la Ley General para determinar si la empresa tiene 50 o más trabajadores y respecto de las cuales se han emitido numerosas consultas por la Dirección General de Empleo. En todo caso debe recordarse que las normas **no hacen referencia a 50 trabajadores fijos**, sino a **50 o más trabajadores**. Las reglas para el cómputo son las siguientes:

a) El período de referencia para dicho cálculo serán los 12 meses inmediatamente anteriores, durante los cuales se obtendrá el promedio de trabajadores empleados, incluidos los contratados a tiempo parcial, en la totalidad de centros de trabajo de la empresa.

Esta primera regla es general al hacer referencia al promedio de trabajadores empleados, sin diferenciar entre indefinidos o temporales. Dado que las dos reglas posteriores contemplan cálculos especiales referidos exclusivamente a los temporales, **la aplicación del promedio de trabajadores en los últimos 12 meses debe entenderse aplicable a los trabajadores indefinidos** (Consultas DGT 24-04-2001; 19-07-2004; 22-12-2004).

Al mencionar el promedio de los trabajadores "empleados" se trata de **todos los trabajadores que hayan estado vinculados a la empresa con contrato indefinido, aunque en el momento del cómputo ya no presten servicios y con independencia de que haya días que no se trabaje y de que no se realice jornada completa en los días de actividad**. Debe señalarse que para los indefinidos se calcula el promedio y para los temporales se establecen reglas concretas. **Por tanto, al no establecer duración del contrato para los indefinidos cada trabajador fijo contratado contará como UNO en cada uno de los meses en los que haya estado en situación de alta.**

Al igual que para el resto de supuestos, están incluidos los contratados a tiempo parcial, por lo que es irrelevante la jornada pactada.

Dado que debe aplicarse el promedio, habrá que contabilizar 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) Los trabajadores vinculados por contratos de duración determinada superior a un año se computarán como trabajadores fijos de plantilla.

Se computarán todos los trabajadores vinculados con contrato de duración determinada superior al año que presten o hayan prestado servicios en el periodo de referencia de doce meses. Cada uno de ellos computará como un trabajador fijo de plantilla más, con independencia del régimen de jornada de trabajo, a tiempo completo o parcial, al igual que en el supuesto anterior (Consultas DGT de 19 de julio de 2004; 21 de febrero de 2006).



c) Los contratados por término de hasta un año se computarán según el número de días trabajados en el período de referencia. Cada 200 días trabajados o fracción se computarán como un trabajador más.

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.

A los efectos del cómputo de los 200 días trabajados previsto en los párrafos anteriores, se contabilizarán tanto los días efectivamente trabajados como los de descanso semanal, los días festivos y las vacaciones anuales.

Esta tercera regla se refiere a todos los trabajadores contratados con contratos temporales de duración igual o inferior a un año en el periodo de referencia, señalando que se computará como **un trabajador más por cada 200 días trabajados.**

Para realizar los cálculos, dado que la obligación afecta a todos los centros de trabajo de la empresa, primero deberá totalizarse el volumen de días trabajados por estos trabajadores en los 12 meses en todos los centros. **Una vez totalizados, se dividirán por 200 para determinar el resultado.**

Deben computarse **días de alta, o de vigencia de contrato** y no sólo de ocupación efectiva, ya que la norma señala expresamente que se incluyen los días trabajados, los días de descanso, días festivos y vacaciones.

La regla precisa que se computa un trabajador por **cada 200 días o fracción**, por lo que el resultado de la operación, cuando sea decimal, se deberá **redondear al entero por exceso.**

Finalmente si el resultado, tras realizar el redondeo por exceso, en su caso, es un **número superior al número total real de trabajadores contratados se aplicaría éste último como máximo.**

Ejemplo:

Una empresa ha contratado con contratos temporales iguales o inferiores al año a en 12 meses un total de 62 trabajadores que suman 11.362 días. El resultado de dividir esta cifra por 200 arroja 56,81 trabajadores. Dado que tiene fracción inferior a 200 días de 162 días (decimal de 0,81), se redondea por exceso computándose 57 trabajadores. Esta cifra es la que computa al ser inferior a los realmente ocupados, 62)

En el supuesto de que estos días se correspondieran con 55 trabajadores ocupados, esta cifra actuaría como tope computando sólo 55, al ser inferior a 57. (Resultado de dividir por 200 y redondeo por exceso)

(Consultas DGT de 19 de julio de 2004; 21 de febrero de 2006; C DGITSS 27-06-2012).

2.2.5. Consideración de los contratos a tiempo parcial y los fijos discontinuos

El art. 42.1 de la Ley señala que se aplica la obligación **cualquiera que sea la forma de contratación laboral.** Por otro lado, en la primera de las reglas expuestas de la disposición adicional primera, que afecta a todos los cálculos, señala expresamente que se computarán todos los trabajadores empleados, **incluidos los contratados a tiempo parcial.**

En este sentido no se diferencian ni se establecen reglas especiales para los fijos discontinuos, dentro de los fijos, ni para los contratos a tiempo parcial. Por ello, los fijos discontinuos



computarán como indefinidos ordinarios con independencia del periodo de ocupación real en el año.

Por otro lado todos los contratos a tiempo parcial, ya sean fijos o temporales, computarán en su respectiva regla en sus propios términos, con independencia de la jornada de trabajo realizada (días no ocupados o días ocupados parcialmente), resultando indiferente tal condición (Consultas DGT de 24-04-2001; 13-09-2005; 21- 02- 2006).

2.3. PLANTILLAS Y EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL.

La empresa de trabajo temporal es una empresa ordinaria, y como tal, no está excluida del ámbito de aplicación del art. 42.1 de la Ley General ni de sus normas de desarrollo. A estos efectos, para determinación de la plantilla **se computarán todos los trabajadores de la ETT, ya sea personal de estructura o trabajadores contratados para ser puestos a disposición** de las empresas usuarias, al referirse la norma a “cualquiera que sea la forma de contratación laboral que vincule a los trabajadores de la empresa”. Computarán todos en la ETT para determinar su plantilla y cuantificar la obligación de reserva, aplicándose las reglas descritas con anterioridad (Consulta DGE 1-06-2006).

Cuestión diferente es la consideración que los trabajadores “cedidos” tengan en la empresa usuaria a efectos del cumplimiento de la cuota de reserva, como se señalará en el apartado 4.4 de este criterio.

3. COMUNICACIÓN ANUAL DE PUESTOS OCUPADOS

El artículo 5 del Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, por el que se regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos, que sigue en vigor parcialmente, establece:

“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.

Las Oficinas de Empleo darán traslado de estas relaciones a los equipos multiprofesionales”

Debe señalarse que este precepto, que sigue en vigor, obliga a las empresas de más de 50 “trabajadores fijos”. Ahora bien, el término “fijos” no se incluye en la regulación de la obligación de cuota de reserva a efectos de cómputo de la plantilla, sin que se establezca cómo se computan los mismos para esta comunicación.

Dado que se trata de una obligación de comunicación referida a la obligación de contratación de personas con discapacidad, no debe entenderse limitada a las que tengan sólo más de 50 trabajadores fijos sino a las que tengan 50 o más trabajadores en los términos regulados en la disposición adicional primera del RD 364/2005, tal y como se ha detallado en este criterio.

Esta interpretación viene avalada por la finalidad de la norma, toda vez que la primitiva redacción del artículo 38.1 de la Ley 13/1982, que se refería sólo a trabajadores fijos, fue modificada en el sentido de computar a cualquier trabajador, tenga o no la condición de fijo.



4. CÁLCULO DE LA CUOTA Y CONSIDERACIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO OCUPADOS.

Una vez determinada la plantilla de la empresa en los términos descritos debe aplicarse un porcentaje sobre la misma del 2% que arrojará la cuota de trabajadores con discapacidad que la empresa debería tener contratados.

Por otro lado deben realizarse diversas precisiones sobre la consideración de trabajador con discapacidad contratado, bien porque se derivan de la norma, bien porque han suscitado dudas de interpretación.

4.1. CÁLCULO DEL 2% SOBRE LA PLANTILLA CUANTIFICADA SEGÚN LAS REGLAS APLICABLES. REDONDEO POR DEFECTO.

La aplicación de un porcentaje sobre una cifra exacta puede arrojar un número exacto o un número con decimales, al igual que se ha planteado respecto de los trabajadores con contrato igual o inferior al año que se dividían por 200.

Para calcular el 2% la norma no concreta de forma directa si se debe computar la fracción como uno más (redondeo al entero por exceso), o si debe desecharse la misma (redondeo al entero por defecto.)

No obstante **debe realizarse una interpretación finalista** de la norma, de manera que al contemplar la misma que están obligadas las empresas con "50 o más trabajadores", 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.³

³ No obstante, el Decreto 86/2015, de 2 de junio, de la Generalitat de Cataluña, 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 señala (artículo 3.3) "Cuando el número final que resulte de aplicar el 2% respecto del total de la plantilla de la empresa sea una fracción igual o mayor que 0,5, se redondeará al alza hasta la unidad".



4.2. CONSIDERACIÓN DE TRABAJADOR CON DISCAPACIDAD.

El artículo 4.2 de la Ley General, al regular el ámbito de aplicación de la norma en la que se regula la obligación de reserva analizada, concreta que tendrán la consideración de personas con discapacidad, dos grupos diferenciados: los que tienen una discapacidad reconocida, al menos, del 33% y los titulares de pensiones de incapacidad permanente, en sus grados de total, absoluta o gran invalidez.

Con la integración en esta Ley de las normas anteriores, se resuelve los problemas derivados de la referencia a estos dos colectivos en normas diferenciadas (Ley 13/1982, tras su modificación por la Ley 24/2001 y la Ley 51/2003.)

En aplicación del mencionado artículo 4.2 de la Ley General podrán ser contratados para dar cumplimiento a la obligación:

-Las personas a las que se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento.

-Se consideran que presentan una discapacidad igual o superior al 33 por ciento 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.

(Consultas DGE de 14-11-2005; 13 de junio de 2006; 1-12-2008)

Para acreditar esta condición habrá de estarse al Real Decreto 1414/2006, de 1 de diciembre, por el que se determina la consideración de persona con discapacidad a los efectos de la Ley 51/2003, y al Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía

Las **condiciones señaladas pueden ser inherentes a la persona o sobrevenidas**, por lo que la empresa cumplirá en la medida que contrate *ex novo* a una persona que reúna los requisitos señalados, o cuando un trabajador ya empleado en la empresa adquiriera la condición de trabajador discapacitado o de titular de una de las pensiones señaladas y siga prestando servicios en la misma.

Por otro lado, respecto de los titulares de pensiones, **lo determinante es que la persona tenga reconocida dicha condición** y el derecho a cobrar la pensión correspondiente, aunque temporalmente no pueda percibirla, por estar cobrando al mismo tiempo la prestación por desempleo. Es con el reconocimiento cuando la persona tiene la condición de persona con discapacidad de acuerdo con el artículo 4.2 de la Ley General (Consulta DGE de 19 de febrero de 2014).

Finalmente se plantea el problema de los trabajadores que, prestando servicios en la empresa, puedan tener la consideración de persona con discapacidad para el cumplimiento de la cuota de reserva, pero que **la empresa no lo conozca o no lo pueda acreditar**.

Respecto esta cuestión se pronunció igualmente la DG Empleo en su consulta de 22 de diciembre de 2004. El cumplimiento de la obligación de reserva exige la posibilidad de acreditación por la empresa de que tiene contratadas personas con discapacidad. En el caso de que se hayan formalizado contratos bonificados en los que es necesaria esta acreditación no plantea ningún problema. Pero **la norma no obliga a formalizar ningún tipo de contrato específico** por lo que



la persona puede ser contratada con un contrato ordinario y el empresario desconozca su condición.

Es lícito que el empresario pueda preguntar al trabajador, pero éste puede no querer hacer pública su condición. En este caso, ni el empleador ni la ITSS pueden exigir la posible acreditación o acudir a los órganos correspondientes para solicitarla, a efectos exclusivamente del cumplimiento de la obligación de cuota de reserva. Todo ello de conformidad con el art. 4.2,e) del Estatuto de los Trabajadores y el art. 7.3 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

4.3 TIPO DE CONTRATACIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD PARA EL CUMPLIMIENTO DEL 2%.

La Ley General regula una cuota de reserva de puestos de trabajo, por lo que las empresas obligadas **deberán tener el número de puestos resultante** de los cálculos anteriores ocupados por personas con discapacidad **mientras se mantenga la obligación y en una cantidad que puede alterarse** en función de las variaciones de la plantilla.

Se trata una cuota que **se actualiza** en función de las posibles variaciones derivadas de los cómputos señalados y deben mantenerse contratados a los trabajadores con discapacidad resultantes sin que se delimite la naturaleza de la contratación de estas personas.

En atención a lo anterior se aplicarán las reglas vigentes respecto de las diferentes modalidades contractuales pudiendo optar igualmente a la formalización de contratos específicos para este colectivo o al acceso a subvenciones y bonificaciones. Pero debe remarcarse que la norma no exige un contrato concreto, por lo que no se puede, por ejemplo, exigir que la empresa formalice contratos específicos relacionados con personas con discapacidad.

Numerosas consultas de la D. General de Trabajo/Empleo se han pronunciado sobre esta cuestión precisando que **al no existir previsión específica la empresa podrá utilizar cualquiera de las modalidades legalmente previstas**, ya sea contrato indefinido ordinario, fijo discontinuo, de duración determinada o temporales, respetando en todo caso los requisitos de cada uno de ellos y siempre que la naturaleza de la actividad responda a los diferentes supuestos. Así, si se recurre a la contratación temporal o de duración determinada, o si se extingue un contrato indefinido, a la finalización o tras la extinción de ellos, habría que formalizar una nueva contratación si la obligación de reserva se mantiene (Consultas DGT 13-09-2005; 14-11-2005; 3-03-2014; 15-10-2014).

Por otro lado el hecho de que pueda acudirse a cualquier modalidad contractual es coherente con la disposición adicional primera del RD 354/2005, que al regular el cumplimiento alternativo a la obligación de contratación omite cualquier referencia a la jornada de trabajo.

En función de esta libertad se puede dar el supuesto de que la empresa recurra a contratos a tiempo parcial con escasos periodos de actividad, para dar cumplimiento a la norma con el mínimo coste posible. Sin perjuicio de las posibles sugerencias de modificación normativa que se puedan derivar de la experiencia en el cumplimiento de esta obligación, lo cierto es que no se puede imponer a la empresa una modalidad contractual determinada. Cuestión diferente es que si se aprecia que la empresa adopta conductas que pueden ser constitutivas de fraude de ley, por ocupar con este sistema puestos fijos o mediante rotación intencionada de trabajadores, deberá demostrarse mediante la actuación inspectora (Consultas DGT 22-12-2004).



4.4. CÓMPUTO EN LAS EMPRESAS USUARIAS DE LOS TRABAJADORES DE LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL.

La Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, introdujo una importante novedad en la redacción del anterior artículo 38.1 de la LISMI, hoy trasladado al 42.1 de la Ley General, estableciendo al final de su párrafo primero que, a efectos de cumplimiento de la obligación, *“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.”*

Por tanto, los trabajadores discapacitados contratados por la ETT para prestar servicio en empresas usuarias computan, a efectos de la obligación de reserva del 2 por ciento en empresas de 50 o más trabajadores, tanto para la ETT como para la empresa usuaria en la que prestan servicios, aunque no sean trabajadores directos de ésta (Consultas DGT 1-06-2006; 27-11-2014).

Así pues, los trabajadores con discapacidad de la empresa de trabajo temporal se computan en la misma en un doble sentido. Por un lado, a efectos de integrar la plantilla de la empresa para determinar la obligación (o no) de reserva de la cuota a favor de trabajadores con discapacidad en la ETT y, en su caso, la cuantificación de dicha cuota. Por otro lado, cuentan a efectos de acreditar el cumplimiento de la obligación por parte de la ETT.

Además, los trabajadores con discapacidad de la ETT, en caso de que se pongan a disposición de las empresas usuarias, se computan a efectos del grado de cumplimiento en la empresa usuaria, como ya se ha señalado, pero no están integrados en su plantilla para determinar la existencia de obligación de reserva.

4.5. CÓMPUTO DEL 2% DE RESERVA DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN GRUPOS DE EMPRESAS.

La norma regula esta obligación utilizando el término “empresa, pública o privada”. Igualmente se atribuye la misma a la empresa en cuanto tal y en su consideración global, aludiendo a la “plantilla total de la empresa”, “cualquiera que sea el número de centros de trabajo de aquella”, sin que se haga ninguna mención a los grupos de empresas.

En el ámbito laboral no se ha regulado con carácter general la figura del grupo de empresas, ni existe un tratamiento igualitario de estas dos entidades. La regulación de esta figura se ha producido única y exclusivamente en determinadas normas, con ámbitos y efectos diferenciados expresamente contemplados en las mismas, sin que sean generalizables en su aplicación.

Teniendo en cuenta que la finalidad de la obligación legal de la cuota de reserva es fomentar la contratación de trabajadores con discapacidad en las “empresas ordinarias”, **no puede admitirse la consideración de grupo de empresas, en cualquiera de sus acepciones, ni a efectos de cómputo de plantillas ni a efectos de cumplimiento de la obligación**. Ello permitiría decidir en cuál de las empresas del grupo se efectúa la contratación, pudiendo existir empresas de más de 50 trabajadores que no ocuparan ninguno o concentrar todas las contrataciones en empresas concretas.

En atención a lo anterior cuando exista grupo de empresas transparente y reconocido, en los términos previstos en el artículo 42.1 del Código de Comercio, **las obligaciones se deberán determinar en cada una de las empresas que lo integran consideradas de forma diferenciada**.



Cuestión diferente es la apreciación de la existencia de un **grupo de empresas laboral de carácter patológico**, en base al cual se considere la existencia de “una realidad empresarial única y centro de imputación de obligaciones y responsabilidades frente a los trabajadores de las empresas que lo integra” o frente a las Administraciones públicas. En estos casos sería exigible la apreciación de esta circunstancia en sentencia o la constatación por parte de la ITSS acreditando la concurrencia de las circunstancias establecidas por la jurisprudencia.

Normalmente esta valoración se realiza con ocasión de la imputación de obligaciones de pago de cotizaciones mediante derivaciones de responsabilidad, pudiendo apreciarse igualmente el incumplimiento de la obligación de cuota de reserva al estar excluidas cada una de las empresas según los cálculos señalados pero obligado el “grupo laboral”, considerando en su totalidad las plantillas de todas ellas.

Finalmente debe señalarse que se ha admitido la aplicación de esta obligación para un supuesto de grupo de empresas en una consulta de la DGITSS, en una interpretación amplia y finalista de la norma, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 42.1 de la Ley General, que permite “**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**”.

En este caso concreto se trataba de un acuerdo marco de un grupo de empresas con naturaleza de convenio colectivo, en el que se asumía el compromiso de todos los interlocutores sociales del grupo, los representantes del grupo y los de todos los trabajadores de cada una de las empresas, de priorizar la contratación directa de los trabajadores con discapacidad, frente a la aplicación de medidas alternativas, fijando incluso el número de trabajadores que se iba a contratar (Consulta de la DGITSS 18-02-2015).

III. DECLARACIÓN DE EXCEPCIONALIDAD Y MEDIDAS ALTERNATIVAS.

Frente a la obligación principal de contratar personas con discapacidad, en el año 1998 se introdujo en la norma la posibilidad excepcional de aplicar otro tipo de medidas, con carácter alternativo a la contratación, que se concretaron en aplicar determinados importes económicos en actuaciones orientadas igualmente al fomento del empleo de estos trabajadores.

El artículo 42.1 de la Ley General regula esta posibilidad con el siguiente tenor:

*“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.”*

El desarrollo inicial del mismo se produjo por RD 24/2000, que fue sustituido por el actualmente vigente **RD 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.

Igualmente, en cumplimiento de este Real Decreto algunas Comunidades Autónomas han acomodado el procedimiento a las normas propias de su organización interna. *Ejemplo: Comunidad Autónoma de 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. BOA 20-10-2005)

Debe señalarse que la consideración de empresa obligada, y el cómputo del 2 por ciento se realizará según lo dispuesto en los apartados anteriores de este criterio. **Lo que cambia es la forma de dar cumplimiento a la obligación** que, excepcionalmente, podrá ser, o bien con **medidas alternativas en su totalidad, o bien de forma parcial**, combinando la contratación directa de trabajadores con la aplicación de medidas alternativas.

Esta doble posibilidad deberá tenerse en cuenta en el desarrollo de la actuación inspectora, tanto a los efectos de comprobar el grado de cumplimiento, mediante contratación directa y/o medidas alternativas, como para la práctica, en su caso, de requerimiento de cumplimiento de la normativa, como se explicará en el apartado de ejecución de actuaciones en esta materia.

1. NECESIDAD DE PROCEDIMIENTO PREVIO PARA LA APLICACIÓN DE MEDIDAS ALTERNATIVAS

El artículo 42.1 señala que las empresas podrán quedar exentas de la mencionada obligación a través de acuerdos recogidos en la negociación colectiva o por opción voluntaria del empresario debidamente comunicada a la autoridad laboral.

Estas dos vías para optar por la aplicación alternativa de medidas sustitutorias se aplican en los términos establecidos por el Real Decreto que lo desarrolla y que **incorpora un procedimiento administrativo obligatorio para obtener la resolución de declaración de excepcionalidad y simultáneamente** la autorización de aplicación de medidas sustitutorias a la contratación directa, alternativas o simultaneas, en una cuantía concreta.

Así se regula en el art. 1.1 de este RD:

“Artículo 1 Cumplimiento alternativo de la obligación de reserva de plantilla en favor de los trabajadores con discapacidad. Supuestos excepcionales para la exención .

1. Las empresas públicas y privadas que estén obligadas a contratar personas con discapacidad en los términos previstos en el artículo 38.1 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de minusválidos, podrán excepcionalmente quedar exentas de esta obligación, tal y como prevé el referido artículo, 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, en ausencia de aquéllos, por opción voluntaria del empresario, por los motivos establecidos en el apartado siguiente, siempre que en ambos supuestos se aplique alguna de las medidas sustitutorias, alternativa o simultáneamente, que se regulan en este real decreto, en desarrollo de la mencionada Ley 13/1982, de 7 de abril.”

Igualmente se ratifica en el apartado 3, al señalar que **“Las empresas señaladas en el apartado 1 deberán solicitar de los servicios públicos de empleo competentes la declaración de excepcionalidad con carácter previo a la adopción de las medidas alternativas reguladas en este Real Decreto”**.

- a) **Acuerdos recogidos en la negociación colectiva.** Estos acuerdos sólo podrán, en determinados casos, y por motivos de excepcionalidad, permitir a las empresas incluidas en su ámbito de aplicación decidir sustituir la contratación de trabajadores con discapacidad por la aplicación de medidas alternativas.

El artículo 1.2,b) del RD 364/2005 señala que se entenderá que concurre la nota de excepcionalidad “cuando existan, y así se acrediten por la empresa obligada, cuestiones de carácter productivo, organizativo, técnico o económico que motiven la especial dificultad



para incorporar trabajadores con discapacidad a la plantilla de la empresa. Como acreditación de dichas circunstancias, los servicios públicos de empleo podrán exigir la aportación de certificaciones o informes de entidades públicas o privadas de reconocida capacidad, distintas de la empresa solicitante.”

Es en este contexto y respecto de la posible acreditación de estas circunstancias productivas, organizativas, técnicas o económicas, donde la negociación colectiva podrá acordar y matizar la concurrencia de alguna o algunas de ellas para que las empresas afectadas puedan recurrir a estas medidas, apoyando su solicitud con el acuerdo convencional, sin perjuicio de la justificación de su aplicación o de cualquier otra acreditación que se pueda solicitar por los servicios públicos de empleo en el correspondiente procedimiento.

Los acuerdos recogidos en la negociación colectiva podrán por tanto justificar las razones de fondo para que la empresa pueda solicitar la declaración de excepcionalidad pero no cualquier otro aspecto que le permita quedar exenta. Así, no podrá la negociación colectiva alterar la forma de cálculo de las plantillas o de aplicación del 2%, tal y como se pronunció la DGE respecto de un Convenio Colectivo de Construcción y Obras Públicas que incluía previsiones para excluir del cómputo de plantilla los trabajadores ocupados en las obras, limitándolo a las oficinas, alegando el riesgo inherente a estas actividades para su exclusión (Consulta DGE de 26-11-2013).

- b) **Opción voluntaria del empresario.** Como se ha señalado, la posibilidad excepcional de cumplimiento alternativo **exige un procedimiento** regulado en el Real Decreto 364/2005 en el que, en primer lugar, la empresa correspondiente debe solicitar de los servicios públicos de empleo competentes la declaración de excepcionalidad, para lo cual, tiene que acreditar que concurre una de las circunstancias excepcionales previstas para no contratar de forma directa a personas con discapacidad: Bien que su oferta de empleo no ha podido ser atendida, bien por alguna de las circunstancias productivas, técnicas, etc., antes señaladas.

No se trata por tanto de una opción voluntaria del empresario como una decisión que le permite optar libremente por estas medidas sustitutorias, sino que el concepto de “opción voluntaria”, se contrapone al anterior supuesto de acuerdo colectivo, y **conlleva la decisión libre del empresario de recurrir a este procedimiento.**

La empresa no podrá por tanto adoptar libremente esta decisión y aplicar medidas sustitutorias con anterioridad a la obtención de la correspondiente resolución administrativa de declaración de excepcionalidad, tal como señala el artículo 1.3. del RD 364/2005:

“3. Las empresas señaladas en el apartado 1 deberán solicitar de los servicios públicos de empleo competentes la declaración de excepcionalidad con carácter previo a la adopción de las medidas alternativas reguladas en este real decreto”

Este aspecto se ha puesto igualmente de manifiesto en la Consulta de la DGT de 7-02-2002.

2. COMPETENCIA PARA AUTORIZAR LA APLICACIÓN DE MEDIDAS ALTERNATIVAS.

La competencia para dictar resoluciones y efectuar el seguimiento en relación con las medidas alternativas al cumplimiento de la cuota de reserva corresponde al Servicio Público de Empleo Estatal o a los Servicios públicos de empleo autonómicos, en su caso, según lo dispuesto en el artículo 6 del RD 364/2005, de 8 de abril.



A ellos les corresponde igualmente informar sobre las cuestiones procedimentales relativas al cumplimiento y seguimiento de las medidas alternativas, contenidas en el mencionado Real Decreto, en la Orden de 24 de julio de 2000, que sigue en vigor en todo lo que no se oponga al RD 364/2005, y en las normas autonómicas de procedimiento.

Una de las cuestiones más problemáticas a efectos de actuación y vigilancia es la de **determinación de la competencia de las autoridades laborales y de la Inspección de Trabajo en relación con esta materia**, al atribuirse la obligación no a un centro de trabajo de una empresa, sino a la empresa como tal, agrupando a todos los centros.

Respecto de esta obligación debe determinarse la Administración y órgano competente para vigilar el cumplimiento de la misma y proponer medidas correctoras o sancionadoras y resolver procedimientos sancionadores, ya sea de la obligación de cuota de reserva en general, o respecto de la resolución y aplicación de medidas sustitutorias.

Respecto de la **autorización y seguimiento de las medidas alternativas** está resuelta por el RD 364/2005, en su artículo 6:

"Artículo 6 Competencia

1. *La competencia para dictar las resoluciones y efectuar el seguimiento a que se refiere este real decreto 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.*

Quando 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 este caso, la competencia la ejercerá el Servicio Público de Empleo Estatal.

Quando la empresa disponga de centros de trabajo en más de una comunidad autónoma, la competencia corresponderá al Servicio Público de Empleo Estatal. No obstante, en el supuesto de que al menos el 85 por ciento de la plantilla radique en el ámbito territorial de una comunidad autónoma, será competente el servicio público de empleo de dicha comunidad autónoma.

2. *Quando en aplicación de lo dispuesto en el apartado anterior la competencia corresponda al Servicio Público de Empleo Estatal, 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"*

Según lo anterior será competente el **servicio público de la C. Autónoma** con competencias sobre políticas activas de empleo:

- Cuando **todos los centros de trabajo de la empresa estén en la misma C. Autónoma**
- Cuando tenga centros en la C. Autónoma y fuera de ella pero **el 85% de la plantilla esté en una C. Autónoma.**

Por otro lado será competente el SPEE:

- Cuando una empresa tenga **centros en diferentes CCAA pero en ninguna tenga el 85% de la plantilla.**
- Respecto de las empresas con todos sus centros en un territorio pero no tenga transferidas las competencias (Ceuta y Melilla).

Esta atribución de competencias es fundamental a efectos de exigir el cumplimiento de la obligación o coordinar las actuaciones inspectoras, ya que se podrán admitir los procedimientos de declaración de excepcionalidad presentados por las empresas o se podrá solicitar información sobre resoluciones dictadas, comunicaciones, memorias, etc, en función de la distribución señalada, bien sea del SPEE, bien de los servicios públicos de las CCAA.



En la práctica la C. Autónoma, tal como se señala más adelante respecto de la generación de campañas, puede facilitar a la ITSS, las declaraciones de excepcionalidad resueltas, periodos de vigencia, contenido de las mismas y seguimiento individualizado de la documentación aportada por las empresas para justificar la aplicación de las cantidades autorizadas, lo que permitirá orientar mejor la actividad inspectora.

3. RESOLUCIÓN MIXTA DE CONCURRENCIA DE CAUSA DE EXCEPCIONALIDAD Y AUTORIZACIÓN DE APLICACIÓN DE MEDIDAS ALTERNATIVAS.

Las empresas presentan la solicitud ante la autoridad competente, alegando imposibilidad de cobertura total o parcial de los puestos de trabajo que consideren (todos a los que están obligados o sólo los que no hayan podido cubrir) señalando alguno de los **dos supuestos de excepcionalidad** previstos en el artículo 1.2 del RD 364/2005, antes indicados:

"a) Cuando la no incorporación de un trabajador con discapacidad a la empresa obligada se deba a la imposibilidad de que los servicios públicos de empleo competentes, o las agencias de colocación, puedan atender la oferta de empleo presentada después de haber efectuado todas las gestiones de intermediación necesarias para dar respuesta a los requerimientos de aquella y concluirlos con resultado negativo, por la inexistencia de demandantes de empleo con discapacidad inscritos en la ocupación indicada o, aun existiendo, cuando acrediten no estar interesados en las condiciones de trabajo ofrecidas en dicha oferta.

b) Cuando existan, y así se acrediten por la empresa obligada, cuestiones de carácter productivo, organizativo, técnico o económico que motiven la especial dificultad para incorporar trabajadores con discapacidad a la plantilla de la empresa. Como acreditación de dichas circunstancias, los servicios públicos de empleo podrán exigir la aportación de certificaciones o informes "

La Orden de 24 de julio de 2000 que desarrollaba el anterior RD, fue derogada por el RD 364/2005 pero sólo en lo que no se opusiera a éste, por lo que existen algunas previsiones que siguen en vigor o han sido recogidas por las **normas autonómicas. Una de ellas es la posibilidad de solicitar informe de la ITSS sobre la concurrencia de causas** productivas, organizativas, técnicas o económicas, por lo que puede suceder que tras el requerimiento de la ITSS para que la empresa cumpla con su obligación, ésta presente solicitud de declaración de excepcionalidad y se solicite informe de la ITSS.

Según el artículo 3 de esta norma las empresas, para optar por alguna de las medidas alternativas recogidas en el **artículo 2, deberán solicitarlo con carácter previo a su aplicación, de forma conjunta con la solicitud de declaración de excepcionalidad**, justificando, además de la concurrencia de alguna de las causas señaladas, los **datos referidos a la medida aplicable en función de su tipología, y su cuantificación en euros** según los trabajadores a los que no puede contratar de forma directa según las siguientes posibilidades:

"a) La celebración de un contrato mercantil o civil con un centro especial de empleo, 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.

b) La celebración de un contrato mercantil o civil con un centro especial de empleo, o con un trabajador autónomo con discapacidad, para la prestación de servicios ajenos y accesorios a la actividad normal de la empresa.

c) 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"

d) La constitución de un enclave laboral, previa suscripción del correspondiente contrato con un centro especial de empleo, 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"



Igualmente la Orden de 24 de julio de 2000 contemplaba que el Servicio Público de Empleo **dará traslado de todas las resoluciones a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social**, por lo que es habitual que algunos de estos Organismos envíen copia de las resoluciones. Esta información, junto con la que pueda completarse de forma coordinada con los mismos, ayuda a la gestión de las actuaciones de inspección.

4. CUANTIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS, PERIODO DE VIGENCIA Y APLICACIÓN DE LAS MISMAS.

4.1. CUANTIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS.

Los servicios públicos de empleo resolverán sobre la declaración de excepcionalidad y las medidas alternativas aplicadas en una misma resolución administrativa, procediendo a cuantificar las mismas según los criterios del artículo 2.2.:

a) CONTRATOS MERCANTILES O CIVILES. “El importe anual de los **contratos mercantiles o civiles con centros especiales de empleo o con trabajadores autónomos** con discapacidad y de los **contratos entre los centros especiales** de empleo y las empresas colaboradoras para la constitución de enclaves laborales de las medidas previstas en los párrafos a), b) y d) del apartado anterior 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.”

Ejemplo: Con el IPREM vigente en la actualidad (IPREM SIN PAGAS EXTRAS 2016). = 6.390,13 euros

3 x IPREM x Trabajador dejado de contratar = 6.390,13 euros x 3= **19.170,39 euros por cada trabajador dejado de contratar.**

b) DONACIÓN O ACCIÓN DE PATROCINIO. “El importe anual de la medida alternativa prevista en el párrafo c) del apartado anterior habrá de ser, al menos, de un importe de 1,5 veces el IPREM anual por cada trabajador con discapacidad dejado de contratar por debajo de la cuota del dos por ciento”

Ejemplo: 1,5 x IPREM x trabajador dejado de contratar = 6.390,13 euros x 1,5 = **9.585,19 euros por cada trabajador dejado de contratar.**

La cuantificación definitiva se realiza por los servicios públicos de empleo, con independencia de los cálculos que la empresa haya podido realizar en su solicitud.

Por otro lado el indicador de referencia utilizado es 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. Dado que la norma (El Real Decreto 364/2005) realiza una referencia directa al IPREM y no al Salario Mínimo Interprofesional, no resulta de aplicación lo dispuesto en el apartado d) de la disposición adicional sexagésima cuarta de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2016, por lo que **debe computarse exclusivamente el IPREM anual, sin poder añadir cantidad alguna que integre pagas extraordinarias** (Consultas de la DGT de 8 de agosto de 2006; 19-08-2011; 2-03-2015).⁴

⁴El artículo 13.3 del Decreto 86/2015 citado de la Generalitat de Catalunya, no obstante, indica que se incluyen las pagas extraordinarias: c) *En ambos supuestos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2 del Real decreto ley 3/2004, de 25 de junio, para la racionalización de la regulación del salario mínimo*



Finalmente, al igual que se ha señalado con anterioridad, para computar el número de trabajadores resultante de aplicar el 2 por ciento, eliminando los decimales, igual criterio debe aplicarse para la cuantificación de las medidas, por lo que se multiplican los trabajadores dejados de contratar, previo redondeo al entero más próximo por defecto, por las cantidades señaladas. (Consulta de la DGT de 19 de julio de 2004)

4.2. PERIODO DE VIGENCIA Y APLICACIÓN ANUAL.

Según el apartado 4 del artículo 1 del RD 364/2005 mencionado, la declaración de excepcionalidad a que se hace referencia en este artículo **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.

La empresa deberá **aplicar anualmente la cantidad correspondiente a las medidas** alternativas autorizadas, tal y como se especifica en el artículo 2.2 antes transcrito, al hacer alusión expresa al "importe anual" de las medidas. Con mayor claridad se pronuncia el artículo 4 de la Orden de 24 de julio de 2000, o las normas autonómicas al señalar que la ejecución de las medidas se realizará en el periodo de validez del certificado o resolución **sin perjuicio de que anualmente hayan de destinarse a dicho fin, como mínimo, las cantidades que constituyan la cuantificación económica anual.**

Así pues, no se considera cumplida la obligación si la empresa acumula en periodos superiores al año la aplicación total o parcial de las cantidades que debe justificar, sino que debe cumplir el importe autorizado cada uno de los tres años de vigencia de la resolución.

De acuerdo con lo anterior, a efectos de **actuación inspectora**, la empresa tendría un plazo del año natural para poder acreditar la aplicación de las medidas alternativas. Dado que se puede contar con las resoluciones dictadas por los servicios públicos de empleo, en caso de que sean facilitadas, **se pueden ordenar actuaciones de seguimiento o de vigilancia de las mismas, cada uno de los años de vigencia.**

Sin perjuicio de lo anterior, si la empresa, por razones de alteración sustancial de su plantilla o la concurrencia de otras circunstancias solicitara una **revisión de la autorización** y es tramitada por el servicio público de empleo modificando la misma y sus cuantías, hasta la fecha de la nueva resolución deberá aplicarse la anterior de forma **proporcional al tiempo transcurrido del año en curso**. De la misma manera se debería considerar a partir de la nueva resolución, de conformidad, en todo caso, con el contenido de la misma.

4.3 APLICACIÓN, JUSTIFICACIÓN Y SEGUIMIENTO DE LAS MEDIDAS.

La normativa establece que **los servicios públicos de empleo son los responsables del seguimiento del cumplimiento** de la adopción de las medidas y de las obligaciones. Por ello **las acciones planificadas por la ITSS deberían apoyarse en la información facilitada y previamente gestionada** por los titulares de la competencia. A estos efectos, además de las comunicaciones ya señaladas, el RD 364/2005, la Orden de 24 de julio de 2000 y las normas autonómicas incorporan otras obligaciones de justificación de aplicación de las medidas, documentales y de comunicación (Consulta de la DGE de 2-03-2015).

interprofesional y para el incremento de su cuantía (BOE núm. 154, de 26.6.2004), la cuantía anual del IPREM a tener en cuenta será la que cada año se establezca, incluidas las pagas extraordinarias.



Junto con el periodo de ejecución anual ya señalado se concreta que **el plazo para formalizar e iniciar la aplicación de las medidas será de tres meses desde la notificación** de la resolución, salvo la donación o patrocinio, para la que no hay plazo.

Igualmente **deben justificar** ante el correspondiente Servicio Público de Empleo, según unos modelos concretos, **las contrataciones mercantiles o civiles** realizadas en sustitución de la obligación principal; la **donación o acción de patrocinio** efectuada; o la **suscripción del contrato para la constitución de un enclave laboral**, remitiendo la **documentación correspondiente**, que podrán ser comunicadas a la **Inspección de Trabajo y Seguridad Social**. La Orden de 24 de julio de 2000 establecía un plazo de un mes para los contratos mercantiles o civiles desde su formalización.

A efectos de seguimiento puede ser igualmente de utilidad **la memoria que las empresas que opten por la aplicación** de las medidas alternativas al cumplimiento de la cuota de reserva deberán remitir anualmente al Servicio Público de Empleo competente, en donde se haga constar una descripción detallada del cumplimiento de la medida alternativa prevista.

Por otro lado, el artículo 4 del RD 364/2005 incide en que las cantidades económicas deben aplicarse por sus destinatarios a los fines propios de inserción laboral y creación de empleo de las personas con discapacidad, incluyendo la formación que permita su transición hacia el mercado de trabajo no protegido. Anualmente, los centros especiales de empleo y las entidades referidas en la medida prevista en el artículo 2.1.c) presentarán ante el servicio público de empleo correspondiente **una memoria sobre la tipología de las acciones que se han realizado y los recursos financieros aplicados a dichas acciones**.

Estos aspectos, unidos a la amplitud con la que se regulan el posible contenido de los contratos o la flexibilidad derivada de las acciones de donación o patrocinio han suscitado dudas en relación con el destino final de las cantidades aplicadas, que incluso dieron lugar a la reforma de la LISOS. **Se enumeran a continuación las consultas planteadas sobre este aspecto:**

- a) **Contrato mercantil con un centro especial de empleo para el suministro de productos que no son producidos ni fabricados en el mismo**, sino que son adquiridos a otra empresa previamente. El artículo 2, a) del RD 364/2005 permite la celebración de un contrato de "suministro", por lo que no es exigible que los productos suministrados sean fabricados por el propio CEE, ni que éste destine directamente el importe del contrato a abonar los salarios de los trabajadores con discapacidad. La actividad de suministro de productos o de intermediación es legal y puede ser llevada a cabo por los trabajadores con discapacidad en CEE (Consulta de la DGT de 12 de mayo de 2009).
- b) **Fundaciones que reciben donaciones de empresas como medida alternativa pero que revierten estas cantidades en las empresas donantes**. La realización de donaciones o acciones de patrocinio tienen como finalidad el desarrollo de actividades de inserción laboral y de creación de empleo de personas con discapacidad, debiendo destinar las cantidades a esta finalidad (Artículos 2,c) y 4.2 del RD 364/2005) y presentar una memoria de las acciones y los recursos financieros aplicados. Se debe tratar por tanto de una auténtica donación, es decir un acto de liberalidad por la que se dispone gratuitamente de una cosa, en este supuesto, de las cantidades establecidas. Por ello no puede considerarse como tal las actuaciones en las que la entrega de la cantidad encubra realmente el pago de bienes, servicios o prestaciones que las fundaciones entregan o "reviertan" a las empresas donantes, bajo una apariencia de donación. Por otro lado debe justificarse en la memoria que el destino real es el de inserción laboral y creación de empleo de personas con discapacidad (Consulta de la DGT de 29-01-2010).



Debe recordarse que el artículo 16.1 de la LISOS incluye como **infracción muy grave** en su letra g) “La aplicación indebida o la no aplicación a los fines previstos legal o reglamentariamente de las donaciones y acciones de patrocinio recibidas de las empresas por fundaciones y asociaciones de utilidad pública, como medida alternativa al cumplimiento de la obligación de reserva de empleo a favor de las personas con discapacidad”

- c) **Constitución de centro especial de empleo como agencia de viajes de empresa**. Se pueden autorizar como medidas alternativas la celebración de contratos para la prestación de servicios ajenos y accesorios a la actividad normal de la empresa (artículo 2.1 b) del RD 364/2005). No habría inconveniente en que una empresa contratara los servicios de agencia de viajes con un CEE, siempre que la empresa obligada no tenga como actividad normal o íntimamente relacionada la de agencia de viajes (Consulta de la DGE de 19-11-2012).
- d) **En función de las dudas planteadas en algunas consultas sobre el destino real del importe de las cantidades aplicadas** mediante contratos a los fines de la norma, por la posibilidad de inclusión de contratos de servicios y suministros en los que los CEE sólo realizan una intermediación comercial, la DGE ha señalado que sería conveniente que se consideraran aplicables sólo las cantidades correspondientes a la “remuneración, beneficio económico o valor añadido” que realmente obtienen los centros por su intervención, cuyo destino final vaya a ir en beneficio de los trabajadores con discapacidad. No obstante para tal interpretación, más allá del tenor de la norma, sería necesaria una modificación normativa que a la fecha de hoy no se ha producido. En atención a lo anterior, y salvo que se apreciara en supuestos concretos fraude de ley, deben admitirse los contratos de servicios o suministros que reúnan los requisitos establecidos (Consulta de la DGE de 21-02-2013).

EL DIRECTOR GENERAL
AUTORIDAD CENTRAL
DE LA INSPECCION DE TRABAJO
Y SEGURIDAD SOCIAL



José Ignacio Sacristán Enciso

SRES. SUBDIRECTORES GENERALES, DIRECTOR ESPECIAL, DIRECTOR DE LA ESCUELA, DIRECTORES TERRITORIALES Y JEFES DE INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL.