



## **INFORME 3/2020, DE 30 DE ABRIL, SOBRE LA VIGENCIA DE DETERMINADAS DISPOSICIONES DEL DECRETO 213/1998, DE 17 DE DICIEMBRE, DEL CONSEJO DE GOBIERNO, POR EL QUE SE ESTABLECEN MEDIDAS EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA COMUNIDAD DE MADRID PARA APOYAR LA ESTABILIDAD Y CALIDAD DEL EMPLEO.**

### **ANTECEDENTES**

El Secretario General Técnico de la Consejería de Sanidad, ha dirigido escrito a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, solicitando la emisión de informe en los siguientes términos:

*Durante la tramitación de los expedientes de devolución de garantías definitivas de contratos que han sido adjudicados conforme a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), y a la vista de los pliegos de cláusulas administrativas particulares que rigen los contratos se están produciendo dudas sobre el contenido y vigencia de las cláusulas que hacen referencia al cumplimiento de la obligación de tener contratados a personal con discapacidad y su forma de acreditación.*

*Los pliegos de cláusulas administrativas particulares que han sido informados por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid como modelos de general aplicación por los distintos órganos de contratación establecen una cláusula denominada: “Medidas de contratación con empresas que estén obligadas a tener en su plantilla trabajadores con discapacidad”.*

*Esta cláusula es consecuencia del Decreto 213/1998, de 17 de diciembre, del Consejo de Gobierno, por el que se establecen medidas en la contratación administrativa de la Comunidad de Madrid para apoyar la estabilidad y calidad del empleo que, en su artículo 4, recoge la obligación de que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos administrativos los órganos de contratación incluyan entre las obligaciones del contratista una relativa al cumplimiento de la obligación de tener empleados, durante la vigencia del contrato, trabajadores discapacitados en un 2%, al menos, de la plantilla de la empresa, si esta alcanza un número de 50 o más trabajadores y el contratista está sujeto a tal obligación de acuerdo con el artículo 38.1 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de Minusválidos (hoy artículo 42 del 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).*

*El punto 3 del artículo 4 del Decreto establece su forma de acreditación, que será*

*mediante certificado de la empresa en el que conste el número de trabajadores de plantilla y copia compulsada de los contratos celebrados con trabajadores discapacitados, pudiendo imponer una penalidad de hasta un 10% de la garantía definitiva constituida para el contrato en el caso de que no haya cumplido en todo o en parte la obligación contractual asumida, tal y como determina el punto 1 del artículo 3 del citado Decreto.*

*Además, para reforzar dicho compromiso, los pliegos de cláusulas administrativas particulares establecen modelos de declaración responsable en los que el futuro adjudicatario del contrato se ratifica en la referida obligación y se obliga a acreditarla ante el órgano de contratación durante la vigencia del contrato o, en todo caso, antes de la devolución de la garantía definitiva.*

*Tras la entrada en vigor de la LCSP se ha producido un cambio normativo sustancial en relación con los contratos del sector público y la reserva legal de trabajadores con discapacidad al configurar, la nueva ley, el incumplimiento de la cuota de reserva de personal con discapacidad, cuando se esté obligado a ello, como una prohibición para contratar.*

*Así, la LCSP establece.*

*Artículo 71. Prohibiciones de contratar.*

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

*d) ...; o en el caso de empresas de 50 o más trabajadores no cumplir con el requisito de que al menos el 2 por ciento de sus empleados sean trabajadores con discapacidad, de conformidad con el artículo 42 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, en las condiciones que reglamentariamente se determinen.*

*Estableciendo el tercer párrafo de la letra d) que: “La acreditación del cumplimiento de la cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad..., se hará mediante la presentación de la declaración responsable a que se refiere el artículo 140”.*

*Por otro lado, el artículo 202 de la LCSP, en su apartado 2, otorga al órgano de*

*contratación la posibilidad de establecer como condición especial de ejecución de tipo social o relativa al empleo que el adjudicatario contrate con un número de personas con discapacidad superior al que exige la legislación nacional, siempre, eso sí, que dicha condición especial esté vinculada al objeto del contrato, como exige el apartado 1 del mencionado artículo.*

*A la vista de la normativa que se aplica en la Comunidad de Madrid de conformidad con el Decreto 213/1998 y lo dispuesto tanto en el artículo 71 como 202 de la LCSP, artículos que son básicos según la Disposición final primera de la LCSP, se advierten varias contradicciones.*

*La Comunidad de Madrid, por aplicación del Decreto 213/1998, configura la obligación de que el adjudicatario tenga contratados al menos un 2% de personas con discapacidad durante la ejecución del contrato como una condición especial de ejecución que no respeta los requisitos del artículo 202 de la LCSP, esto es, que esté vinculada al objeto del contrato, ya que se aplica con carácter general a todos los contratos administrativos que celebre la Comunidad; y por otro lado, no responde a la exigencia de que se contrate un número de personas con discapacidad superior al establecido legalmente como determina dicho artículo.*

*Además, al haberse configurado en la LCSP la reserva del 2% como un requisito para celebrar contratos su incumplimiento, en el caso de que el adjudicatario durante la ejecución del mismo no mantuviera el porcentaje de reserva, sería una causa sobrevenida de prohibición para contratar que a la vista de los Informes de la JCCA 45/13, de 26 de febrero de 2015 y 6/1999, de 17 de marzo de 1999 afectaría a nuevos contratos y no al contrato adjudicado, salvo que se hubiera establecido como causa de resolución del contrato expresamente en el pliego (STS de 4 de octubre de 2005); siendo de dudoso encaje que se le pueda imponer una penalidad de hasta un 10% del importe de la garantía definitiva tal y como establece el Decreto 213/1998 de producirse la causa sobrevenida de prohibición.*

*Por todo lo anterior se solicita a esa Junta se pronuncie sobre la vigencia del Decreto 213/1998, de 17 de diciembre, del Consejo de Gobierno, por el que se establecen medias en la contratación administrativa de la Comunidad de Madrid para apoyar la estabilidad y calidad del empleo, en cuanto a la obligación del adjudicatario de tener contratado, durante la vigencia del contrato, al menos a un 2% de personas con discapacidad si se dan las circunstancias legalmente exigibles teniendo en cuenta lo dispuesto en la LCSP y su Disposición derogatoria y la teoría general del derecho en cuanto a la derogación de normas jurídicas que se infiere del artículo 2 del Código Civil*

*al poder haberse producido, también, una derogación tácita de la norma cumpliendo los tres requisitos de igualdad de materia, reserva del 2% del personal con discapacidad, identidad de destinatarios, dirigida a licitadores y órganos de contratación, y contradicción e incompatibilidad, configuración del 2% de reserva como prohibición para contratar en la legislación del Estado o como condición especial de ejecución en la norma de la Comunidad de Madrid.*

## **CONSIDERACIONES**

1.- El órgano consultante solicita el pronunciamiento de esta Junta Consultiva acerca de la vigencia del Decreto 213/1998, de 17 de diciembre, del Consejo de Gobierno, por el que se establecen medidas en la contratación administrativa de la Comunidad de Madrid para apoyar la estabilidad y calidad del empleo, en relación con la regulación sobre la obligación de tener contratados trabajadores con discapacidad en la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP).

Se plantean cuestiones en la consulta que, en gran parte, ya fueron analizadas por esta Comisión Permanente en su Acuerdo 4/2018, de 26 de julio, sobre la propuesta de modificar en los modelos de pliegos de cláusulas administrativas particulares informados por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa las cláusulas relativas a la obligación de tener contratados trabajadores con discapacidad, por lo que, en primer lugar, se recuerdan en los apartados siguientes de estas consideraciones las principales consideraciones al respecto del citado Acuerdo.

2.- El objetivo de las medidas respecto al personal con discapacidad establecidas en el Decreto 213/1998 fue, entre otros, el de utilizar los contratos públicos como un instrumento para la efectividad del cumplimiento de determinadas obligaciones impuestas por las normas de orden social; así como instrumento para llevar a cabo acciones positivas que puedan incidir en el empleo de determinados sectores del mercado de trabajo y contribuir a la consecución del principio constitucional del pleno empleo.

Como consecuencia de ello, se incorporó en los modelos de pliegos de cláusulas administrativas particulares informados por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa una cláusula con la obligación de tener contratados durante la vigencia del contrato trabajadores con discapacidad conforme a la normativa laboral al respecto, así como un anexo con el “Modelo de declaración responsable relativa al compromiso de tener contratados trabajadores con discapacidad”.

3.- Asimismo, en el citado Acuerdo se analiza la regulación al respecto de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, que aboga abiertamente por los derechos de las personas con discapacidad, en relación, entre otros aspectos, con los criterios de adjudicación y con las condiciones de ejecución del contrato (considerando 3); así como aboga por que los poderes adjudicadores tomen las medidas pertinentes para velar por el cumplimiento de sus obligaciones en los ámbitos del Derecho medioambiental, social y laboral, indicando que las respectivas obligaciones pueden reflejarse en cláusulas contractuales cuyo incumplimiento podría considerarse una falta grave del contratista, pudiendo acarrearle su exclusión del procedimiento de adjudicación de un contrato público (considerando 39). Además, el considerando 40 indica que el control del cumplimiento de las disposiciones de Derecho medioambiental, social y laboral ha de efectuarse en las respectivas fases del procedimiento de licitación: cuando se apliquen los principios generales sobre la elección de participantes y la adjudicación de contratos, al aplicar los criterios de exclusión y al aplicar las disposiciones relativas a ofertas anormalmente bajas, debiendo realizarse la verificación conforme a las disposiciones al respecto de la Directiva, en particular con arreglo a las aplicables a medios de prueba y declaraciones del interesado.

En el mismo sentido, el artículo 18.2 de la citada Directiva establece la obligación de que los Estados miembros tomen las medidas pertinentes para garantizar que, en la ejecución de los contratos, los operadores económicos cumplen las obligaciones en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión, Derecho nacional, convenios colectivos o disposiciones de Derecho internacional medioambiental, social y laboral que enumera en su anexo X.

4.- A continuación, el Acuerdo citado indica que la LCSP establece en su artículo 34.1 que podrán incluirse en los contratos del sector público cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración.

Conforme a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 122 de dicha ley, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán, entre otros datos, las consideraciones sociales, laborales y ambientales que se establezcan como condiciones especiales de ejecución, así como los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato.

Por su parte, el artículo 202 de la LCSP dispone que los órganos de contratación

podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas a su objeto y cumplan diversas condiciones, entre ellas que se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos. Las consideraciones de tipo social o relativas al empleo, podrán introducirse, entre otras finalidades, con la de contratar un número de personas con discapacidad superior al que exige la legislación nacional.

Por tanto, la ley distingue entre condiciones especiales de ejecución del contrato, y pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato.

Lo establecido en el Decreto 213/1998 en relación con los trabajadores con discapacidad constituye una obligación que han de asumir los licitadores para optar a la adjudicación del contrato y ha de aplicarse a todos los contratos, con independencia de su objeto, al no encontrarse vinculada al objeto del contrato.

Su objetivo es asegurar el compromiso del licitador de que cumplirá con la legislación vigente en la materia durante la ejecución del contrato, si está obligado a ello.

Por el contrario, si se optase por incluir la contratación de personal con discapacidad como condición especial de ejecución del contrato, únicamente podría efectuarse en los contratos en que esta condición se encuentre vinculada al objeto y, además, habría de exigirse que el contratista contrate un número de personas con discapacidad superior al que exige la legislación nacional, no el mismo número.

Se trata, por tanto, de dos cuestiones diferentes, por lo que se considera que los modelos de pliegos de cláusulas administrativas particulares contienen una obligación del contratista aplicable a todo tipo de contratos y no una condición especial de ejecución para determinados contratos, por lo que la regulación al respecto del Decreto 213/1998 no resulta contraria a la vigente LCSP.

5.- Por otra parte, el escrito de consulta indica que, dado que la LCSP establece como prohibición de contratar el incumplimiento por parte del contratista de la obligación de tener contratados trabajadores con discapacidad conforme a la normativa laboral al respecto, no procede imponer la penalidad de hasta un 10% del importe de la garantía definitiva establecida en el Decreto 213/1998 si se produce la causa sobrevenida de prohibición de contratar. A este respecto, se considera que, si bien el incumplimiento de la citada obligación constituye causa de prohibición de contratar para futuros contratos, ello no obsta para que su incumplimiento en el contrato vigente lleve aparejada la imposición de una penalidad.

La aplicación del artículo 3 del Decreto 213/1998, garantiza el cumplimiento, como hemos apuntado, de la obligación prevista en el artículo 42 del R.D. Legislativo 1/2013, durante la vigencia del contrato, que viene a reforzar el requisito de aptitud previsto en el artículo 65 de la LCSP, en relación con el artículo 71.1.d) de la citada Ley, durante toda la vigencia del contrato.

La ausencia de prohibición de contratar, a tenor de lo dispuesto en el artículo 140.4 de la LCSP ha de concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato, es decir a su formalización, ex artículo 36.1 de la LCSP.

El artículo 3 del Decreto 213/1998 penaliza el incumplimiento de dicha obligación durante la vigencia del contrato y consecuente pérdida de aptitud para contratar en futuras licitaciones, que, en otro caso, no tendría consecuencias para el contratista en la ejecución del concreto contrato.

6.- Por último, indicar que esta Comisión Permanente, conforme a lo expuesto, no considera que la regulación de lo establecido en el Decreto 213/1998 respecto a los trabajadores con discapacidad se oponga a lo dispuesto en la vigente LCSP.

### **CONCLUSIONES**

1.- Lo establecido en el Decreto 213/1998 en relación con los trabajadores con discapacidad constituye una obligación de los licitadores para optar a la adjudicación del contrato, no una condición especial de ejecución, por lo que ha de aplicarse a todos los contratos, con independencia de su objeto.

2.- Si bien el incumplimiento de la citada obligación constituye causa de prohibición de contratar para futuros contratos, ello no obsta para que su incumplimiento en el contrato vigente lleve aparejada la imposición de una penalidad.

3.- La regulación de lo establecido en el Decreto 213/1998 respecto a los trabajadores con discapacidad no se opone a lo dispuesto en la vigente LCSP.

### **VOTO PARTICULAR**

**VOTO PARTICULAR FORMULADO POR EL JEFE DEL ÁREA DE  
CONTRATACIÓN DE LA CONSEJERÍA DE SANIDAD**

En relación con el Acuerdo 3/2020 de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, sobre la vigencia de determinadas disposiciones del Decreto 213/1998, de 17 de diciembre, del Consejo de Gobierno, por el que se establecen medidas en la contratación administrativa de la Comunidad de Madrid para apoyar la estabilidad y calidad del empleo, y de conformidad con lo dispuesto 19 punto 5 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, formulo un voto particular al parecer de la mayoría de los miembros de la Comisión Permanente al no estar de acuerdo en cómo se han interpretado los artículos aún vigentes del Decreto 213/1998.

En consecuencia, considero que el Informe aprobado por la Comisión Permanente de la Junta Consultiva debería de haberse redactado en los siguientes términos:

La Secretaría General Técnica de la Consejería de Sanidad ha solicitado informe a la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, sobre la vigencia del Decreto 213/1998, de 17 de diciembre, del Consejo de Gobierno por el que se establecen medidas en la contratación administrativa de la Comunidad de Madrid para apoyar la estabilidad y calidad del empleo, tras configurar, el artículo 71 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos con el Sector Público, concretamente en su apartado 1 letra d) como una prohibición de contratar el no cumplir con la reserva legal de trabajadores con discapacidad a la que estarían obligadas todas las empresas de cincuenta o más trabajadores conforme al artículo 42 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

Para dar respuesta a la petición de informe hay que analizar las previsiones que en materia de reserva legal de personas con discapacidad hacen tanto el Decreto 213/1998, como la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público.

El Decreto 213/1998 tras la publicación del Decreto 128/2005, de 15 de diciembre, por el que se derogan parcialmente medidas en la contratación administrativa de la Comunidad de Madrid, para apoyar la estabilidad y calidad en el empleo, solo mantiene vigentes los siguientes artículos o partes de los mismo, que en síntesis recogen lo siguiente:

Artículo 1. “Ámbito de aplicación”, donde establece que lo estipulado en el Decreto se aplicará a los contratos administrativos que celebre la Comunidad de Madrid, sus Organismos Autónomos y Entidades de derecho público vinculadas o dependientes de aquella.



El Punto 1 del Artículo 3. “Facultades de comprobación y responsabilidades del contratista”, que regula la incautación de hasta un 10% del importe de la garantía definitiva si se dedujese que el contratista no ha cumplido en todo o en parte con la obligación contractual que asumirá respecto a la contratación de trabajadores con discapacidad.

Artículo 4. “Medidas de contratación con empresas que estén obligadas a tener en su plantilla trabajadores minusválidos.” Que fundamentalmente dispone la obligación de incluir en el pliego de cláusulas administrativas particulares una cláusula relativa a que el contratista, durante la vigencia del contrato, cumpla con la normativa de integración laboral de personas con discapacidad, formulando a tal efecto una declaración de compromiso en la que ponga de manifiesto que cumplirá y acreditará ante el órgano de contratación tal obligación; pudiendo el órgano de contratación comprobar la obligación referida en cualquier momento de la vigencia del contrato, debiendo el adjudicatario presentar, a requerimiento de aquel, certificado de empresa en el que conste el número de trabajadores en plantilla y copia compulsada de los contratos celebrados con trabajadores discapacitados.

Artículo 5. “Contratación con empresas que tengan trabajadores minusválidos”, artículo que obliga al órgano de contratación a establecer en los pliegos una preferencia de adjudicación a favor de las empresas que, sin tener la obligación de reserva legal de trabajadores con discapacidad, cuenten con un 2% de trabajadores con discapacidad en la plantilla de la empresa siempre que su proposición iguale en sus términos a la más ventajosa.

Por su parte, la Ley de Contratos del Sector Público establece en su artículo 71 letra d) como prohibición para contratar con los entes del sector público el no cumplir con la reserva legal de tener trabajadores con discapacidad para las empresas que cuenten, en su plantilla, con cincuenta o más trabajadores.

Determina que la no concurrencia de dicha prohibición, que por aplicación del artículo 140.4 de la LCSP, ha de subsistir hasta la perfección del contrato, y se acreditará mediante la declaración responsable a que se refiere el artículo 140 de la Ley.

Y, por último, en su artículo 39.2 configura como contratos nulos de pleno derecho los celebrados con adjudicatarios que estén incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el artículo 71 de la Ley.

A la vista de la Ley de Contratos del Sector Público y del Decreto 213/1998, se puede concluir que el adjudicatario que formalice un contrato administrativo con la

Comunidad de Madrid, ha acreditado cumplir con la obligación de tener contratados a un 2% de trabajadores con discapacidad durante la vigencia del contrato si estuviera obligado a ello.

Tal argumentación se fundamenta en el propio artículo 140.4 de la Ley, que obliga a mantener la ausencia de prohibición para contratar hasta la perfección del contrato y porque, por aplicación del artículo 4 del Decreto 213/1998, el cumplimiento de la reserva legal de personal discapacitado debe producirse durante la vigencia de aquel.

Ello se deduce del tenor literal del propio artículo 4 y de que la comprobación puede ser realizada, por el órgano de contratación, en cualquier momento de la vigencia del contrato, interpretación sistemática.

Así, si el adjudicatario ha perfeccionado el contrato (ha comenzado su vigencia) manteniendo la ausencia de prohibición para contratar se colige que cumple con la obligación impuesta por la norma de la Comunidad de Madrid de tener contratados, en el caso de que esté obligado a ello, a un 2% de personal discapacitado durante la vigencia del mismo.

Además, la forma de acreditación del cumplimiento de la reserva legal de tener contratados a trabajadores con discapacidad, cuando se esté obligado a ello, hace innecesaria una ulterior comprobación, ya que tal acreditación se realiza mediante la declaración a la que se refiere el artículo 140 de la LCSP, pero en el caso de que se hiciera una comprobación y de la misma se dedujese que no cumplía con la obligación de tener la reserva legal de trabajadores con discapacidad que declaró tener al presentar la oferta, el contrato, de conformidad con el artículo 39.2 letra a) de la LCSP, sería nulo de pleno derecho, siendo en este caso indiferente que se incaute una parte de la garantía definitiva. Distinta solución hay que dar al artículo 5 del Decreto 213/1998 antes citado.

Aquí se aprecia, mediante una simple lectura de su contenido, que se está discriminando a las empresas que cuenten con cincuenta o más trabajadores ya que no pueden acceder al criterio de desempate y que, por tanto, se está produciendo una vulneración del artículo 1 de la Ley de Contratos del Sector Público, pues otorga una ventaja, al establecer la preferencia de la adjudicación, a las empresas que no están obligadas a tener una reserva legal de trabajadores con discapacidad sobre las que si lo están.

## CONCLUSIONES

1.- La configuración del incumplimiento de la reserva legal de trabajadores con discapacidad, a la que están obligadas las empresas con cincuenta o más trabajadores, como una prohibición para contratar conforme a lo dispuesto en el artículo 71 letra d) de la Ley de Contratos del Sector Público, cuya ausencia debe de mantenerse hasta la perfección del contrato acredita, por si misma, que durante la vigencia del contrato el adjudicatario cumple con la obligación establecida en el artículo 42 del 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.

2.- Los pliegos en los que se establezca una previsión como criterio de desempate conforme a lo estipulado en el artículo 5 del Decreto 213/1998, de 17 de diciembre, por el que se establecen medidas en la contratación administrativa de la Comunidad de Madrid para apoyar la estabilidad y calidad del empleo vulneran el principio de igualdad de trato que debe de presidir toda licitación.