

Estudio sobre la obligación de contratar trabajadores con discapacidad como condición de ejecución de los contratos celebrados por la Comunidad de Madrid

Sumario: RESUMEN.—ABSTRACT.—I. INTRODUCCIÓN: MANDATO A LOS PODERES PÚBLICOS. CONCEPTO DE MINUSVÁLIDO/DISCAPACITADO. GRADO DE MINUSVALÍA/DISCAPACIDAD. EVOLUCIÓN CONCEPTUAL.—II. OBLIGACIÓN LEGAL DE CONTRATAR PERSONAS CON DISCAPACIDAD PARA FOMENTAR SU INTEGRACIÓN LABORAL, O DE ADOPTAR MEDIDAS ALTERNATIVAS.—III. OBLIGACIÓN ESPECÍFICA, COMO CONDICIÓN DE EJECUCIÓN DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. ESPECIAL REFERENCIA A LA COMUNIDAD DE MADRID.—IV. MEDIDAS ALTERNATIVAS A LA OBLIGACIÓN DE TENER CONTRATADOS AL MENOS UN 2 % DE TRABAJADORES CON DISCAPACIDAD EN LA COMUNIDAD DE MADRID.—4.1. Regulación.—4.2. Supuestos de excepcionalidad a la obligación del 2 % de trabajadores con discapacidad.—4.3. Procedimiento de declaración de excepcionalidad.—4.4. Tipos de medidas alternativas a la obligación del 2% de trabajadores con discapacidad y plazo de ejecución.—4.5. Equivalencia de las medidas alternativas respecto a la obligación de tener contratados un 2 % de trabajadores con discapacidad.—V. PROCEDIMIENTO Y REQUISITOS PARA ASUMIR Y ACREDITAR EL CUMPLIMIENTO LA OBLIGACIÓN Y, EN SU CASO, IMPONER PENALIDADES POR INCUMPLIMIENTO.—5.1. Documentación previa: asunción del compromiso por la empresa.—5.2. Acreditación y comprobación del cumplimiento de la obligación de tener contratados al menos un 2 % de trabajadores con discapacidad o de las medidas alternativas.—5.2.1. Acreditación de la obligación de tener contratados trabajadores con discapacidad.—5.2.2. Acreditación de las medidas alternativas.—5.3. Vinculación laboral de los trabajadores con discapacidad.—5.4. Efectos del incumplimiento: penalidades.—5.5. Procedimiento de incautación de garantías.—5.5.1. Órgano competente.—5.5.2. Procedimiento.—VI. CONCLUSIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

* Técnico Superior de Administración General de la Comunidad de Madrid.

RESUMEN

La sociedad moderna europea se desenvuelve en el respeto a una serie de principios y derechos básicos, entre los que se encuentra la igualdad entre las personas y la ausencia de discriminación. Para dar contenido a estos principios y derechos, el ordenamiento jurídico español ha venido estableciendo —y la jurisprudencia interpretando— una serie de normas reguladoras de la inserción en la sociedad de las personas con discapacidad. Algunas de esas normas han permitido a los órganos de contratación de las Administraciones Públicas exigir a los contratistas en determinados supuestos, como condición de ejecución de contratos que suscriban con aquellas, la obligación de contratar trabajadores con discapacidad. El presente estudio pretende explicar el procedimiento aplicable en el ámbito de la Comunidad de Madrid, para declarar la existencia de responsabilidad del contratista por incumplimiento de dicha obligación, para lo cual se analizan cuestiones como la forma y el momento procedimental para asumir la obligación y para requerir la acreditación de su cumplimiento, así como para hacer efectiva la responsabilidad por incumplimiento.

ABSTRACT

Modern European Society manages respecting series of principles and basic rights like the equality between people and the absence of discrimination. In order to this, the Spanish Legal System has established different regulatory norms —which the jurisprudence has interpreted— concerning the insertion of disabled people in the society. These norms have made it possible for the hiring organs of the Civil Services to demand, in some cases, the obligation of hiring disabled people as a condition of carrying out the contracts which contractors have with them. This study wants to explain the procedure which can be applicable in the Comunidad de Madrid, to declare that if this obligation is not carry out the responsibility belongs to the contractor. To develop this purpose, issues like the form and the procedural moment to assume this obligation and to require the accreditation of its performance, and to make effective the responsibility of its failure of execute, are going to be analysed.

I. INTRODUCCIÓN: MANDATO A LOS PODERES PÚBLICOS. CONCEPTO DE MINUSVÁLIDO/DISCAPACITADO. GRADO DE MINUSVALÍA/DISCAPACIDAD. EVOLUCIÓN CONCEPTUAL

La Constitución Española de 1978 (en adelante, CE) establece auténticos mandatos a los poderes públicos para que faciliten y promuevan la integración de todos los ciudadanos en los distintos ámbitos de la vida, para evitar su discriminación, así como para que presten especial atención, entre otros, a los discapacitados.

Así, corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra

sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social (art. 9.2 CE).

Por su parte, nuestra Norma Suprema señala que los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (art. 14 CE).

Asimismo, como principio rector de la política social y económica, se ordena a los poderes públicos que realicen una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que el Título I de la Constitución Española otorga a todos los ciudadanos (art. 49 CE).

En desarrollo de dicho mandato constitucional, en el ordenamiento jurídico español se ha definido, para referirse a los discapacitados, el término «*minusválido*» (del latín *minus*-menos, *válido*-válido), dada la enorme atención que, por lo anterior, este colectivo suscita para los poderes públicos y organizaciones sociales, que hace que, cada vez con mayor frecuencia, se hayan ido estableciendo medidas tendentes a favorecer la integración de las personas con algún tipo de discapacidad, tanto en el ámbito social, como en el laboral o escolar, y ya sea en el ámbito público, ya en el privado, dadas las dificultades que por su condición encuentran a la hora de acceder a dichos ámbitos por presentar una disminución en su capacidad, con respecto a los demás ciudadanos.

Pero conviene, antes de entrar al análisis normativo, reproducir lo que el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua entiende por minusválido: «*una persona incapacitada, por lesión congénita o adquirida, para ciertos trabajos, movimientos, deportes, etc.*».

Desde el punto de vista del ordenamiento jurídico español, una vez vigente la Constitución de 1978, cabe destacar la entrada en vigor de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de Minusválidos (en adelante, LISMI), que en su artículo 7 señala que se entiende por «*minusválido*» toda persona cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidas como consecuencia de una deficiencia, previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales.

Posteriormente se va a sustituir en el ámbito normativo el término «*minusválido*» por el de «*discapacitado*», por las connotaciones que pudiera tener el término minusválido al significar, desde el punto de vista etimológico, menos válido o que vale menos.

El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua define «*discapacitado*» como una persona que tiene impedida o entorpecida alguna de las actividades cotidianas consideradas normales, por alteración de sus funciones intelectuales o físicas. Parece, pues, que ya no es una incapacidad limitada a «*ciertos*» trabajos (como establece la RAE para «*minusválido*»), sino para cualquier actividad cotidiana. Desaparece, por otra parte, la referencia a la previsión de permanencia de la LISMI.

La sustitución de «*minusválido*» por «*persona con discapacidad*» se entenderá en un primer momento a los efectos de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad (desarrollada por el 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, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad), y, más adelante, como mandato expreso a las Administraciones Públicas por medio de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia. Así, la Disposición Adicional Octava de esta Ley señala que las referencias que en los textos normativos se efectúan a «*minusválidos*» y a personas con minusvalía, se entenderán realizadas a «*personas con discapacidad*».

En consecuencia, a partir de la entrada en vigor de la Ley 39/2006, las disposiciones normativas elaboradas por las Administraciones Públicas habrán de utilizar el término «*persona con discapacidad*» para referirse a los disminuidos o minusválidos.

La Ley 51/2003 se dictó para dar un nuevo impulso a las políticas de equiparación de las personas con discapacidad estableciendo medidas de acción positiva que hagan efectivo su derecho a la igualdad de oportunidades.

Destaca como novedad el establecimiento de un grado mínimo de discapacidad para que se pueda considerar una persona como «*persona con discapacidad*». Así, en la redacción vigente de su artículo 1, se señala que se consideran personas con discapacidad aquellas que presenten deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás. A los efectos de esa Ley, tendrán la consideración de «*personas con discapacidad*» aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 %. En todo caso, se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 % los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

La acreditación del grado de discapacidad se realizará en los términos establecidos reglamentariamente (como en el art. 2 del Real Decreto 1414/2006, de 1 de diciembre) y tendrá validez en todo el territorio nacional.

El artículo 3 de dicha ley establece que, de acuerdo con el principio de transversalidad de las políticas en materia de discapacidad, la ley se aplicará en ámbitos como los bienes y servicios a disposición del público o como las relaciones con las Administraciones Públicas, entre otros.

Por tanto, al tratarse de una política horizontal o transversal que afecta, entre otras, a las relaciones con las Administraciones Públicas, cabe seña-

lar que mientras no exista otra norma específica —en cuyo caso la Ley 51/2003 se aplicará con carácter supletorio—, se entenderá por «*persona con discapacidad*» aquella cuya discapacidad alcance o supere el grado del 33 %.

Cabe precisar que sí se han dictado normas específicas que han establecido otros grados de discapacidad, como es el caso del 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 (que es una de las medidas alternativas a la obligación de tener contratados trabajadores con discapacidad, como más adelante se verá), que dispone en su artículo 6.2. que, a los efectos de ese Real Decreto, se consideran trabajadores discapacitados con especiales dificultades para el acceso al mercado ordinario de trabajo, entre otras, las personas con discapacidad física o sensorial, con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 65 %.

Por otra parte, en aras a promover acciones que fomenten la integración laboral de personas con discapacidad cuyo grado no alcance el 33%, el Gobierno estudiará, en el marco de la Estrategia Global de Acción para el Empleo de las Personas con Discapacidad 2008-2012, las medidas oportunas para mejorar su empleabilidad (Disposición Adicional Vigésimo Cuarta de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo).

De acuerdo con los compromisos asumidos en el ámbito de la Unión Europea y en la Estrategia Española de Acción para el Empleo, la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, ha sido modificada tras el Real Decreto-Ley 3/2011, de 18 de febrero, de Medidas Urgentes para la Mejora de la Empleabilidad y la Reforma de las Políticas Activas de Empleo, incluyendo a las personas con discapacidad entre los «*colectivos prioritarios*» de los programas de fomento del empleo (art. 19 octies). Dicha Ley contempla entre los principios generales de las políticas activas de empleo, el de igualdad de oportunidades y no discriminación en el acceso al empleo (art. 24).

El legislador ha dado un paso más en esta evolución incorporando recientemente, a través del artículo 39 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, una regulación de la «*responsabilidad social de las empresas*». A este respecto, las Administraciones Públicas mantendrán una política de promoción de dicha responsabilidad entre las entidades públicas y privadas, incentivándoles a que las incorporen o desarrollen. Para evaluar su cumplimiento y alcance, se utilizarán modelos de referencia que han de servir especialmente a objetivos como promover la igualdad de oportunidades y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

Recientemente, la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de Adaptación Normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ha modificado la Ley 51/2003 dando una nueva definición al concepto de «*persona con discapacidad*» (la ya reproducida en párrafos anteriores) y de «*igualdad de oportunidades*», ordenando a los poderes públicos que adopten medidas de acción positiva para personas discapacitadas con mayor grado de discriminación o menor igualdad de oportunidades

y estableciendo que dichas personas participarán en las decisiones que les conciernen.

Por último, para adecuar la regulación reglamentaria vigente en materia de discapacidad a las directrices de la citada Convención, en la línea marcada por la Ley 26/2011, de 1 de agosto, se ha dictado el Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, de Adaptación Normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que en su Disposición Adicional Primera, ha designado al Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) como mecanismo independiente para promover, proteger y supervisar la aplicación de la Convención en España. Asimismo, ha derogado el artículo 2.2.c) (sobre uno de los modos de acreditación del grado de discapacidad) del 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, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad.

II. OBLIGACIÓN LEGAL DE CONTRATAR PERSONAS CON DISCAPACIDAD PARA FOMENTAR SU INTEGRACIÓN LABORAL, O DE ADOPTAR MEDIDAS ALTERNATIVAS

El artículo 38.1 de la LISMI introdujo en nuestro Derecho, como medida activa, la obligación de que el 2 % de los trabajadores de las empresas públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más, sean personas con discapacidad. El cómputo mencionado anteriormente se realizará sobre la plantilla total de la empresa correspondiente, cualquiera que sea el número de centros de trabajo de aquella y cualquiera que sea la forma de contratación laboral que vincule a los trabajadores de la empresa. Igualmente se entenderá que estarán incluidos en dicho cómputo los trabajadores discapacitados 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.

Las Leyes 66/1997 y 50/1998, de 30 de diciembre, ambas de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, introdujeron en el citado artículo que, 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, números 2 y 3 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por 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 Plan Nacional de Acción para el Empleo del Reino de España para 1999 incorporó como una de las medidas concretas a realizar, el estable-

cimiento de alternativas al cumplimiento de la señalada cuota de reserva a favor de trabajadores con discapacidad con el objeto de alcanzar un grado satisfactorio de inserción laboral de dicho colectivo.

En el año 2000 se dictó el Real Decreto 27/2000, de 14 de enero, que desarrolla el artículo 38.1 de la LISMI estableciendo medidas alternativas a la obligación de tener contratados un 2 % al menos, de trabajadores con discapacidad. Detectadas dificultades que obstaculizaban la correcta aplicación de las medidas alternativas previstas en este Real Decreto, era preciso simplificar y agilizar los procedimientos establecidos en él. Por ello, se dictó el Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el Cumplimiento Alternativo con Carácter Excepcional de la Cuota de Reserva en Favor de los Trabajadores con Discapacidad.

Por su parte, los poderes públicos han de adoptar las medidas de acción positiva suplementarias para aquellas personas con discapacidad que objetivamente sufren un mayor grado de discriminación o presentan menor igualdad de oportunidades, como son las mujeres con discapacidad, las personas con discapacidad severamente afectadas, las personas con discapacidad que no pueden representarse a sí mismas o las que padecen una más acusada exclusión social por razón de su discapacidad, así como las personas con discapacidad que viven habitualmente en el ámbito rural (art. 8 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad).

El 26 de septiembre de 2008, el Consejo de Ministros aprobó la ya citada Estrategia Global de Acción para el Empleo de las Personas con Discapacidad 2008-2012, siendo uno de sus objetivos fundamentales «*Promover una mayor contratación de personas con discapacidad en el mercado de trabajo ordinario*» (objetivo 4), aspirando a establecer las bases para un empleo de calidad para las personas con discapacidad sin discriminación en el acceso ni en las condiciones de trabajo.

Una de las líneas de actuación dentro del objetivo 4 de la Estrategia, consiste en asegurar el cumplimiento de la cuota de reserva del 2 % de los puestos de trabajo para personas con discapacidad en las empresas de 50 o más trabajadores mediante la contratación directa, a través de diversas medidas:

- Campañas de divulgación dirigidas a las empresas, de manera que dicha campaña de sensibilización esté acompañada de la información necesaria para facilitar el cumplimiento de la cuota y transmitiendo información veraz sobre las posibilidades de trabajo de las personas con discapacidad.
- Estudio sobre si la actual tipificación y calificación de la infracción consistente en el incumplimiento de la cuota de reserva es suficiente y adecuada para garantizar la observancia de esta obligación.

En el marco de la Estrategia Global, se dictó el Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de marzo de 2010, por el que se aprueba el Informe

sobre las Medidas Necesarias para la Adaptación de la Legislación Española a la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Este Acuerdo incide asimismo en la promoción de medidas que garanticen el cumplimiento de la cuota de reserva del 2 % de los puestos de trabajo para personas con discapacidad.

Por su parte, la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de Adaptación Normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ha ordenado en este sentido al Gobierno a adoptar medidas para asegurar el cumplimiento de la cuota de reserva del 2 %, dándole un mandato para que, en el plazo de un año y en el marco de la Estrategia Global de Acción para el Empleo de Personas con Discapacidad 2008-2012, promueva la adopción de medidas para:

- a) Asegurar el cumplimiento de la cuota de reserva del 2% de los puestos de trabajo para personas con discapacidad en las empresas de más de 50 trabajadores mediante la contratación directa.
- b) Establecer condiciones en los contratos del sector público relacionadas con el porcentaje de empleo de las personas con discapacidad en la ejecución de los mismos.
- c) Evaluar las medidas existentes y estudiar medidas alternativas que conduzcan al aumento de la contratación en el empleo ordinario, al objeto de configurar un conjunto de medidas más eficiente.

III. OBLIGACIÓN ESPECÍFICA, COMO CONDICIÓN DE EJECUCIÓN DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. ESPECIAL REFERENCIA A LA COMUNIDAD DE MADRID

Es relevante en esta materia la Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea sobre la Legislación Comunitaria de Contratos Públicos y las Posibilidades de Integrar Aspectos Sociales en dichos Contratos, de 15 de octubre de 2001, destinada a explicitar las posibilidades que ofrece la normativa comunitaria aplicable a la contratación pública con vistas a una integración óptima de los aspectos sociales en este tipo de contratos.

Dicha Comunicación afirma que una posible forma de fomentar la persecución de objetivos sociales es la aplicación de cláusulas contractuales o «*condiciones de ejecución del contrato*», siempre que se ajusten al Derecho Comunitario. Los poderes adjudicadores cuentan, según la Comunicación, con un amplio margen de maniobra a la hora de elaborar cláusulas contractuales en materia social.

La Directiva 2004/18/CE sobre Coordinación de los Procedimientos de Adjudicación de los Contratos Públicos de Obras, de Suministro y de Servicios, se refiere a las condiciones de ejecución del contrato en su considerando trigésimo tercero y en su artículo 26, señalando que las condiciones de ejecución de un contrato serán compatibles con la Directiva siempre y cuando no sean directa o indirectamente discriminatorias y se señalen

en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones. En particular, pueden tener por objeto el empleo de personas que tengan especiales dificultades de inserción o combatir el paro.

En España, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante: LCSP), en su Exposición de Motivos, advirtió de la incorporación en sus propios términos y sin reservas de las directrices de la Directiva 2004/18/CE, en cuanto a la previsión de mecanismos que permiten introducir en la contratación pública consideraciones de tipo social, configurándolas como condiciones especiales de ejecución del contrato o como criterios para valorar las ofertas. Esta previsión se ha incorporado también al vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP).

En el presente estudio, nos centraremos en el primer aspecto, como condiciones de ejecución del contrato, no sin antes hacer una mención a lo dispuesto en la Disposición Adicional Cuarta del TRLCSP, que prevé la posibilidad de valorar con carácter previo a la adjudicación, el cumplimiento por los licitadores de la obligación de tener contratados un 2% de trabajadores con discapacidad, en los términos de la LISMI. Así, esa Disposición señala que los pliegos de cláusulas administrativas particulares podrán incorporar en la cláusula relativa a la documentación a aportar por los licitadores, la exigencia de que se aporte un certificado por la empresa en que conste tanto el número global de trabajadores de plantilla como el número particular de trabajadores con discapacidad o, en el caso de haberse optado por el cumplimiento de las medidas alternativas, una copia de la declaración de excepcionalidad y una declaración del licitador con las concretas medidas a tal efecto aplicadas. Asimismo, esta Disposición prevé la preferencia en la adjudicación de contratos (a igualdad de condiciones) si se acredita cumplir con la obligación del 2% en el momento de acreditar su solvencia técnica.

Centrándonos en la obligación del 2% como condición de ejecución del contrato, y siguiendo con lo dispuesto en la citada Directiva Comunitaria, el art. 118 del TRLCSP prevé la posibilidad de que el órgano de contratación establezca condiciones especiales de ejecución del contrato, en especial las referidas a consideraciones de tipo social, siempre que sean compatibles con el Derecho Comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en el pliego o en el contrato, con el fin de promover el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral, eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, combatir el paro, favorecer la formación en el lugar de trabajo, u otras finalidades que se establezcan con referencia a la Estrategia Coordinada para el Empleo, definida en el artículo 125 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, o garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones Fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo.

Los pliegos o el contrato podrán establecer penalidades, conforme a lo previsto en el artículo 212.1 del TRLCSP, que se refiere a la ejecución

defectuosa y demora, para el caso de incumplimiento de estas condiciones especiales de ejecución, o atribuirles el carácter de obligaciones contractuales esenciales a los efectos señalados en el artículo 223 f) del TRLCSP, que regula, como causa de resolución del contrato, entre otras, las que éste establezca expresamente.

Cuando el incumplimiento de estas condiciones no se tipifique como causa de resolución del contrato, el mismo podrá ser considerado en los pliegos o en el contrato, en los términos que se establezcan reglamentariamente, como infracción grave a los efectos establecidos en el artículo 60.2 e) del TRLCSP, que regula la prohibición de contratar por haber incumplido las condiciones especiales de ejecución del contrato establecidas de acuerdo con lo señalado en el artículo 118 de esa norma, cuando dicho incumplimiento hubiese sido definido en los pliegos o en el contrato como infracción grave de conformidad con las disposiciones de desarrollo del TRLCSP, y concurra dolo, culpa o negligencia en el empresario.

Asimismo, el artículo 60 del TRLCSP regula otras prohibiciones para contratar relacionadas con esta materia, a saber:

- Artículo 60.1.c) del TRLCSP, esto es, por haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de disciplina de mercado, en materia profesional o en materia de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad o por infracción muy grave en materia social, incluidas las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, de acuerdo con lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, así como por la infracción prevista en el artículo 22.2 del mismo, o por infracción muy grave en materia medioambiental de acuerdo con lo establecido en las normas reguladoras de esta materia.
- Artículo 60.1.e) del TRLCSP, es decir, por haber incurrido en falsedad al efectuar la declaración responsable a que se refiere el artículo 146.1.c) o al facilitar cualesquiera otros datos relativos a su capacidad y solvencia, o haber incumplido, por causa que le sea imputable, la obligación de comunicar la información prevista en el artículo 70.4 y en el artículo 330.

En relación a que se indiquen en el pliego o en el contrato las condiciones especiales de ejecución, cabe recordar lo dispuesto en el artículo 26.2 del TRLCSP, según el cual, el documento contractual no podrá incluir estipulaciones que establezcan derechos y obligaciones para las partes distintos de los previstos en los pliegos, concretados, en su caso, en la forma que resulte de la proposición del adjudicatario, o de los precisados en el acto de adjudicación del contrato de acuerdo con lo actuado en el procedimiento, de no existir aquéllos.

Procede plantearse si se trata de una obligación o de una facultad para las Administraciones Públicas incluir en los pliegos como condición especial de ejecución la de tener contratados al menos un 2% de trabajadores con discapacidad.

A este respecto, cabe mencionar el Informe 53/2008, de 29 de enero de 2009, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa Estatal, que, al ser consultada por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Educación, Política Social y Deporte, sobre el establecimiento de la obligación de dedicar trabajadores con discapacidad a la ejecución de contratos de la Administración Pública, señala que el artículo 102 de la LCSP (actual 118 del TRLCSP) establece una facultad y no una obligación para los órganos de contratación.

En efecto —señala la Junta—, si lo que se consulta es la posibilidad de establecer con carácter general la obligación de incluir esta cláusula en los pliegos correspondientes, la Junta no podría secundar este planteamiento habida cuenta de que *«el precepto transcrito —se refiere al artículo 102 de la LCSP— concede de los órganos de contratación la facultad de establecer la condición de ejecución mencionada, pero en ningún momento la Ley da pie para admitir que se imponga a todos los órganos de contratación la obligación de incluirla»*.

Indica la Junta que siempre quedaría a salvo la posibilidad de que los órganos competentes para ello, dictaran instrucciones imponiendo a los órganos jerárquicamente subordinados la obligación de incluir dichas cláusulas en los pliegos.

«Si por el contrario, la consulta sólo se refiere a la posibilidad de incluir en los pliegos tales condiciones, es claro que el artículo 102 de modo expreso la admite» —concluye—.

Por su parte, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, en su Informe 6/2009, de 15 de abril, relativo a consulta elevada por el Alcalde de Fréscano (Zaragoza) por haber sido instado por la Comarca a incluir determinadas cláusulas en sus contrataciones como muestra de su compromiso con el empleo y con el desarrollo del tejido productivo local, concluye una vez analizada la citada Directiva Comunitaria y el artículo 102 de la LCSP (actual 118 del TRLCSP), entre otras normas, que se deduce que existen dos límites en la aplicación de cláusulas contractuales de carácter social, o *«condiciones de ejecución del contrato»*, en el marco de la libertad de pactos que pueden establecer las partes:

- De una parte el principio de igualdad y no discriminación —que no sean directa o indirectamente discriminatorias—.
- Y, de otra parte, el principio de publicidad —que el contenido de las citadas cláusulas se señale en el anuncio de licitación y en el pliego de condiciones—.

Si se respetan estos límites —señala la Junta— podremos afirmar que las cláusulas contractuales de carácter social, o *«condiciones de ejecución del contrato»*, son conformes al Derecho Comunitario.

En el presente estudio, nos centraremos en la obligación de contratar trabajadores discapacitados en los contratos que celebre la Comunidad de Madrid, como condición de ejecución de aquéllos. En concreto, el nacimiento de la obligación, la forma y el momento para acreditar su cumplimiento, las medidas alternativas a dicha obligación y las consecuencias del incumplimiento.

En 1998 se dicta en la Comunidad de Madrid el 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 en el Empleo (parcialmente derogado por el Decreto 128/2005, de 15 de diciembre, como consecuencia del pronunciamiento de la Comisión Europea en aras al cumplimiento de la normativa europea).

A día de hoy se aplica —en lo que queda vigente— el Decreto 213/1998 a los contratos que celebre la Comunidad de Madrid, sus Organismos Autónomos y Entidades de Derecho Público vinculadas o dependientes de aquélla, entre otras entidades. Este Decreto regula, entre otros aspectos, las facultades de comprobación y responsabilidades del contratista (art. 3) y las medidas de contratación con las empresas que tengan la obligación de tener contratados a trabajadores con discapacidad (art. 4), como analizaremos posteriormente.

IV. MEDIDAS ALTERNATIVAS A LA OBLIGACIÓN DE TENER CONTRATADOS AL MENOS UN 2 % DE TRABAJADORES CON DISCAPACIDAD EN LA COMUNIDAD DE MADRID

4.1. Regulación

Según lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 38.1 de la LIS-MI, cabe la posibilidad de que las empresas o empresarios obligados a tener contratados al menos un 2% de trabajadores con discapacidad, puedan cumplir medidas alternativas, con carácter excepcional, a esa cuota de reserva a favor de trabajadores con discapacidad, lo cual se desarrolla en el Real Decreto 364/2005, de 8 de abril.

Dicha norma señala que las Comunidades Autónomas que hayan asumido el traspaso de la gestión realizada por el Servicio Público de Empleo Estatal en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación, podrán acomodar el procedimiento previsto en dicho Real Decreto con las normas propias de su organización interna (Disposición Adicional Segunda).

En la Comunidad de Madrid, el procedimiento regulado en el citado Real Decreto se adapta a su organización propia a través de la Orden 468/2007, de 7 de marzo, del entonces 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. El citado Real Decreto tiene carácter supletorio en la Comunidad de Madrid.

El objeto de la Orden es establecer la regulación del procedimiento administrativo que determine, en el ámbito de la Comunidad de Madrid, las competencias y trámites necesarios para el cumplimiento alternativo, con carácter excepcional e la cuota de reserva a favor de los trabajadores con discapacidad.

4.2. Supuestos de excepcionalidad a la obligación del 2% de trabajadores con discapacidad

Se entenderá que concurre la nota de excepcionalidad en los siguientes supuestos (art. 2 de la Orden 468/2007):

- a) Cuando la no incorporación de un trabajador con discapacidad a la empresa obligada se deba a la imposibilidad del Servicio Regional de Empleo (actualmente, la Dirección General de Empleo de la Consejería de Educación y Empleo de la Comunidad de Madrid) o de las agencias de colocación, de atender la oferta de empleo presentada después de haber efectuado todas las gestiones de intermediación necesarias para dar respuesta a los requerimientos de aquella y concluir la 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, la Dirección General de Empleo de la Comunidad de Madrid podrá exigir la aportación de certificaciones o informes de entidades públicas o privadas de reconocida capacidad, distintas de la empresa solicitante.

Por último, en relación con la negociación colectiva a la que hace referencia el artículo 38.1 de la LISMI cuando menciona la excepcionalidad, cabe destacar que, para la promoción de la inserción laboral de las personas con discapacidad a través de la negociación colectiva, CC.OO., UGT, CEOE y CEPYME han incluido diversas recomendaciones en los sucesivos Acuerdos Interconfederales para la Negociación Colectiva (ANC). Asimismo, se contienen propuestas específicas en el Informe «Negociación Colectiva e Inserción Laboral de Personas con Discapacidad», aprobado el 26 de enero de 2006 por la Comisión de Seguimiento del ANC. Parte de dichas propuestas van dirigidas a los poderes públicos, en relación a la educación y formación; en relación al empleo ordinario, con propuestas sobre cuota de reserva y medidas alternativas; en relación al empleo público y en relación al empleo protegido. Y otras propuestas van dirigidas a los ne-

gociadores en los procesos de negociación colectiva en relación al empleo ordinario, donde se habla de la cuota de reserva; en relación al empleo protegido y, por último, en relación a los enclaves laborales.

4.3. Procedimiento de declaración de excepcionalidad

Las empresas que se encuentren en alguno de los supuestos anteriores (analizados en el apartado 4.2 del presente estudio), deberán solicitar de la Dirección General de Empleo de la Comunidad de Madrid la declaración de excepcionalidad con carácter previo a la adopción de las medidas alternativas.

Para solicitar la declaración de excepcionalidad, hay que distinguir dos procedimientos, según estemos en el supuesto a) o b) antes señalados:

En el supuesto del apartado a) del artículo 2 de la Orden 468/2007: La empresa presentará ante cualquier Oficina de Empleo de la Dirección General de Empleo de la Comunidad de Madrid una oferta de empleo con mención expresa del número de puesto de trabajo a cubrir con trabajadores discapacitados y las ocupaciones requeridas con los requisitos adecuados.

Ante la imposibilidad de atender por parte de la Dirección General de Empleo de la Comunidad de Madrid la oferta de empleo presentada por la empresa obligada, de acuerdo con las causas contempladas en el Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, la Oficina de Empleo emitirá certificación acreditativa de dicha circunstancia, conforme al Anexo I que se adjunta a la Orden 468/2007.

La empresa solicitará a la Dirección General de Empleo de la Comunidad de Madrid, mediante el impreso que se adjunta como Anexo II a dicha Orden, la declaración de excepcionalidad, y mediante el impreso que se adjunta como Anexo III, la aplicación de la medida alternativa por la que opte. A dichas solicitudes se acompañará copia de la certificación emitida por la Oficina de Empleo en la que se reconozca la imposibilidad de atender la oferta de empleo presentada.

La Dirección General de Empleo de la Comunidad de Madrid resolverá en el plazo de los dos meses siguientes a la presentación de la solicitud, y declarará, en su caso, la inexistencia total o parcial de demandantes de empleo, con mención expresa de las ocupaciones solicitadas. Esta resolución administrativa resolverá sobre la declaración de excepcionalidad y, en su caso, sobre la aplicación de las medidas alternativas propuestas por la empresa solicitante. Para dicha resolución se deberá tener en cuenta la certificación expedida al efecto por la Oficina de Empleo que haya gestionado la oferta presentada.

Transcurrido el plazo de los dos meses sin que la Dirección General de Empleo de la Comunidad de Madrid emita resolución administrativa expresa, se entenderá que concurre la causa de excepcionalidad y que, a su vez, se justifica la adopción de las medidas sustitutivas propuestas en la solicitud de la empresa solicitante.

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

Cuando la oferta se hubiera presentado ante una agencia de colocación, el resultado negativo, en su caso, del sondeo de demandantes de empleo con discapacidad se remitirá por esta, en el plazo de quince días, a la Dirección General de Empleo de la Comunidad de Madrid, que, previas las actuaciones que se estimen pertinentes, resolverá al respecto, aplicando para ello lo dispuesto en los tres párrafos anteriores.

La declaración de excepcionalidad tendrá una validez de tres años desde la notificación de la correspondiente resolución administrativa. 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.

En el supuesto del apartado b) del artículo 2 de la Orden 468/2007: La empresa deberá, con carácter previo a la aplicación de las medidas alternativas, solicitar la declaración de excepcionalidad a la Dirección General de Empleo de la Comunidad de Madrid, acreditando fehacientemente las cuestiones de carácter productivo, organizativo, técnico o económico que motivan la especial dificultad para incorporar trabajadores con discapacidad a la plantilla de la empresa e incluyendo de forma conjunta, en la misma solicitud, las medidas alternativas por las que opta.

Esta solicitud se realizará en el modelo oficial que se establece en el Anexo II de la Orden.

La Dirección General de Empleo de la Comunidad de Madrid dictará resolución en el plazo de dos meses, contados desde la fecha de presentación de la solicitud, pudiendo realizar de oficio cuantas actuaciones se estimen necesarias para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales debe pronunciarse dicha resolución. Para ello, y a fin de constatar las dificultades de contratación alegadas por la empresa, y con carácter previo a la resolución, la Dirección General de Empleo de la Comunidad de Madrid podrá exigir la aportación de certificaciones o informes de entidades públicas o privadas de reconocida capacidad, distintas de la empresa solicitante. Asimismo solicitará informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre la concurrencia de las circunstancias alegadas por la empresa.

La resolución administrativa decidirá sobre la declaración de excepcionalidad solicitada, así como la aplicación de las medidas alternativas propuestas por la empresa solicitante. Transcurrido el plazo de dos meses para resolver sin que recaiga resolución administrativa expresa, se entenderá estimada por silencio la solicitud.

La declaración de excepcionalidad a que se hace referencia aquí tendrá una validez de tres años desde la notificación de la correspondiente resolución administrativa. 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 y las circunstancias que dieron lugar a la resolución inicial.

Cuando la empresa disponga de centros de trabajo en la Comunidad de Madrid y en otras Comunidades Autónomas, la competencia mencionada del Director General de Empleo de la Comunidad de Madrid corresponderá al Servicio Público de Empleo Estatal u órgano que asuma sus competencias, salvo que, al menos el 85% de la plantilla radique en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid, en cuyo caso le corresponderá al Director General de Empleo de la Comunidad de Madrid.

4.4. Tipos de medidas alternativas a la obligación del 2 % de trabajadores con discapacidad y plazo de ejecución

Las medidas alternativas que las empresas podrán aplicar para cumplir la obligación de reserva de empleo en favor de las personas con discapacidad son las siguientes (art. 3 de la Orden 468/2007):

- 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 aquellas 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 (se entiende por *enclave laboral* el contrato entre una empresa del mercado ordinario de trabajo, llamada empresa colaboradora, y un centro especial de empleo para la realización de obras o servicios que guarden relación directa con la actividad normal de aquella y para cuya realización un grupo de trabajadores con discapacidad

del centro especial de empleo se desplaza temporalmente al centro de trabajo de la empresa colaboradora). La duración de un enclave es de tres meses a tres años, prorrogable por períodos inferiores a tres meses, hasta alcanzar el máximo de los tres años.

En relación con la duración de los enclaves laborales, destaca la Disposición Transitoria Undécima de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo, que estableció que, en el marco de la Estrategia Global de Acción para el Empleo de Personas con Discapacidad 2008-2012, el Gobierno podrá modificar el régimen de duración de los enclaves laborales.

El plazo para formalizar e iniciar la aplicación de las medidas alternativas será de tres meses a contar desde la notificación de la resolución administrativa que autoriza dichas medidas. No obstante, anualmente habrán de destinarse al cumplimiento de todas las medidas, como mínimo, las cantidades que constituyan la cuantificación económica anual para cada una de ellas, aplicando lo dispuesto en los artículos 4 y 10 de la citada Orden 468/2007.

En todo caso, la empresa autorizada deberá comunicar y acreditar ante la Dirección General de Empleo la medida aplicada conforme a lo establecido en el artículo 9 de la Orden.

La ejecución de dichas medidas deberá realizarse durante los tres años de período de validez de la excepcionalidad.

4.5. Equivalencia de las medidas alternativas respecto a la obligación de tener contratados un 2 % de trabajadores con discapacidad

Pasemos a analizar la equivalencia de las medidas alternativas con respecto a la obligación de reserva del 2 % de trabajadores con discapacidad (art. 4 de la Orden 468/2007). Es decir que, a modo de ejemplo, si a una empresa le corresponde tener 10 trabajadores con discapacidad en plantilla para cumplir con la obligación del 2 % y no puede cumplirlo por alguna de las razones de excepcionalidad expuestas anteriormente (art. 2 de la Orden 468/2007), ¿qué importe habrá de tener como mínimo el contrato o donación que adopte como medida alternativa a dicha obligación, para que esa medida alternativa equivalga a los 10 trabajadores con discapacidad dejados de contratar?

El importe anual de los contratos mercantiles o civiles con centros especiales de empleo o con trabajadores autónomos con discapacidad, así como de los contratos entre los centros especiales de empleo y las empresas colaboradoras para la constitución de enclaves laborales, establecidos como medidas alternativas en los párrafos a), b) y d) señalados anteriormente, 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 2 por 100.

El importe anual de la donación o acción de patrocinio, prevista como medida alternativa en el párrafo c) de las medidas alternativas señaladas anteriormente, habrá de ser, al menos, de 1,5 veces el IPREM anual por cada trabajador con discapacidad dejado de contratar por debajo de la cuota del 2 por 100.

V. PROCEDIMIENTO Y REQUISITOS PARA ASUMIR Y ACREDITAR EL CUMPLIMIENTO LA OBLIGACIÓN Y, EN SU CASO, IMPONER PENALIDADES POR INCUMPLIMIENTO

5.1. Documentación previa: asunción del compromiso por la empresa

Pasemos ahora al análisis de la documentación a exigir a las empresas o empresarios que suscriban contratos con la Comunidad de Madrid, para que asuman el compromiso de dar cumplimiento a la obligación de tener contratados al menos un 2% de trabajadores con discapacidad cuando la plantilla de la empresa sea igual o superior a 50 trabajadores o, excepcionalmente, de adoptar medidas alternativas, como condición de ejecución de contratos (al margen, por tanto, de lo dispuesto en la Disposición Adicional Cuarta del TRLCSP, que permite que el órgano de contratación exija a todos los licitadores con 50 o más trabajadores, el cumplimiento de la obligación —y no el mero compromiso de asumirla si resulta adjudicatario—).

Según el artículo 4.1 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 en el Empleo, en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares de los contratos, los órganos de contratación incluirán, entre las obligaciones del contratista, una relativa al cumplimiento de la obligación de tener empleados trabajadores con discapacidad en un 2% al menos de la plantilla de la empresa si ésta alcanza un número de 50 trabajadores o más y el contratista está sujeto a dicha obligación según lo establecido en el artículo 38.1 de la LISMI.

Las empresas o empresarios que participen en los procedimientos para la adjudicación de los contratos que celebre la Comunidad de Madrid, deberán formular en el momento de presentación de sus proposiciones, una declaración responsable por la que, de resultar adjudicatarios, se obligan a cumplir y a acreditar, en su caso, ante el órgano de contratación, la obligación de tener contratados al menos un 2% de trabajadores discapacitados (art. 4.2. Decreto 213/1998). En la práctica, se establece la obligación en el Pliego y se une como Anexo al mismo un modelo de declaración responsable.

Sin embargo, no tendrán que aportar esta declaración las empresas que se hallen inscritas en el Registro de Licitadores, pues la Orden de 19 de enero de 2007, de la Consejería de Hacienda de la Comunidad de Madrid,

sobre la Presentación Telemática de Solicitudes en los Procedimientos del Registro de Licitadores de la Comunidad de Madrid, la Consulta en Internet de los Datos Registrados y el Acceso por Medios Electrónicos a los Certificados de Inscripción, establece que los interesados deberán aportar, a requerimiento del Registro de Licitadores, una declaración relativa al compromiso del empresario de tener contratados trabajadores con discapacidad durante la vigencia de los contratos que celebre con la Comunidad de Madrid, en un 2 por 100 al menos de la plantilla de la empresa, siempre que ésta cuente con 50 o más trabajadores y esté sujeta a dicha obligación, de acuerdo con el artículo 38.1 de la LISMI o, en su caso, adoptar las medidas alternativas previstas en el Real Decreto 364/2005, de 8 de abril. Para ello, incluye como Anexo III un modelo de declaración sobre el compromiso de tener contratados trabajadores con discapacidad.

De esta forma, además, ya no será precisa la presentación por los licitadores, en cada procedimiento concreto, ante el órgano de contratación competente, del certificado del Registro de Licitadores, sino que las Mesas y los órganos de contratación podrán consultar en el sitio web de la Comunidad de Madrid, dentro de la página específica del Registro de Licitadores, las empresas inscritas en el citado Registro y obtener el certificado de inscripción en vigor, si se hubiese expedido en soporte electrónico, o una reproducción del mismo si se hubiera expedido en soporte papel con firma manuscrita (Acuerdo 1/2007, de 22 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid).

El empresario deberá presentar en la licitación una declaración responsable sobre la vigencia de los datos anotados en el Registro de Licitadores, según el modelo que figura como Anexo al pliego. Si se hubiese producido alteración de los datos registrales se hará mención expresa en la citada declaración, uniendo la documentación correspondiente.

En este sentido se pronuncia la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid en su Acuerdo 1/2007, de 22 de marzo, al afirmar que el certificado de inscripción en el Registro de Licitadores de la Comunidad de Madrid eximirá a los licitadores inscritos de la presentación en las convocatorias de contratación de la declaración relativa al compromiso de tener contratados trabajadores minusválidos, entre otra documentación.

5.2. Acreditación y comprobación del cumplimiento de la obligación de tener contratados al menos un 2 % de trabajadores con discapacidad o de las medidas alternativas

Respecto al momento en que la Administración Pública ha de proceder a la comprobación del cumplimiento de la obligación, el Decreto 213/1998, señala que los órganos de contratación comprobarán el cumplimiento de la misma en cualquier momento de la vigencia del contrato o, en todo caso, antes de la devolución de la garantía definitiva (ya que, en su caso, podría incautarse ésta por incumplimiento, como veremos más adelante).

5.2.1. *Acreditación de la obligación de tener contratados trabajadores con discapacidad*

La manera de acreditar por el adjudicatario el cumplimiento de la obligación de tener contratados trabajadores con discapacidad, será mediante la presentación ante el órgano de contratación de los siguientes documentos (art. 4.3 Decreto 213/1998):

- Un certificado de la empresa en el que conste el número de trabajadores de plantilla.
- Y copia compulsada de los contratos celebrados con trabajadores con discapacidad.

A tal efecto, la Administración requerirá a la empresa adjudicataria que aporte dicha documentación acreditativa del cumplimiento de la obligación. Por ello, en el modelo de declaración responsable relativa a la obligación de tener contratados trabajadores con discapacidad de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares de la Comunidad de Madrid se hace mención expresa a la acreditación, previo requerimiento, en cumplimiento de lo dispuesto en el Decreto 213/1998: *«...Asimismo, se compromete (la empresa) a acreditar el cumplimiento de la referida obligación ante el órgano de contratación cuando sea requerido para ello, en cualquier momento durante la vigencia del contrato o, en todo caso, antes de la devolución de la garantía definitiva».*

Conviene aclarar que existen una serie de modelos de contrato previstos en exclusiva para trabajadores con discapacidad (por ejemplo, el 109 o el 139). Sin embargo, dado que una persona con discapacidad puede haber sido contratada a través de un modelo no reservado a estas personas (por ejemplo, el 100 o el 200), cuando esto suceda, será necesario para poderse computar como trabajador con discapacidad dentro del 2% obligatorio, que, además de presentar copia compulsada del contrato, acredite su grado de discapacidad mediante el correspondiente certificado expedido por el órgano competente de los Servicios Sociales.

Respecto a cómo cuantificar la obligación de reserva, la Disposición Adicional Primera de la Orden 468/2007, establece una serie de reglas, a los efectos del cómputo del 2 % de trabajadores con discapacidad en las empresas de 50 o más trabajadores:

- El período de referencia para dicho cálculo serán los doce meses inmediatamente anteriores, durante los cuales se obtendrá el promedio de trabajadores empleados, incluidos los contratos a tiempo parcial, en la totalidad de centros de trabajo de la empresa.
- Los trabajadores vinculados por contratos de duración determinada superior a un año se computarán como trabajadores fijos de plantilla.
- Por su parte, los demás contratos temporales o contratos por término de hasta un año se computarán según el número de días

trabajados en el período de referencia. Cada doscientos días trabajados o fracción, se computarán como un trabajador más. Cuando el cociente que resulte de dividir por doscientos 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 doscientos días trabajados se contabilizarán los días trabajados y también los días de descanso semanal, los días festivos y las vacaciones anuales.

5.2.2. *Acreditación de las medidas alternativas*

La Sentencia 734/2006, de 13 de octubre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid, respecto a si basta con tener concedida la excepcionalidad —que, en ese recurso se entendía concedida por silencio— para entender por el órgano de contratación que se cumplen las medidas alternativas, señala que no es suficiente con probar que la excepción a la contratación del número de minusválidos previstos en el artículo 38.1 de la LISMI ha sido aceptada, sino que, además, es necesario acreditar la adopción de las medidas alternativas.

Tal y como se regula en la Orden 468/2007, junto con la solicitud de declaración de excepcionalidad, se presentarán —ante el Director General de Empleo de la Comunidad de Madrid— completados unos Anexos cuyos modelos aparecen en la Orden, entre los cuales figura un modelo de Anexo III relativo a la medida alternativa concreta —de las cuatro posibles— que pretende llevar a cabo la empresa, una vez se le reconozca la excepcionalidad, y su equivalencia respecto de la obligación de tener contratados al menos un 2 % de trabajadores con discapacidad.

De este modo, la Dirección General de Empleo de la Comunidad de Madrid, al emitir su resolución de concesión de la excepcionalidad, señalará que ello se hace en los términos del Anexo III, que forma parte de esa resolución. Si la Dirección General de Empleo de la Comunidad de Madrid apreciase que en el Anexo III presentado junto con la solicitud no se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 4 de la Orden 468/2007, respecto al modo de calcular la equivalencia de las medidas alternativas, requerirá a la empresa para que subsane el error apreciado. Una vez subsanado o, transcurrido el plazo concedido para ello sin hacerlo, resolverá.

Ello facilita enormemente la labor de comprobación del cumplimiento de la obligación por los órganos de contratación, pues podrán comprobar en la resolución de declaración de excepcionalidad, el alcance o equivalencia de las medidas alternativas, sin necesidad de proceder a su cálculo.

En caso de concesión de la declaración de excepcionalidad por silencio administrativo, no será necesario tampoco que el órgano de contratación sea quien compruebe si las medidas alternativas propuestas por la empresa cumplen la normativa que lo regula, pues si la ley ha establecido como

positivo el sentido del silencio, se entiende concedida la excepcionalidad (y ello vinculará el sentido de la ulterior resolución expresa) y aceptadas las medidas alternativas propuestas en el correspondiente Anexo de solicitud de declaración de excepcionalidad (Anexo II), sin que deban los órganos de contratación entrar a valorar si cumplen la normativa de medidas alternativas, pues, si lo hicieran, ello sería como cuestionar el procedimiento establecido en la normativa para tal fin. Ahora bien, en caso de declaración de excepcionalidad por silencio, deberá el empresario aportar ante el órgano de contratación, junto al resto de documentación necesaria, la solicitud de declaración de excepcionalidad presentada ante la Dirección General de Empleo de la Comunidad de Madrid con el correspondiente Anexo de medidas alternativas propuestas (Anexo III), para que el órgano de contratación pueda conocer cuáles son y comprobar si se cumplen durante la ejecución del contrato.

Por último, se deberá solicitar al empresario que acredite la estimación por silencio de la declaración de excepcionalidad (pues podría haberse dictado resolución expresa denegando lo solicitado), sirviendo para ello cualquier medio de prueba admitido en Derecho. Cabe así la posibilidad, por ejemplo, de que el interesado pida un certificado de concesión de excepcionalidad por silencio a la Administración competente, tal y como prevé el artículo 43.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

5.3. Vinculación laboral de los trabajadores con discapacidad

Tal y como se ha analizado en las reglas establecidas en la Disposición Adicional Primera de la Orden 468/2007 para computar el 2 %, así como según lo dispuesto en el artículo 38.1 de la LISMI (*«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 minusválidos 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»*), queda patente que no es necesario que los trabajadores con discapacidad sean fijos, pues computan también los de duración determinada, aunque con una serie de reglas para su cómputo, según se acaba de exponer en el apartado 5.2.1. en relación al período de referencia a tener en cuenta para el cálculo del 2 % y al tipo de contrato o vinculación laboral.

5.4. Efectos del incumplimiento: penalidades

Como se ha indicado al comienzo del presente estudio, uno de los efectos del incumplimiento por el adjudicatario de la obligación de tener

contratados al menos un 2% de trabajadores con discapacidad o de adoptar medidas alternativas legalmente procedentes, será la posibilidad de imponer por el órgano de contratación penalidades, pudiendo incluso proceder a la incautación parcial de la garantía definitiva.

Según el art. 100 del TRLCSP, la garantía responderá, entre otros conceptos, de las penalidades impuestas al contratista conforme al artículo 212. La garantía no será devuelta o cancelada hasta que se haya producido el vencimiento del plazo de garantía y cumplido satisfactoriamente el contrato de que se trate, o hasta que se declare la resolución de éste sin culpa del contratista. Por ello, aprobada la liquidación del contrato y transcurrido el plazo de garantía, si no resultaren responsabilidades se devolverá la garantía constituida o se cancelará el aval o seguro de caución.

Por último, el apartado 5.º del artículo 102 del TRLCSP añade que, transcurrido un año desde la fecha de terminación del contrato, sin que la recepción formal y la liquidación hubiesen tenido lugar por causas no imputables al contratista, se procederá, sin más demora, a la devolución o cancelación de las garantías una vez depuradas las responsabilidades a que se refiere el artículo 100. El plazo se reducirá a seis meses cuando el importe del contrato sea inferior a 1.000.000 euros, si se trata de contratos de obras, o a 100.000 euros, en el caso de otros contratos.

Por tanto, según el TRLCSP, al incurrir el adjudicatario en responsabilidad, no procederá la devolución automática de la garantía definitiva una vez transcurrido el plazo de ésta, sino que procederá la devolución *«cuando se hayan sustanciado las oportunas responsabilidades»*.

Sin embargo, es muy significativo a este respecto el pronunciamiento de la Sentencia 734/2006, de 13 de octubre, del TSJ de Madrid, sobre incautación parcial de garantía por no cumplir la obligación de tener contratados trabajadores con discapacidad, que ha señalado en relación con un recurso contencioso-administrativo planteado que, a pesar de que el actual artículo 102 del TRLCSP, sobre devolución y cancelación de garantías, señale que se devolverá la garantía *«si no resultan responsabilidades»* o *«una vez depuradas responsabilidades»*, la Administración no debe exigir responsabilidades transcurrido un año (o, en su caso, seis meses) desde la terminación del contrato (si no se fijó plazo de garantía) o transcurrido el plazo de garantía (si se fijó), pues se produciría el resultado paradójico y antijurídico de que si la Administración recibe formalmente el objeto del contrato y practica la liquidación transcurrido el plazo de garantía o inmediatamente después de la liquidación si no hay plazo de garantía, si no existen objeciones por parte de la Administración, queda extinguida la responsabilidad del contratista y hay que devolverle la garantía, en tanto que en el mismo supuesto, si la Administración no recibe formalmente el contrato ni practica liquidación alguna, la falta de objeciones por parte de la Administración durante el plazo de garantía o si éste no existe, durante el año siguiente (o, en su caso, seis meses) a la terminación del contrato, no va a impedir a dicha Administración reclamar más tarde y transcurridos dichos plazos contra posibles incumplimientos del contratista, que hará efectivos sobre la garantía, y ello

aunque hayan transcurrido el plazo de garantía si existe y el plazo del año (o, en su caso, seis meses) del apartado 5.º del artículo 102 del TRLCSP si el plazo de garantía no existe, y no se hayan producido objeciones de la Administración durante dichos plazos.

Por tanto, deberá analizarse en cada caso el momento en el que se va a proceder a imponer penalidades, pues, teniendo en cuenta este pronunciamiento, existe una limitación temporal que no se podrá sobrepasar o se podría considerar extemporánea la actuación de la Administración.

5.5. Procedimiento de incautación de garantías

5.5.1. Órgano competente

El 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, señala en su artículo 4.2. que es el órgano de contratación el competente para comprobar el cumplimiento de la obligación, en cualquier momento de la vigencia del contrato o, en todo caso, antes de la devolución de la garantía definitiva.

En la Sentencia 734/2006, de 13 de octubre, del TSJ de Madrid se concluye también que le corresponde esa función al órgano de contratación.

Cabe plantearse brevemente qué órgano dependiente del órgano de contratación es, en concreto, el que debería efectuar tal comprobación y declarar, en su caso, la existencia de responsabilidades por incumplimiento de la obligación de tener contratados trabajadores con discapacidad o de adoptar medidas alternativas. Parece lógico que corresponda al órgano responsable del contrato o «Unidad promotora», pues, como responsable de proponer el pago, de la dirección del contrato, de vigilar su cumplimiento y, por ende, de declarar si existen responsabilidades a las que deba quedar sujeta la garantía (entre las cuales se encuentra la responsabilidad por incumplir la obligación de contratar trabajadores con discapacidad), es el órgano que debería asumir la obligación de requerir a la empresa que presente la documentación que acredite el cumplimiento de la obligación, y, una vez comprobada ésta, proponer al órgano de contratación la imposición de penalidad, que se hará efectiva detrayendo el importe de la factura o certificación (en el documento contable «OK»), o bien mediante ingreso de efectivo en la Tesorería correspondiente o, en su caso, incautando parte de la garantía, según los casos.

5.5.2. Procedimiento

Respecto al procedimiento para incautar, en su caso, parte de la garantía, cabe señalar que, si de la comprobación de la documentación aportada para

acreditar el cumplimiento de la obligación de tener contratados al menos un 2 % de trabajadores con discapacidad —o medidas alternativas— se aprecia que el contratista no ha cumplido —en todo o en parte— la obligación contractual asumida, el órgano de contratación habrá de ordenar («ordenará»), a propuesta del órgano responsable del contrato, la incoación del procedimiento para la determinación de responsabilidades, en el que se dará en todo caso audiencia al interesado (art. 3 del Decreto 213/1998). En este sentido, ya el propio artículo 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, establece el trámite de audiencia en los procedimientos administrativos, una vez esté instruido el procedimiento e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, concediendo un plazo no inferior a diez días ni superior a quince para que presenten alegaciones, documentos y justificaciones que estimen pertinentes, teniéndose por realizado el trámite si, antes de vencer ese plazo, los interesados manifiestan su decisión de no efectuar alegaciones ni aportar nuevos documentos o justificaciones. Se podrá prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado.

Habrà de tenerse en cuenta que, en caso de garantías prestadas por terceros, el artículo 97.2 del TRLCSP señala que el avalista o asegurador será considerado parte interesada en los procedimientos que afecten a la garantía prestada, en los términos previstos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, por lo que se le deberá dar audiencia y notificar la resolución.

Si del procedimiento para determinar responsabilidades resultase el incumplimiento, el órgano de contratación, previo informe del Servicio Jurídico, «impondrá» (art. 3 del Decreto 213/1998) una penalidad económica consistente en detraer de las certificaciones o facturas pendientes de pago, la cantidad que resulte de aplicar al importe de la garantía definitiva, un porcentaje que, como máximo, será del 10% de la misma (que por otra parte es una restricción a la limitación más amplia establecida en el artículo 212.1 del TRLCSP para la imposición de penalidades, pues permite incautar hasta un 10% del presupuesto del contrato para el supuesto de incumplimiento de los compromisos o de las condiciones especiales de ejecución del contrato que se hubiesen establecido conforme al artículo 118).

Las penalidades se impondrán por acuerdo del órgano de contratación, adoptado a propuesta del responsable del contrato si se hubiese designado, que será inmediatamente ejecutivo, y se harán efectivas mediante deducción de las cantidades que, en concepto de pago total o parcial, deban abonarse al contratista o sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, cuando no puedan deducirse de las mencionadas certificaciones.

Según deriva de lo dispuesto en los artículos 16 y 82 y siguientes de la Ley 9/1990, de 8 de noviembre, Reguladora de la Hacienda de la Comunidad de Madrid, el proyecto de Orden de incautación habrá de someterse a informe fiscal de la Intervención Delegada.

El importe de la penalidad se graduará en función del porcentaje de incumplimiento. A modo de ejemplo: si una empresa tiene 100 trabajadores

en plantilla, está obligada a tener al menos 2 que sean discapacitados (2 % de 100). Si sólo acredita tener uno, incumple el 50 % de la obligación. Lo que ese 50 % de incumplimiento representa en relación con el máximo del 10 % de la garantía a incautar es un 5 % (la mitad) por lo que podría incautarse un 5 % de la garantía.

Si el precio del contrato hubiese sido satisfecho en su totalidad o las certificaciones o facturas pendientes de pago no resultasen suficientes para atender al importe de la penalidad, responderá de ella la garantía definitiva. Si ésta hubiese sido dispensada o resultase insuficiente por haber quedado afecta a otras responsabilidades sin haberse reajustado, se exigirá al contratista en el primer caso, el importe correspondiente a la penalidad y en el segundo caso, el importe correspondiente al exceso, concediéndole un plazo en la resolución del órgano de contratación para que lo haga efectivo, transcurrido el cual sin hacerlo, se seguirá el procedimiento administrativo de incautación de la garantía constituida.

En este sentido, cabe destacar lo establecido en la Recomendación 1/2002, de 19 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, sobre incautación parcial de garantías definitivas, que señala que, en virtud del Decreto 213/1998, pese a que con frecuencia las cuantías a que ascienden este tipo de penalidades son de escasa importancia, la ausencia de norma específica en dicho Decreto que prevea el ingreso voluntario de su importe por el contratista en cualquier caso, motiva que el procedimiento desemboque en la ejecución de la garantía definitiva, lo que conlleva en los casos en que se halle constituida mediante aval o seguro de caución, que son los más numerosos, una compleja tramitación.

Los trámites resultarían simplificados y agilizada la gestión si la comprobación que debe realizar el órgano de contratación se lleva a cabo durante la ejecución del contrato, porque permitiría ello hacer efectivo el importe de las penalidades con cargo a las facturas o certificaciones pendientes de pago.

En los supuestos en que, por las circunstancias del contrato, esto no sea posible, se podría conceder la opción al contratista de hacer efectivo el abono de la penalización antes de proceder contra la garantía, sin perjuicio de que si no se realizase el pago en el plazo que se determine en la resolución del órgano de contratación, se siga el procedimiento administrativo de incautación de la garantía, advirtiéndole de esto al contratista en la resolución. Esta opción sí la prevé el Decreto 213/1998, pero sólo para aquellos casos en que se haya dispensado o excepcionado la constitución de garantía definitiva o ésta sea insuficiente. Pero el hecho de que el Decreto sólo lo haya previsto el ingreso de la penalidad para esos casos, no impide —según recomienda la Junta— que se pueda utilizar esta misma vía en otros casos en que la garantía definitiva sea suficiente, todo ello en aplicación de los principios de eficacia y eficiencia que deben regir la actuación de la Administración, consiguiendo el cumplimiento de sus fines con el mínimo empleo de sus medios.

Esta cuestión se prevé asimismo en el Decreto 49/2003, de 3 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de Contratación Pública de

la Comunidad de Madrid, al recoger expresamente en su artículo 25 que, cuando en razón de la ejecución del contrato se impongan penalidades al contratista o se deduzcan otras responsabilidades del mismo que deban exigirse con cargo a las garantías constituidas, y siempre que el importe de éstas exceda de la cuantía de las penalidades u otras responsabilidades, en la resolución que adopte el órgano de contratación se concederá al empresario un plazo para que proceda al abono de la cantidad adeudada, con advertencia expresa de que de no hacer el ingreso dentro del plazo fijado se procederá a la ejecución parcial de las garantías.

En otro orden de cosas, las resoluciones dictadas por los órganos de contratación en relación con la imposición de estas penalidades, deberán comunicarse a la Tesorería General de la Comunidad de Madrid o Caja en la que estén depositadas, una vez que sean firmes en vía administrativa.

Destaca también que para hacer efectiva la garantía, la Administración contratante tendrá preferencia sobre cualquier otro acreedor, sea cual fuere la naturaleza del mismo y el título del que derive su crédito (art. 101.1 del TRLCSP).

VI. CONCLUSIONES

Del análisis jurídico expuesto, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

Primera. Que, según la Disposición Adicional Octava de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, las referencias que en los textos normativos se efectúan a minusválidos y a personas con minusvalía, se entenderán realizadas a personas con discapacidad.

A partir de la entrada en vigor de dicha Ley, las disposiciones normativas elaboradas por las Administraciones Públicas utilizarán los términos «persona con discapacidad» o «personas con discapacidad» para denominarlas.

Segunda. Que, según se deduce de lo dispuesto en el artículo 118 del TRLCSP, es una facultad y no una obligación del órgano de contratación exigir a través de los pliegos o del contrato, a los empresarios que resulten adjudicatarios, la obligación de que durante la ejecución del contrato tengan contratados, si la empresa tiene 50 o más trabajadores en plantilla, al menos un 2% de trabajadores con discapacidad o, en caso de declaración de excepcionalidad, que adopten las medidas alternativas.

En la Comunidad de Madrid el artículo 4.1. del Decreto 213/1998, ha establecido la obligación de que, en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares de los contratos, los órganos de contratación incluyan, entre las obligaciones del contratista, una relativa al cumplimiento de la obligación de tener empleados trabajadores con discapacidad en un 2% al menos de la plantilla de la empresa si ésta alcanza un número de 50 trabajadores o más y el contratista está sujeto a dicha obligación según lo establecido en el artículo 38.1 de la LISMI.

Tercera. Que, con carácter general, son trabajadores discapacitados a los efectos de la obligación del 2%, aquéllos que tengan declarado un grado de discapacidad mayor o igual al 33% y cuyo contrato sea fijo o de duración determinada.

Cuarta. Que corresponde al órgano de contratación comprobar si se cumple por el contratista la obligación del 2% de trabajadores con discapacidad de acuerdo con las reglas establecidas en la Disposición Adicional Primera de la Orden 468/2007, y corresponde al Director General de Empleo de la Comunidad de Madrid —o en su caso al Servicio Público de Empleo Estatal u órgano que asuma sus competencias—, declarar la excepcionalidad y reconocer las medidas alternativas adoptadas.

Quinta. Que el órgano de contratación (en concreto, parece lógico que sea la Unidad Promotora del contrato) requerirá al contratista que aporte la documentación que acredite el cumplimiento de la obligación, antes de que transcurra el plazo de garantía —si lo hay— o antes de transcurrir un año (o, en su caso, seis meses) desde la terminación del contrato—si no hay plazo de garantía.

Sexta. Que se pueden imponer por el órgano de contratación, a propuesta de la Unidad promotora o responsable del contrato, penalidades por incumplimiento de dicha obligación, tal y como prevé el TRLCSP en su artículo 212, que podrán hacerse efectivas principalmente de dos maneras:

- Detrayendo el importe de la penalidad de las facturas o certificaciones pendientes de pago.
- Si lo anterior no fuese posible, incautando parcialmente la garantía, hasta un máximo de un 10%, en cuyo caso se concederá un plazo al contratista para hacer efectivo el ingreso del importe de la penalidad, evitando así que el procedimiento se ralentice por tener que proceder contra la garantía.

Séptima. Que la Orden por la que se impongan penalidades habrá de cumplir, entre otros, los siguientes trámites:

- Informe del Servicio Jurídico del proyecto de Orden de incautación.
- Informe fiscal del proyecto de Orden de incautación.
- Audiencia a los interesados.
- En caso de tener que proceder contra la garantía, concesión previa de plazo para hacer ingreso en efectivo de la penalidad.

VII. BIBLIOGRAFÍA

Para la realización del presente estudio se han consultado las siguientes fuentes informativas:

- www.westlaw.es
- www.madrid.org