



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 5 3 / 2 0 2 1

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 30 de septiembre de 2021.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Economía, Conocimiento y Empleo del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por (...), en nombre y representación de la entidad mercantil (...), por daños ocasionados por el funcionamiento anormal del Servicio Canario de Empleo, Organismo Autónomo adscrito a la Consejería de Economía, Conocimiento y Empleo (EXP. 415/2021 ID)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. Se dictamina sobre la Propuesta de Orden resolutoria de un procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado a instancia de la entidad mercantil (...) y tramitado por la Consejería de Economía, Conocimiento y Empleo del Gobierno de Canarias, por daños materiales ocasionados, presuntamente, como consecuencia del funcionamiento del Servicio Canario de Empleo.

2. La cuantía reclamada asciende a 76.681,44 euros, lo que determina la preceptividad del dictamen, según lo dispuesto en el art. 11.1.D.e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC), habiendo sido remitida por la Excm. Sra. Consejera de Economía, Conocimiento y Empleo del Gobierno de Canarias, de acuerdo con el art. 12.3 LCCC, en relación, el primer precepto, con el art. 81.2, de carácter básico, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

También es de aplicación al presente supuesto, además de la citada LPACAP, los arts. 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).

* Ponente: Sra. Marrero Sánchez.

3. La reclamación se entiende interpuesta dentro del plazo legalmente establecido en el art. 67.1, párrafo segundo LPACAP. En este sentido, el escrito de reclamación se presenta el 24 de marzo de 2021 respecto de un daño que quedó determinado el 17 de agosto de 2020, fecha en la que la entidad reclamante es conocedora de la imposibilidad de cumplir con el contrato de 25 de abril de 2017 por los hechos imputados a la Administración.

Y es que, el *dies a quo* para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial será aquel en que se conozcan definitivamente los efectos del quebranto (STS de 31 de octubre de 2000) o, en otros términos «*aquel en que se objetivan las lesiones o los daños con el alcance definitivo*» (STS de 14 de febrero de 2006).

Esa jurisprudencia consolida el criterio de que el plazo de prescripción no comienza a computarse, según el principio de la *actio nata*, sino a partir del momento en que la determinación de los daños es posible, y esta coyuntura solo se perfecciona cuando se tiene cabal conocimiento del daño y, en general, de los elementos de orden fáctico y jurídico cuyo conocimiento es necesario para el ejercicio de la acción.

4. Concurren los requisitos de legitimación activa y pasiva.

En este sentido, se ha de indicar que el reclamante ostenta la condición de interesado, en cuanto titular de un interés legítimo [art. 32.1 LRJSP y art. 4.1.a) LPACAP], puesto que alega daños sufridos en su esfera patrimonial como consecuencia, presuntamente, del funcionamiento anormal de la Administración. Por lo tanto, tiene legitimación activa para presentar la reclamación e iniciar este procedimiento en virtud de lo dispuesto en el art. 4.1.a) LPACAP.

Por otro lado, el Servicio Canario de Empleo, Organismo Autónomo adscrito a la Consejería de Economía, Conocimiento y Empleo, ostenta la legitimación pasiva en este caso, como ente del que dimana la Resolución de la que deriva el daño por el que se reclama.

II

Los hechos por los que se reclama, según el escrito de reclamación, son los siguientes:

«*PRIMERO.- La entidad (...) es un (...) desde principios del año 2005. De esta suerte constaría inscrita en el correspondiente Registro de Centros Especiales de Empleo bajo el número 35.0023 (documento número DOS). Su dedicación es la personalización de ropa para uso laboral mediante la impresión.*

SEGUNDO.- A fin de establecer con claridad los pormenores que han dado lugar a la situación que se reclama, resulta necesario remontarnos a determinados hechos que pasamos a describir. Durante varios años la empresa actuante habría intervenido como (...), cumpliendo con las medidas alternativas necesarias. Sin embargo, por Resolución 17/04530 de 4 de julio de 2017, derivada del expediente del SCE n.º 17-35/01476, de la Dirección del Servicio Canario de Empleo se desestima la solicitud de medida alternativa presentada por la empresa (...) (documento número TRES).

El fundamento quinto de dicha resolución basaría su negativa en que el (...), refiriéndose a Integrarte, adquiere los bienes de una tercera empresa y se afirma: “A la vista de todo lo anterior, tan solo puede reconocerse eficacia como medida alternativa a la fracción del importe del contrato que refleje la actividad productiva desempeñada por el (...) (y que en este supuesto consiste en serigrafía y bordados textiles), o lo que es lo mismo, la que resulte de descontar el precio que haya abonado el Centro para adquirir los bienes suministrados, puesto que este precio no refleja un trabajo efectivo y remunerado de personas con discapacidad”.

TERCERO.- Ante la negativa de la Administración, se habría recurrido en Alzada el 3 de julio de 2017. Sin embargo, hubo una desestimación presunta. Así las cosas, se interpuso recurso Contencioso Administrativo en noviembre de 2017. Una de las cuestiones más relevantes que se trataría en este asunto sería la de que estaríamos ante un (...) y la Administración habría modificado su criterio sin justificación alguna.

Pues bien, finalmente, habría recaído sentencia, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, el pasado 12 de febrero de 2020 (documento número CUATRO). Conforme a su Fundamento Cuarto se considera que la interpretación de la norma efectuada por la Administración, que añade un nuevo criterio sobre solicitudes de esta índole, no sería correcta. Por tanto, estima la demanda interpuesta por la firmante.

CUARTO.- A fin de dar cumplimiento a la sentencia anteriormente citada, el Servicio Canario de Empleo habría emitido la Resolución n.º 5557/2020 de 12 de agosto. Con ello autoriza como medida alternativa el contrato de 25 de abril de 2017, celebrado entre (...) y el (...). El objeto de este contrato sería el suministro de vestuario y calzado laboral personalizado (documento número CINCO).

QUINTO.- La compareciente comunica la ejecución de la sentencia a (...) al día siguiente de la recepción de la resolución mencionada (vid. supra documento número CINCO). Evidentemente, la intención de la dirección de Integrarte sería dar cumplimiento al contrato que se suscribió en abril de 2017. Para sorpresa de la dicente, el 17 de agosto de 2020 (...) informa que el contrato “consistente en el suministro de vestuario y calzado laboral personalizado por un importe de 76.681,44 euros (IGIC no incluido), equivalente a CUATRO trabajadores discapacitados no contrato para cubrir la Medida Alternativa de Empleo del año

2.017” no podría ejecutarse, dado que se vio en la obligación, por la desestimación del SCE, a contratar directamente a cuatro trabajadores con discapacidad (documento número SEIS). En otras palabras, ya no habría posibilidad de formalizar el contrato, y ello como consecuencia de la interpretación errónea que la Administración habría efectuado de la normativa existente, modificando después de varios su criterio sin justificación alguna!!!

SEXTA.- Habría que añadir un elemento crucial en este asunto y que se habría puesto de manifiesto desde que se recurriera en Alzada en julio de 2017: Integrarte realizó una inversión maquinaria de unos 200.000 euros, lo que indeleblemente agravaría la situación, puesto que podría exponerse a la quiebra.

Pues bien: la cuestión se reduce, con acusada simplicidad, a establecer qué perjuicios se han irrogado a (...) por la acreditada circunstancia de que, la actuación administrativa habría supuesto la negativa para la formalización del contrato que se suscribió con (...) y que quedaría cuantificada en el valor de dicho contrato, es decir, SETENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS OCHENTA EUROS CON CUARENTA Y CUATRO CÉNTIMOS (76.681,44 euros)».

III

En cuanto a la tramitación del procedimiento, constan las siguientes actuaciones administrativas:

- Mediante Orden de 19 de abril de 2021 de la Consejera de Economía, Conocimiento y Empleo, se incoa procedimiento de responsabilidad patrimonial, de lo que recibe notificación la entidad interesada el 12 de mayo de 2021.

- El 23 de abril de 2021 se solicita informe preceptivo del Servicio Canario de Empleo que lo emite el 29 de abril de 2021 señalando el mismo:

«Con fecha de 2 de mayo de 2017 y número de registro de entrada general 569032, la empresa (...) presentó ante este Organismo solicitud de autorización para la aplicación de las medidas alternativas reguladas en 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 a favor de los trabajadores con discapacidad, proponiendo como medida la realización de un contrato mercantil con el (...) (en adelante (...)) (...), cuyo objeto consiste en el suministro de vestuario y calzado laboral personalizado.

Con fecha de 10 de mayo de 2017 y registro general de salida número 249915, se efectúa requerimiento de documentación a la empresa. En el mismo se le comunica que, cuando las medidas alternativas tienen por objeto contratos para el suministro de bienes que son adquiridos por el (...) a una empresa tercera para su posterior venta a la empresa obligada, solo tendrá eficacia como medida alternativa la fracción del importe del contrato que resulte de descontar el precio que haya abonado el Centro para adquirir los bienes

suministrados, puesto que este precio no refleja un trabajo efectivo y remunerado de personas con discapacidad.

De esta forma, para cumplir alternativamente con la obligación de reserva que se pretende sustituir con esta medida, que es de 4 trabajadores con discapacidad y se cuantifica económicamente en 76.684,56€, no se computará la totalidad del importe que la empresa (...) abone al (...), para la adquisición de los bienes correspondientes, sino tan solo la parte que resulte de descontar el precio que haya pagado el (...) por los mismos, puesto que esta es la fracción que responde a un empleo efectivo de personas con discapacidad, para lo cual deberán quedar detallados en el expediente ambos precios.

El motivo de la desestimación de la solicitud de Medida Alternativa presentada en el año 2017 por la entidad (...), no estriba en que no se considerase adecuado el tipo de contrato propuesto. La razón de dicha denegación es que el importe de dicho contrato era insuficiente, motivo por el cual se solicitó que incrementara dicho importe en los siguientes términos (oficio de fecha de 10 de mayo de 2017 y registro general de salida número 249915):

“ (...) no se computará la totalidad del importe que la empresa (...) abone al (...), para la adquisición de los bienes correspondientes, sino tan solo la parte que resulte de descontar el precio que haya pagado el (...) por los mismos, puesto que esa es la fracción que responde a un empleo efectivo de personas con discapacidad, para lo cual deberán quedar detallados en el expediente ambos precios.

Por ello se le requiere para que, en el plazo de diez (10) días hábiles a partir de la recepción de esta notificación, aporte la referida documentación de forma electrónica, y bien proponga una medida alternativa adicional, o bien se ratifique en la medida propuesta incrementando el importe del contrato hasta alcanzar la cuantificación económica anual de la obligación de reserva no cubierta en los términos señalados.”

De esta forma, la Resolución desestimatoria establece “que al no haberse aportado la información solicitada, no es posible determinar la fracción de la medida propuesta que cumple con los requisitos establecidos para su adopción”. Es decir, el contrato solicitado era válido pero solo cubría parcialmente con la cuantificación económica anual de la obligación de reserva.

Este Organismo entiende que la obligación de reserva del 2% en favor de personas con discapacidad, regulada en 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, es una medida establecida con la única finalidad de fomentar la inserción laboral de las personas con discapacidad. La promoción de la integración laboral de las personas con discapacidad buscada, cuando la obligación de reserva se sustituye por un contrato con un (...), es posible gracias a la configuración que

hace de estos el ordenamiento jurídico, esto es, entidades compuestas, al menos en un 70% de su plantilla, por personas con discapacidad, que tienen como finalidad la realización de una actividad productiva de bienes o de servicios que asegure a sus trabajadores con discapacidad un empleo remunerado, debiendo además emplear al mayor número de personas con discapacidad que permita la naturaleza del proceso productivo (artículo 43 del RDL 1/2013, de 29 de noviembre).

De esta forma, el importe que paga la empresa por dicho contrato se destina, aunque sea indirectamente, a cumplir con el objetivo que persigue la obligación del cupo del 2 %, esto es, la integración laboral de las personas con discapacidad, puesto que los trabajadores del (...) son empleados en la realización de la actividad que venga dada por el objeto del contrato.

Por todo ello, admitir la eficacia como medida alternativa de la totalidad del precio de los contratos suscritos para el suministro de bienes, cuando todo o parte de la actividad del Centro consiste en la adquisición de los mismos de una tercera empresa -cuya actividad en nada tiene que ver con el fomento del empleo de personas con discapacidad- de forma que una fracción del precio de estos contratos se destina exclusivamente al pago del bien a esa tercera empresa, supondría contravenir claramente el espíritu y fin razonable del del RD 364/2005, puesto que ello significaría amparar la posibilidad de que empresas obligadas a reservar puestos de trabajo a personas con discapacidad sustituyeran esta obligación por la compra de cualquier bien ajeno a los Centros Especiales de Empleo y cuyo precio, por tanto, no responde a un empleo efectivo de personas con discapacidad. En este escenario nada impediría que incluso la práctica totalidad del precio del contrato vaya destinado a la adquisición del bien producido por una tercera empresa sin la consideración de (...), lo cual contradice del todo el objeto del Real Decreto 364/2005 y desvirtúa por completo el sentido de la medida alternativa.

Por lo que se concluye, a la vista de todo lo anterior, que tan solo puede reconocerse eficacia como medida alternativa a la fracción del importe del contrato que refleje la actividad productiva desempeñada por el (...) (y que en este supuesto consistía en serigrafía y bordados textiles), o lo que es lo mismo, la que resulte de descontar el precio que haya abonado el Centro para adquirir los bienes suministrados, puesto que este precio no refleja un trabajo efectivo y remunerado de personas con discapacidad.

Por lo que respecta al criterio seguido por este Organismo, es necesario significar que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en Canarias, ha mantenido el mismo criterio aplicado por el SCE. Tanto es así, que la ITSS provincial de Las Palmas ha sido impulsora de las medidas adoptadas por el SCE para el control de la eficacia limitada de las medidas consistentes en contratos de suministro. Así mismo, este criterio es adoptado por la Dirección General de Empleo, actualmente denominada Dirección General de Trabajo, del

Ministerio de Trabajo, migraciones y Seguridad Social, de acuerdo a lo dispuesto en informe que figura en expediente.

Finalmente, por lo que respecta al cambio de criterio operado en el año 2017, que el (...) atribuye a este Organismo, al haber autorizado en años anteriores contratos con el mismo objeto y (...), es necesario significar que el Servicio Canario de Empleo ya venía aplicando este criterio, en los expedientes de autorización de Medidas Alternativas en los que existía constancia de que una parte significativa del precio del contrato de suministro de bienes se destinaba únicamente a la adquisición de dichos bienes a una tercera empresa sin la consideración de (...). Sin embargo, en las solicitudes de Medidas Alternativas de años anteriores, no se aportaba tal información con carácter previo a la resolución, motivo por el cual los contratos fueron autorizados sin limitar su eficacia. El cambio de sentido de las resoluciones, al comenzar a limitar la eficacia de las Medidas Alternativas, viene por tanto originado, no por un cambio de criterio operado en el año 2017, sino por la aparición de un elemento nuevo: la constatación de que una parte significativa del precio del contrato de suministro de bienes se destinaba únicamente a la adquisición de dichos bienes a una tercera empresa sin la consideración de (...), y esa comprobación se lleva a cabo con el estudio las facturas de compra de los productos suministrados que se aportaron para justificar la ejecución de las medidas que se autorizaron en los años 2015 y 2016».

- El 17 de junio de 2021 se evacuó trámite de audiencia a la interesada, de lo que recibió notificación el 21 de junio de 2021, presentando escrito de alegaciones el 5 de julio de 2021 insistiendo en los términos de su reclamación inicial.

- El 12 de julio de 2021, se formula Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial por el órgano instructor, que es informado favorablemente por el Servicio Jurídico el 20 de julio de 2021, formulándose a continuación Propuesta de Orden resolutoria de sentido desestimatorio que se somete a nuestro dictamen.

IV

1. En relación con el fondo del asunto, la Propuesta de Orden resolutoria desestima la reclamación del interesado argumentando, con fundamento en los razonamientos ofrecidos en el informe del Servicio Canario de Empleo, los siguientes:

«Tal y como ya hemos expuesto, en el supuesto que nos ocupa, las circunstancias concurrentes no dan lugar a la apreciación de los elementos que la normativa vigente exige para el nacimiento de la responsabilidad administrativa. Es decir, siguiendo la Jurisprudencia aludida se aprecia que la Resolución 17/04530, de 4 de julio de 2017, de la Dirección del Servicio Canario de Empleo, por la que se desestima la medida alternativa presentada por la

empresa (...), cuyo recurso de alzada fue desestimado por silencio administrativo, anulado por Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, con sede en Santa Cruz de Tenerife, dictada en el recurso de apelación 258/2019, a la que se imputa el daño por el que se reclama se reputa razonable y razonada, lo que excluye la obligación de resarcimiento y genera la obligación de la entidad perjudicada de soportarlo, conclusión que se fundamenta en que siendo razonada la decisión, aun cuando posteriormente fue anulada, no puede deducirse su irrazonabilidad de la mera anulación».

2. Efectivamente, este Consejo Consultivo ha venido señalando, en materia de responsabilidad patrimonial por daños derivados de actos declarados nulos, entre otros, en el Dictamen 441/2020, de 4 de noviembre (con cita de los Dictámenes 119/2019, de 4 de abril y 9/2019, de 13 de marzo) lo siguiente:

«Según el art. 142.4 LRJAP-PAC -actual art. 32.1, segundo párrafo, LRJSP, la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización y que, si lo fuera, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse dictado la sentencia definitiva.

En el caso específico de esta modalidad de responsabilidad, como resume la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2017, su apreciación no se vincula simplemente a la anulación del acto, sino que, además, deben concurrir todos los requisitos exigidos a tal efecto por dicha ley.

En dicha Sentencia se afirma que la jurisprudencia ha advertido que no cabe su interpretación con tesis maximalistas de uno y otro sentido, como si dijera que de la anulación de una resolución administrativa no cabe nunca derivar responsabilidad patrimonial de la Administración, ni tampoco cabe afirmar que siempre se producirá tal responsabilidad (por todas, Sentencia de 16 de febrero de 2010).

En el mismo sentido de la necesidad de atender a las peculiaridades del caso puede verse la STS de 9 de diciembre de 2015 que, además, precisa lo siguiente:

“ (...) no procede esa exigencia de responsabilidad o, lo que es lo mismo, existe el deber jurídico de soportar el ciudadano afectado el daño ocasionado, cuando la norma que habilita la actuación de la Administración la somete a la consideración de potestades discrecionales, conforme a las cuales puede optar por varias soluciones, porque todas ellas son admisible en Derecho, al ser jurídicamente indiferentes, supuestos en los cuales cuando, por circunstancias diversas, pueda verse anulada la decisión adoptada al amparo de dichas potestades, se considera que los ciudadanos afectados están obligados a soportar el daño ocasionado.

Panorama bien diferente es el que se genera en los supuestos en que la norma habilitante de la actuación administrativa establezca criterios reglados para su aplicación,

rechazando cualquier margen de apreciación para la Administración, en el que el criterio de imposición de soportar el riesgo es más débil, precisamente porque ese carácter reglado de la norma comporta un mayor grado de incorrección en la decisión adoptada. No obstante, también cuando actúa la Administración sometida a esas normas que confieren potestades regladas, se han discriminado aquellos supuestos en que ese rigor de la norma se impone acudiendo a conceptos jurídicos indeterminados, es decir, cuando la norma no agota todos los elementos de la potestad conferida, sino que requiere una valoración de las circunstancias concurrentes para determinar la abstracción que la descripción de la norma impone con tales indeterminaciones a concretar en cada supuesto concreto, atendiendo a las circunstancias de cada caso. Por último, aun en los supuestos en los que se aplican normas de carácter absolutamente regladas, son admisibles supuestos -y se deja constancia ejemplificativa de ello en los sentencia antes mencionada- en la que la posterior anulación de la actividad administrativa excluye la responsabilidad patrimonial porque la decisión adoptada aparezca como fundada. Porque lo relevante para la valoración de la tipología a que se ha hecho referencia han de ser examinados conforme a las características de razonabilidad de la decisión y a la motivación de esa razonabilidad, apareciendo la decisión adoptada como una de las alternativas admisible en derecho, sin perjuicio de que, por las circunstancias de cada supuesto, la decisión última en vía administrativa o jurisdiccional sea contraria a lo decidido”.

Sobre la razonabilidad de la resolución administrativa que, posteriormente anulada, excluye la antijuridicidad del daño pueden verse también las STS de 8 de abril de 2014 y 2 de diciembre de 2009.

En esa misma línea se declara en la Sentencia de 16 de septiembre de 2009 que: “ (...) la apreciación de que la resolución anulada a que se imputa el daño por responsabilidad patrimonial es razonable y razonada, excluye la obligación de resarcimiento y genera la obligación del perjudicado de soportarlo, conclusión que se funda en que siendo razonada la decisión, aun cuando fuese posteriormente anulada, no puede concluirse la irrazonabilidad de la mera anulación cuando, como concluye la Sala de instancia en el presente caso, la decisión administrativa comporta una interpretación de los preceptos normativos que no pueden generar la responsabilidad reclamada”.

En definitiva, para apreciar la concurrencia de responsabilidad patrimonial de la Administración como consecuencia de la nulidad de sus actos, se ha de proceder a la valoración de las circunstancias concurrentes para determinar si se dan los elementos que la normativa vigente exige para el nacimiento de la responsabilidad, atendiendo a las circunstancias de cada caso».

Sin embargo, en el caso que nos ocupa, no puede afirmarse que exista esta razonabilidad, que la Propuesta de Resolución confunde con «argumentación» de la

Resolución, y, de hecho, la justifica en que ha sido compartida por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Santa Cruz de Tenerife.

Y es que, el supuesto analizado no puede ser objeto de la «razonabilidad» que se pretende, toda vez que la propia Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 12 de febrero de 2020 se fundamenta, precisamente, en la claridad de la norma a aplicar que no admite interpretación alguna.

Así, señala la referida Sentencia en sus Fundamentos Jurídicos Tercero y Cuarto:

«TERCERO.- Esta interpretación del artículo 2 se impugna ya desde el trámite de audiencia en el expediente administrativo invocándose una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (25 octubre 2015) por la que se estima un recurso semejante; y el Criterio Técnico 98/2016 de la Inspección de Trabajo.

*Dicha sentencia resuelve de modo favorable a la empresa una cuestión idéntica en lo sustancial (cuantificación de una prestación de servicios de agencia de viajes con el criterio de remuneración o beneficio económico que obtiene el (...) y no por el precio del contrato) con fundamento en el artículo 3.1 del Código Civil: “el precepto es claro e inequívoco por lo que ha de estarse al sentido propio de las palabras que utiliza (...) de conformidad con la máxima hermenéutica *lex non distinguit nec nos distinguere debemus*” Tampoco añade nada a la norma el Criterio Técnico 98/2016 sobre actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad en su apartado III.4.3 del que se transcribe textualmente lo siguiente: <<Contrato mercantil con un (...) para el suministro de productos que no son producidos ni fabricados en el mismo, sino que son adquiridos a otra empresa previamente. El artículo 2, a) del RO 364/2005 permite la celebración de un contrato de “suministro”, por lo que no es exigible que los productos suministrados sean fabricados por el propio (...), ni que éste destine directamente el importe del contrato a abonar los salarios de los trabajadores con discapacidad. La actividad de suministro de productos o de intermediación es legal y puede ser llevada a cabo por los trabajadores con discapacidad en (...) (Consulta de la OGT de 12 de mayo de 2009)>>.*

CUARTO.- Alterando el orden de los pronunciamientos propuestos en el recurso de apelación y en la demanda, ha de afrontarse en primer lugar la cuestión esencial de si es o no conforme a Derecho la interpretación realizada por la Administración demandada con el nuevo criterio en que se basa la resolución recurrida en relación a solicitudes anteriores, pues es evidente que la Administración Pública tampoco está vinculada a un precedente ilegal y ha sido extensamente motivado el cambio de criterio, sea o no acertada jurídicamente la interpretación impugnada.

No encontramos razones para separarnos del criterio expuesto en las citas antes transcritas de la Inspección de Trabajo y del Tribunal de Madrid en torno a la cuales ha

girado la argumentación de la demanda que ciertamente no han sido objeto de la debida atención por las resoluciones que se revisan en el recurso de apelación y en este punto tiene razón la parte recurrente en cuanto a que la motivación no es completa.

Hemos de partir de que la empresa tiene la obligación de contratar personas con discapacidad en determinados casos pero, si excepcionalmente se le reconoce que no puede cumplir esta obligación, se sustituye por otras medidas alternativas entre las cuales está el contrato mercantil ya referido “para el suministro de materias primas”.

Esta obligación sustitutiva ha de ser cumplida en los términos estrictamente previstos en la norma.

La controversia se centra en la equivalencia entre la medida alternativa y el cumplimiento de la cuota del 2% de reserva de puestos de trabajo en favor de las personas con discapacidad.

Como destaca la sentencia del Tribunal de Madrid, “in claris non fit interpretatio”: el importe anual de este contrato “habrá de ser, al menos, tres veces el indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) anual por cada trabajador con discapacidad dejado de contratar por debajo de la cuota del dos por ciento” (artículo 2.2).

Es cierto que el empleo efectivo de personas con discapacidad y su integración laboral no es el mismo en un contrato de suministro de bienes con mera intermediación -incluso podría considerarse como fraudulento según y cómo- que en un contrato de suministro de bienes en cuya fabricación trabajan personas con discapacidad en cuyo caso también habría que descontarse las materias primas sobre las que se trabaja aunque sea en un porcentaje menor.

Pero lo más seguro es que este descuento de costes, margen de beneficio o de valor añadido no está previsto en la norma que se ha limitado a cuantificar el número de trabajadores cuya contratación se cumple por esta vía indirecta midiéndolo por la relación entre el importe del contrato y el IPREM.

Además, esta proporción tampoco es igual para todas las medidas alternativas. Así las aportaciones monetarias equivalen a 1.5 veces el IPREM por trabajador que se computa. Se trata de estimaciones aproximadas que pueden ser sustituidas y mejoradas por otros criterios más detallados o complejos cambiando el Reglamento pero ha de ser aplicado en sus propios términos. Parece que si se reduce el importe del contrato, también habría de reducirse el IPREM».

Concluye la referida Sentencia:

«En consecuencia la Administración demandada ha de promover una modificación del Reglamento para aumentar la aportación de las empresas al cumplimiento de la obligación legal de contratación pero no cambiarlo por vía interpretativa en consideración a la menor

efectividad de la medida para el fin propuesto dado que su criterio de conversión entre la medida alternativa y su contribución al fomento del empleo no ha sido recogido en la norma aplicable sin perjuicio de que se cambie para el futuro».

Por tanto, consideramos que en este supuesto, la interpretación que de la norma realizada por el Servicio Canario de la Salud y anulada por la sentencia parcialmente transcrita, ha generado un daño antijurídico, a la entidad (...), que no tiene el deber jurídico de soportar.

Y es que, si bien, tras ser anulada mediante Sentencia la Resolución impugnada, en ejecución de aquella la Administración dictó la Resolución 5557/2020, de 12 de agosto, de la Consejera de Economía, Conocimiento y Empleo del Gobierno de Canarias, por la que se autorizó a celebrar, como medida alternativa, el contrato entre (...) y el (...), consistente en el suministro de vestuario y calzado laboral personalizado, este contrato devino imposible al haberse contratado ya por (...) a cuatro trabajadores minusválidos, como consecuencia de la denegación de autorización de la medida alternativa por parte de la Administración.

3. En cuanto al daño efectivamente causado, se deberá indemnizar al reclamante por el concepto de lucro cesante, a cuyo efecto, deberá acreditarse debidamente por el reclamante el importe concreto, puesto que, si bien se reclama la cuantía de 76.681,44 euros, que se corresponde con el importe del contrato que dejó de firmarse con la entidad (...) a consecuencia de la denegación de autorización de la medida alternativa solicitada, deberá desglosarse convenientemente aquella cuantía de tal manera que quede acreditado cuál habría sido efectivamente el beneficio de la entidad reclamante (deduciendo expectativas, partidas correspondientes a gastos de producción y otros conceptos que no supongan beneficio).

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Orden resolutoria no es conforme a Derecho, pues procede estimar la indemnización en los términos señalados en el presente Dictamen.