

Dictamen nº: **395/18**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Revisión de Oficio**
Aprobación: **06.09.18**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 6 de septiembre de 2018, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Sanidad, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, sobre revisión de oficio de la adjudicación y del contrato suscrito con TENORIO GÓMEZ S.A. en el *“Acuerdo Marco PA SUM - 05/17 para el suministro de gasas, compresas y tejidos sin tejer con destino a los centros sanitarios dependientes del Servicio Madrileño de Salud”*.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 1 de agosto de 2018 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo referida al expediente de revisión de oficio aludido en el encabezamiento.

A dicho expediente se le asignó el número 391/18, comenzando el día señalado el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid (en adelante “ROFCJA”), aprobado por Decreto

5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno.

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la letrado vocal D^a M^a del Pilar Rubio Pérez de Acevedo que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en sesión celebrada el día 6 de septiembre de 2018.

SEGUNDO.- Del expediente remitido se extraen los siguientes hechos de interés para la emisión del dictamen:

1. Mediante Resolución nº 416/2017, de 31 de julio, del viceconsejero de Sanidad se aprobaron el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP), el pliego de prescripciones técnicas y el expediente de contratación del suministro de gasas, compresas y tejido sin tejer con destino a los centros sanitarios dependientes del Servicio Madrileño de Salud, mediante el Acuerdo Marco P.A. SUM 05/2017, a adjudicar por procedimiento abierto mediante pluralidad de criterios y se acordó la apertura del procedimiento (según consta en el contrato formalizado el 19 de febrero de 2018).

2. Del PCAP podemos destacar las siguientes cláusulas:

-La cláusula 1, que regula las características generales del contrato, establece que el acuerdo marco tiene por objeto *“la determinación de las condiciones de suministro de los bienes que se relacionan en el anexo 1 de este pliego, cuyas características se especifican en el Pliego de Prescripciones Técnicas, la selección de proveedores de gasas, compresas y tejido sin tejer con el objeto de abastecer a los centros dependientes del Servicio Madrileño de Salud, (...)”* (punto 1).

El acuerdo marco está sujeto a regulación armonizada (punto 4) y no exige habilitación empresarial o profesional para la realización del contrato (punto 6).

Su plazo de vigencia es de 12 meses (punto 15).

Los bienes objeto de los contratos basados en el acuerdo marco serán adquiridos, sin necesidad de convocar nueva licitación, al proveedor o proveedores que se elijan de entre los adjudicatarios del Acuerdo Marco, de acuerdo con lo establecido en la cláusula 36 del presente Pliego (punto 22).

-La cláusula 2 establece su régimen jurídico al determinar que el acuerdo marco tiene carácter administrativo, se rige por los pliegos y, para lo no previsto en estos, por la legislación básica del Estado en materia de contratos públicos (Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre -en adelante, TRLCSP- y demás normativa de aplicación).

-La cláusula 6 relativa a la *“capacidad para contratar y criterios de selección de las empresas”* establece:

“Podrán optar a la adjudicación del presente acuerdo marco las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, a título individual o en unión temporal de empresarios, que tengan plena capacidad de obrar, que no se encuentren incurso en las prohibiciones e incompatibilidades para contratar con la Administración (...) y que acrediten su solvencia económica, financiera y técnica (...).

Además, cuando se trate de personas jurídicas, las prestaciones del acuerdo marco objeto del presente pliego han de estar comprendidas

dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad que, conforme a sus estatutos o reglas fundacionales, les sean propios.

(...)”.

-En la cláusula 12 se determina la “*forma y contenido de las proposiciones*” describiendo, entre otras cuestiones, la documentación administrativa que ha de presentar el licitador. Existen dos opciones, la a) consiste en presentar una declaración responsable sobre el cumplimiento de los requisitos previos para participar en este procedimiento de contratación, conforme al formulario normalizado del “Documento Europeo Único de Contratación” (DEUC).

La opción b) consiste en aportar la documentación, de forma que para acreditar la *personalidad del empresario y su capacidad de obrar*:

“1.1.- Si la empresa fuera persona jurídica, la escritura de constitución o modificación, en su caso, inscrita en el Registro Mercantil cuando este requisito fuera exigible conforme a la legislación mercantil que le sea aplicable. Si no lo fuere, la escritura o documento de constitución, estatutos o acto fundacional en el que consten las normas por las que se regula su actividad, inscritos, en su caso, en el correspondiente Registro oficial y el Código de Identificación Fiscal (N.I.F.), todo ello en original, copia que tenga el carácter de auténtica conforme a la legislación vigente o fotocopia compulsada por funcionario habilitado para ello. Estos documentos deberán recoger el exacto régimen jurídico del empresario en el momento de la presentación de la proposición.

(...).

10.- Empresas pertenecientes a un mismo grupo.

Las empresas pertenecientes a un mismo grupo, entendiéndose por tales las que se encuentren en alguno de los supuestos del artículo 42.1 del Código de Comercio y que presenten distintas proposiciones para concurrir individualmente a la adjudicación, deberán presentar declaración en la que hagan constar esta condición, acompañando una relación de las empresas vinculadas.

También deberán presentar declaración explícita aquellas sociedades que, presentando distintas proposiciones, concurren en alguno de los supuestos alternativos establecidos en el artículo 42.1 del Código de Comercio, respecto de los socios que la integran.

(...)”.

-De acuerdo con la cláusula 15, “*acreditación de la capacidad para contratar*”, una vez que el órgano de contratación tenga conocimiento de la oferta económicamente más ventajosa, requerirá al licitador que la haya presentado para que, en el plazo de diez días hábiles, presente la documentación que corresponda.

-La cláusula 16, “*propuesta de adjudicación*” prevé que la Mesa de contratación califique, cuando proceda, la documentación aportada y, si observa defectos u omisiones subsanables, se lo comunicará al interesado, concediéndose un plazo para que el licitador los corrija o subsane o para que presente aclaraciones o documentos complementarios.

Si el licitador no presenta la documentación requerida en el plazo señalado, si no la subsana, en su caso, o si del examen de la aportada se comprueba que no cumple los requisitos establecidos en este pliego, se entenderá que ha retirado su oferta y que ha imposibilitado la adjudicación del contrato a su favor, incurriendo, en su caso, en la causa de prohibición de contratar establecida en el artículo 60.2 a) del

TRLCSP. En estos supuestos la Mesa de contratación propondrá al órgano de contratación la adjudicación a favor del licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas, previa acreditación de su capacidad para contratar con la Comunidad de Madrid, mediante la presentación de la documentación correspondiente en el plazo establecido para ello.

Posteriormente, la Mesa de contratación elevará al órgano de contratación las ofertas, junto con los informes emitidos, en su caso, el acta y la propuesta que estime pertinente. La propuesta de adjudicación de la Mesa de contratación no crea derecho alguno en favor del empresario propuesto, que no los adquirirá, respecto a la Administración, mientras no se haya formalizado el acuerdo marco.

-La cláusula 17 establece que el órgano de contratación adjudicará el acuerdo marco a los licitadores que hayan realizado las proposiciones económicamente más ventajosas por aplicación de los criterios de adjudicación

-La cláusula 18 recoge que el acuerdo marco se perfeccionará mediante la formalización.

3. Por Resolución 416/2017, del 31 de julio, de la Viceconsejería de Sanidad y Dirección General del Servicio Madrileño de Salud, se hizo pública la licitación. Esta resolución, que menciona que el 4 de septiembre de 2017 se envió el anuncio al “Diario Oficial de la Unión Europea”, fue publicada en el “Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid” número 220, de 15 de septiembre de 2017.

4. Según consta en la resolución de adjudicación del acuerdo marco, de conformidad con el certificado del Registro General del Servicio Madrileño de Salud de fecha 20 de julio (sic) de 2017 las empresas que presentaron documentación para participar en dicho

concurso fueron, entre otras: TEXTIL PLANAS OLIVERAS, S.A. (TEXPOL, S.A) y TENORIO GÓMEZ, S.A.

Asimismo, en dicha resolución se indica que la Mesa de contratación se reunió para calificar la documentación administrativa el 24 de octubre de 2017.

5. Una vez tramitado el procedimiento, por Resolución de 17 de enero de 2018 del viceconsejero de Sanidad se adjudicó el Acuerdo Marco. TENORIO GÓMEZ S.A resultó adjudicatario de los lotes 1, 2, 3, 4, 7, 12 (tejidos sin tejer); 14, 16 (compresas quirúrgicas); 18, 19, 21 (gasas); 22 (compresa quirúrgica).

6. En la propuesta de resolución remitida se asevera que, el 1 de febrero de 2018 la mercantil TENORIO GÓMEZ, S.A. (TEGOSA) comunicó al SERMAS que la empresa TENORIO GÓMEZ, S.A. y TEGOSA MEDICA, S.L. habían procedido, con fecha 23 de enero de 2018 a reorganizar sus actividades empresariales, de modo que la fabricación y comercialización de apósitos gasas sanitarias, pasaban a ser desarrolladas exclusivamente por la empresa TEGOSA MEDICA, S.L. (documento que no consta entre la documentación remitida a esta Comisión).

7. Asimismo, se sostiene en dicha propuesta que el 16 de febrero de 2018, TEGOSA MEDICA, S.L. presentó escrito solicitando la subrogación (documento que tampoco consta entre la documentación remitida).

8. La formalización del contrato se llevó a cabo mediante documento administrativo fechado el 19 de febrero de 2018.

TERCERO.- En la propuesta de resolución se dice que el 28 de febrero de 2018 la mercantil TEGOSA MEDICA, S.L. presentó un escrito

por el que solicitó que se cambiara el proveedor TENORIO GÓMEZ, S.A. y se sustituyera por TEGOSA MEDICA, S.L. como adjudicatario del Acuerdo Marco (este documento no consta en el expediente remitido).

Por escrito de fecha 5 de marzo de 2018, la adjudicataria solicitó la subrogación por transmisión de la rama de actividad en los siguientes términos:

“Por la presente les comunicamos que la empresa TENORIO GOMEZ, S.A. y TEGOSA MEDICA, S.L., han procedido, con fecha 23.01.2018 a reorganizar sus actividades empresariales, de modo que la fabricación y comercialización de apósitos de gasa sanitarios, pasan a ser desarrolladas exclusivamente por la empresa TEGOSA MEDICA, S.L.

La reorganización de actividades empresariales no implicará cambio alguno en la actividad de distribución, ya que el producto seguirá siendo el mismo que ustedes venían adquiriendo hasta la fecha y las condiciones de precio y comerciales no se alteran.

A continuación les indicamos los datos de contacto de la empresa TEGOSA MEDICA, S.L., que desde el 1 de mayo de 2017, asume íntegramente y a todos los efectos, la actividad de distribución y comercialización de apósitos de gasa sanitarios, que hasta ahora era desempeñada por TENORIO GOMEZ, S.A.: (...)

Por último, les rogamos que nos remitan una copia del presente escrito, firmada y sellada por Ustedes en el lugar abajo indicado, aceptando la subrogación a favor de TEGOSA MEDICA, S.L. de la relación comercial que Ustedes tenían hasta la fecha con TENORIO GOMEZ, S.A.”.

Con dicho escrito presentó escritura de elevación a público de contrato privado de compra venta de participaciones sujeto a condición

suspensiva de la sociedad “TEGOSA MEDICA, S.L.U.” (antes denominada “EFRIL INVERSIONES, S.L.U.”) de 27 de marzo de 2017 y escritura de consumación de compraventa otorgada el 29 de junio de 2017.

En la propuesta de resolución se apunta que a mediados de marzo de 2018 la Subdirección de Contratación del SERMAS se reunió en varias ocasiones con los representantes de las empresas TENORIO GOMEZ, S.A. y TEGOSA MEDICA, S.L. requiriéndoles para que presentaran la documentación que acreditara los extremos señalados en sus escritos.

De igual modo, se dice que el 28 de marzo de 2018 TENORIO GOMEZ, S.A. y TEGOSA MEDICA, S.L. presentaron documentación relativa a la transmisión de la transferencia del negocio de una a otra empresa, solicitando nuevamente la subrogación de TENORIO GOMEZ, S.A. a TEGOSA MEDICA, S.L. Entre la documentación remitida, afirman, se encontraba la siguiente (documentación que no forma parte del expediente enviado a esta Comisión):

- Acta de aclaración donde se determina el fin del periodo transitorio para la transmisión de la rama de negocio entre TENORIO GÓMEZ, S.A. y TEGOSA MEDICAL, S.L.

- Escrituras públicas y contratos privados de compraventa de rama de actividad, de cesión de contratos, de modificación de objeto social y otros, entre TENORIO GÓMEZ, S.A., TEGOSA MEDICA, S.L. y TEXTIL PLANAS OLIVERAS, S.A. (TEXPOL).

- Relación de concursos, expedientes, contratos, acuerdos y suministros del SERMAS.

-Declaración de integración de solvencia económica y técnica con medios económicos externos de TEXTIL PLANAS OLIVERAS, S.A. (TEXPOL) a favor de TEGOSA MÉDICA, S.L.

CUARTO.- El 20 de abril de 2018 el director general de Gestión Económico-Financiera solicitó informe a los Servicios Jurídicos sobre la posibilidad de subrogación.

El 25 de abril de 2018 los Servicios Jurídicos emitieron informe en el que se concluyó que, a la vista de toda la documentación, debía darse trámite de alegaciones a las empresas para que aclarasen los extremos que en el mismo se contenían.

Mediante escrito de fecha 26 de abril de 2018 de la subdirectora general de Contratación y Compras de Medicamentos y Productos Sanitarios se concedió plazo de alegaciones a TEXPOL y a TENORIO GÓMEZ S.A, con remisión del informe del Servicio Jurídico.

Las empresas presentaron un escrito conjunto de alegaciones fechado el 9 de mayo de 2018 en el que, después de argumentar los diversos puntos, realizaron las siguientes conclusiones:

“a. En el momento en el que se procedió a licitar el Acuerdo Marco, y en el momento en el que se formularon las ofertas en dicha licitación, no se había consumado la cesión de rama de actividad de TENORIO a favor de TEGOSA MÉDICA, ya que no se habla completado el proceso de obtención de las autorizaciones necesarias para la fabricación y distribución de productos sanitarios por parte de TEGOSA MÉDICA. Por este motivo fue TENORIO, y no TEGOSA MÉDICA, quien formuló su oferta, y por ello se ha instado la subrogación de TEGOSA MÉDICA en la posición de TENORIO tras la obtención de dichas autorizaciones.

b. En ningún momento TEXPOL ha presentado dos ofertas en la licitación del Acuerdo Marco: TEXPOL, TENORIO y TEGOSA MÉDICA son empresas distintas e independientes entre sí, de forma que no cabe hablar de infracción de la regla del artículo 145.3 del TRLCSP que prohíbe las ofertas simultáneas, puesto que no se da el supuesto de hecho previsto en ese artículo.

c. Es más: TEXPOL no tiene ni ha tenido relación alguna con TENORIO desde el punto de vista de la participación accionarial, por lo que ni siquiera eran empresas vinculadas cuando presentaron sus respectivas ofertas, ni lo han sido después. Por este motivo no procedía informar en la licitación de la supuesta vinculación entre TENORIO y TEXPOL, ya que esa vinculación no existía.

d. Lo que sí se produciría como consecuencia de la subrogación de TEGOSA MÉDICA en la posición de TENORIO es que dos empresas vinculadas (TEGOSA MÉDICA y TEXPOL) serían adjudicatarias del Acuerdo Marco, lo que es perfectamente conforme a Derecho, de acuerdo con lo previsto en el artículo 145.4 en relación con el artículo 85 del TRLCSP”.

Por último, solicitaban que, previas las actuaciones oportunas, se considerase a TEGOSA MÉDICA subrogada en la posición de TENORIO en el Acuerdo Marco.

Se requirió nuevo informe a los Servicios Jurídicos sobre las alegaciones efectuadas por los interesados.

El 21 de mayo de 2018 el Servicio Jurídico emitió informe en cuyas consideraciones jurídicas afirmó:

«Primera.- El escrito de alegaciones no da respuesta al reparo fundamental del informe supra transcrito:

"En la escritura de 29 de junio de 2017 "escritura de consumación de compraventa", Notario... protocolo... entre TEXPOL (parte compradora) y TENORIO GOMEZ (vendedora) se expresa, después de múltiples y farragosos párrafos, que:

Se deja sin efecto la condición suspensiva a que se había sujetado la adquisición de la rama de negocio de TENORIO por TEGOSA, y TEXPOL adquiere todas las participaciones de TENORIO GOMEZ en TEGOSA, y, por ende, la totalidad de la misma, puesto que TENORIO es el socio único de TEGOSA (páginas 20 y 21 de la escritura).

En cuanto a la inscripción en el registro mercantil de la escritura de 29 de junio de 2017 de TEXPOL, en correo electrónico dicen "Que al tratarse de un acto de compraventa de participaciones, no requiere de su inscripción en el registro mercantil, por lo que no se cursó este trámite ya que esta escritura de consumación de compraventa de participaciones viene como consecuencia del Contrato de 27/03/2017".

Segunda.- En virtud de esta escritura deja de tener efectos la condición suspensiva en que se basa la presentación de TENORIO, antes de la licitación. Además se hace efectiva la transmisión a TEGOSA y la adquisición por TEXPOL consecuente a su adquisición de la misma de la "rama de negocio de la gasa", como se denomina en el contrato privado. Por esta razón TENORIO, no tenía capacidad para concurrir en la misma en el momento de la licitación, puesto que no formaba parte de su actividad, aunque las autorizaciones estuvieran a su nombre todavía».

La conclusión de este informe fue que "[l]as alegaciones presentadas no dan debida respuesta a las cuestiones planteadas".

La subdirección general de Contratación y Compras de Medicamentos y Productos Sanitarios remitió a TEXPOL, TENORIO

GOMEZ y TEGOSA MÉDICA un escrito en el que se les requería para que presentaran las alegaciones que estimasen oportunas sobre las siguientes consideraciones jurídicas:

«PRIMERA.- En la escritura de 29 de junio de 2017, “escritura de consumación de compraventa”, Notario ..., protocolo 1725 entre TEXPOL (parte compradora) y TENORIO GÓMEZ (vendedora) se expresa que: “Se deja sin efecto la condición suspensiva a que se había sujetado la adquisición de la rama de negocio de TENORIO por TEGOSA, y TEXPOL adquiere todas las participaciones de TENORIO GOMEZ en TEGOSA, y, por ende, la totalidad de la misma, puesto que TENORIO es el socio único de TEGOSA” (páginas 20 y 21 de la escritura).

En cuanto a la inscripción en el Registro Mercantil de la escritura de 29 de junio de 2017 de TEXPOL, en correo electrónico señalan “Que al tratarse de un acto de compraventa de participaciones, no requiere de su inscripción en el registro mercantil, por lo que no se cursó este trámite ya que esta escritura de consumación de compraventa de participaciones viene como consecuencia del Contrato de 27/03/2017”.

SEGUNDA.- TEGOSA es constituida por TENORIO, siendo su socio único y transmitiéndose la rama de actividad de gasas, que, no obstante, se sujeta a la condición suspensiva de unas autorizaciones.

TERCERA.- Si ello fuera así, TEGOSA no podría subrogarse en el contrato en lugar de TENORIO, puesto que es propiedad actualmente de TEXTIL PLANAS OLIVERAS, S.A., y sería esta la subrogante, resultando adjudicataria a precios diferentes de los mismos lotes.

CUARTA.- El anuncio de licitación es de 7 de septiembre de 2017. Previamente al mismo, la rama de actividad del concurso de TENORIO ya era propiedad de TEXPOL incumpliendo así la proscripción de que un mismo licitador presente dos proposiciones o más (art.145.3 TRLCSP).

Por todo ello, “solicitamos la aclaración de dichos extremos, en el plazo de siete días hábiles, a contar desde el siguiente a la recepción de este escrito, antes de proceder a resolver sobre cualquier subrogación solicitada”.

El 1 de junio de 2018 las tres empresas formularon escritos de alegaciones.

TEGOSA MÉDICA contestó a todas las objeciones y explicó que *“TEGOSA no adquirió la capacidad legal de llevar a cabo directamente la actividad de fabricación de productos sanitarios hasta el día 23 de enero de 2018, cuando recibió las autorizaciones administrativas necesarias, en particular las certificaciones CE que hasta ese momento correspondían a TENORIO”* por lo que cuando presentaron las ofertas, afirma, era TENORIO quien tenía capacidad, *“sin perjuicio de que TEGOSA colaborase en la fabricación de los productos, lo que es perfectamente posible”.*

TENORIO GÓMEZ S.A., por su parte, explicó por qué se presentó al procedimiento de adjudicación del acuerdo marco *“cuando ya se había otorgado la escritura pública relativa a la consumación de la transmisión de rama de actividad y compraventa, esto es, por qué fue TENORIO y no TEGOSA (pero nunca TEXPOL, que a estos efectos es una sociedad independiente de las anteriores) quien presentó su oferta”* argumentando que *“cuando finalizó el plazo de presentación de ofertas en el procedimiento de adjudicación del acuerdo marco, TENORIO seguía siendo la sociedad que estaba legalmente habilitada para llevar a cabo la actividad de distribución de productos sanitarios, en la medida en que*

seguía siendo la sociedad titular de las autorizaciones administrativas precisas para desarrollar esta actividad, que no fueron efectivamente transmitidas a TEGOSA hasta una fecha posterior” (23 de enero de 2018). Manifiesta que, “tras la obtención de estas autorizaciones se ejecutó finalmente la operación de transmisión de rama de actividad, lo que tuvo lugar el 22 de febrero de 2018, esto es, tras la firma del acuerdo marco por parte de TENORIO”. Posteriormente, instó la subrogación de TEGOSA. Presentó, al igual que TEGOSA, los certificados de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios. También presentó una relación de facturas y albaranes que, a su juicio, acredita que TENORIO adquiría a TEGOSA los productos, que luego marcaba con su certificado CE, y actuaba como un verdadero distribuidor, percibiendo un margen constituido por la diferencia entre el precio pagado al fabricante y el precio cobrado al cliente final, lo que, manifiesta, acredita que no se hizo uso instrumental de TENORIO, sino que esta sociedad cumplía su propio papel en la cadena de distribución de los productos.

Por último, TEXPOL se centró, fundamentalmente, en argumentar la posibilidad de subrogación.

QUINTO.- El 24 de julio de 2018, el viceconsejero de Sanidad dictó Resolución de acuerdo de inicio de procedimiento de nulidad de la adjudicación y del contrato suscrito con TENORIO GÓMEZ, S.A. en el Acuerdo Marco PA SUM-05/2017 para el suministro de gasas, compresas y tejido sin tejer con destino a los centros sanitarios dependientes del Servicio Madrileño de Salud, por falta de capacidad de TENORIO GÓMEZ (TEGOSA). En sus antecedentes de hecho se recogen los relativos al expediente de subrogación que han sido reseñados en este informe.

En la consideración jurídica primera se analiza la normativa aplicable a la nulidad pretendida (preceptos del TRLCSP y cláusulas del

pliego), en la segunda, se cita el artículo 55 de la LPAC, relativo a la apertura de un periodo de información o actuaciones previas; en la tercera, el artículo 58 de la LPAC sobre el inicio de oficio de los procedimientos; en la cuarta, el artículo 82.4 de la LPAC referido a la posibilidad de prescindir del trámite de audiencia y, por último, en la consideración jurídica quinta se cita un precepto de la LPAC, sin señalar su número, que determina que el órgano que dicte las resoluciones y actos administrativos los notificará a los interesados.

Mediante dicha resolución se acordó, pues, incoar el procedimiento para declarar la nulidad de la adjudicación y del contrato y la notificación de dicho acuerdo a los interesados (las tres empresas de continua cita).

Obra en el expediente, el día 5 de julio de 2018 como fecha de envío de la notificación telemática a las tres empresas.

SEXTO.- Por Resolución de 24 de julio de 2018, el viceconsejero de Sanidad acordó formular propuesta de resolución (con el contenido del acuerdo de inicio al que se añadió la consideración jurídica sexta, en la que se transcribe literalmente el artículo 106 de la LPAC relativo a la revisión de oficio) y solicitar dictamen a la Comisión Jurídica Asesora.

SÉPTIMO.- Por Resolución de 30 de julio de 2018 el viceconsejero de Sanidad suspendió el plazo máximo para resolver el expediente de nulidad contractual por el tiempo que medie entre la remisión del expediente a la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid y la recepción por el órgano de contratación del informe preceptivo correspondiente, ordenando su notificación al adjudicatario, notificación telemática que consta enviada el 31 de julio de 2018.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.3.f) b. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, debe ser consultada en los expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid sobre revisión de oficio de actos administrativos en los supuestos establecidos en las leyes. La consulta se solicita por el consejero de Sanidad, órgano competente para ello en virtud de lo dispuesto en el artículo 18.3 a) del ROFCJA.

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 23.1 de dicho reglamento.

SEGUNDA.- Resulta de aplicación al contrato objeto de dictamen el 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 lo relativo a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por tratarse de un contrato administrativo adjudicado por Resolución de 17 de enero de 2018 del viceconsejero de Sanidad, es decir, antes del 9 de marzo de 2018, fecha de entrada en vigor de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP/17), en virtud de lo dispuesto en el apartado 2 de la disposición transitoria primera en relación con la disposición final decimosexta de esta Ley.

Asimismo, el apartado 5 de la disposición transitoria primera de la LCSP/17 bajo la rúbrica “*expedientes iniciados y contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley*” determina que: “[l]os

contratos basados en acuerdos marco o en sistemas dinámicos de adquisición se registrarán por la normativa aplicable a estos”.

Por otra parte, el apartado 4 de la disposición transitoria primera de la LCSP/17 dispone que: *“[l]as revisiones de oficio y los procedimientos de recurso iniciados al amparo de los artículos 34 y 40, respectivamente, del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, seguirán tramitándose hasta su resolución con arreglo al mismo”* por lo que, a sensu contrario, las iniciadas con posterioridad, habrán de registrarse por la LCSP/17.

Al respecto, el artículo 41.1 de la LCSP/17 establece que la revisión de oficio de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación de los contratos se efectuará de conformidad con lo establecido en el Capítulo I del Título V de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que regula la revisión de oficio (artículos 106 a 111). Asimismo, el apartado b) de la disposición transitoria tercera de la LPAC prevé que los procedimientos de revisión de oficio iniciados después de su entrada en vigor se sustancien por las normas en dicha ley establecidas.

El artículo 106.1 de la LPAC regula la posibilidad de que las Administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, declaren de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo. Para ello será necesario que concurra en el acto a revisar alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 47.1 de la LPAC.

Del referido artículo 106.1 de la LPAC se desprende que la adopción del acuerdo de revisión de oficio tendrá lugar siempre previo dictamen favorable del órgano consultivo correspondiente, que adquiere

en ese supuesto carácter vinculante en el sentido de constreñir a la Administración que lo pide sólo en el caso de tener sentido desfavorable a la revisión propuesta. La referencia que el artículo 106.1 de la LPAC hace al Consejo de Estado “*u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma*”, debe entenderse hecha a la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid.

TERCERA.- Previamente al examen del fondo del asunto, debe examinarse el cumplimiento de los requisitos de procedimiento y plazo en la tramitación del procedimiento de revisión de oficio.

En lo que se refiere a la tramitación del procedimiento, la LPAC no contempla un procedimiento específico a seguir para la sustanciación de los expedientes de declaración de nulidad, limitándose a señalar el carácter preceptivo del dictamen previo favorable del órgano consultivo que corresponda, referencia que debe entenderse hecha, a partir de su constitución, a la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, creada por la ya citada Ley 7/2015.

Por ello, han de entenderse de aplicación las “*disposiciones sobre el procedimiento administrativo común*” recogidas en el Título IV del citado cuerpo legal, con la singularidad de que el dictamen del órgano consultivo reviste carácter preceptivo y habilitante de la revisión pretendida y que el transcurso del plazo de seis meses desde su inicio sin dictar y notificarse la resolución producirá su caducidad si se hubiera iniciado de oficio (STS de 4 de diciembre de 2012, recurso casación 804/2012) mientras que, si se hubiera iniciado a solicitud de interesado, se podrá entender desestimado por silencio administrativo, ex artículo 106.5 de la LPAC, pero no exime a la Administración de resolver.

En el caso que nos ocupa, nos encontramos con un procedimiento de revisión de oficio iniciado por Resolución del viceconsejero de

Sanidad de 24 de julio de 2018.

Por Resolución nº 443/2018, de 30 de julio, del viceconsejero de Sanidad, se suspendió el plazo máximo para resolver el expediente de nulidad del contrato por el tiempo que medie entre la remisión del expediente a la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid y la recepción por el órgano de contratación del informe preceptivo correspondiente, haciendo uso de la facultad prevista en el artículo 22.1.d) de la LPAC, suspensión cuya notificación a la sociedad adjudicataria del contrato consta remitida el 31 de julio de 2018. Al haber tenido entrada la petición del presente dictamen en esta Comisión Jurídica Asesora el 1 de agosto de 2018, a la fecha de emisión de este dictamen el procedimiento no está caducado.

Esas normas generales determinan que el procedimiento comience con un acuerdo de inicio y que la tramitación del expediente continúe con la realización de los actos de instrucción necesarios *“para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución”* (artículo 75.1 de la LPAC). Estas actuaciones instructoras pueden consistir en la emisión de los correspondientes informes en garantía de la legalidad, objetividad y acierto de la resolución final que se dicte en el procedimiento, exigidos con carácter general por el artículo 79 de la LPAC.

En cambio, se ha dictado una resolución de inicio de un procedimiento de revisión de oficio para declarar la nulidad de la adjudicación y del contrato en la que se hace constar que no se ha dado audiencia a la empresa adjudicataria al considerarse que *“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”* (artículo 82.4 de la LPAC) aunque contiene el mandato de que se notifique al interesado.

Respecto a esta cuestión, como en todo procedimiento administrativo, aunque no lo establezca expresamente el artículo 106 de la LPAC, se impone la audiencia de los interesados, trámite contemplado con carácter general en el artículo 82 de la LPAC, que obliga a que se les dé vista del expediente a fin de que puedan alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes en defensa de sus derechos.

Este trámite se otorga una vez tramitado el procedimiento, en el momento inmediatamente anterior a que se dicte la propuesta de resolución, propuesta que ha remitirse con la totalidad del expediente a la Comisión Jurídica Asesora.

En el presente caso, tras el acuerdo de inicio no se ha practicado actuación alguna de instrucción ni se han incorporado formalmente los documentos al procedimiento de revisión de oficio.

Sobre las consecuencias que la omisión del trámite de audiencia ha de tener en el procedimiento de revisión de oficio, esta Comisión Jurídica Asesora ya se ha pronunciado en diferentes dictámenes (así, en los números 486/17, de 21 de diciembre; 512/17, de 14 de diciembre; 456/16, de 13 de octubre y 436/16, de 29 de septiembre, entre otros).

La importancia del trámite de audiencia del interesado, que tiene reconocimiento constitucional en el artículo 105, apartado c), de la Constitución, que alude a la regulación legal del procedimiento “*garantizando cuando proceda la audiencia del interesado*” y que se recoge en el artículo 82 de la LPAC con la finalidad de garantizar el derecho de defensa de los interesados en el procedimiento administrativo, con el fin de que puedan realizar alegaciones o aportar nuevos documentos o justificaciones al expediente, y de que esa actuación de parte sea potencialmente efectiva, esto es, tenga virtualidad suficiente para influir en el ánimo del órgano competente

para resolver. Sin embargo, la mera infracción formal del artículo 84.1 de la LRJ-PAC no determina por sí sola la nulidad del acto, sino únicamente cuando se produce una indefensión material.

Esta diferenciación entre indefensión material e indefensión puramente formal ha sido diseñada tempranamente por el Tribunal Constitucional al afirmar que:

«La Constitución, artículo 24.1, no protege en situaciones de simple indefensión formal (...), sino en supuestos de indefensión material en los que se haya podido razonablemente causar perjuicio al recurrente» (Sentencia 161/1985, de 29 de noviembre), que “la indefensión que se prohíbe en el artículo 24.1 de la Constitución, no nace de la sola y simple infracción” (Sentencia 145/1986, de 24 de noviembre), y que “la indefensión con relevancia jurídico constitucional se produce cuando la vulneración de las normas procesales lleva consigo la privación del derecho a la defensa con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado” (Sentencia 155/1988, de 22 de julio).

Como recuerda la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2015, con cita de otra anterior de la misma Sala de 12 de diciembre de 2008 (rec. de casación 2076/2005) y, en los mismos términos, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de diciembre de 2016 (rec. 702/2015), con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias de 7 de febrero de 2013, rec. 5491/2011- y de 12 de diciembre de 2008 -rec. 2076/2005-):

“La omisión del trámite de audiencia en procedimientos no sancionadores no constituye en sí misma o por sí sola ninguna de las dos causas de nulidad de pleno derecho previstas en las letras a) y e) del número 1 del artículo 62 de la Ley 30/1992, sino que queda regida por la previsión del número 2 del artículo 63 de la

misma Ley, de suerte que sólo determinará la anulabilidad del acto dictado en el procedimiento en que se omitió si dio lugar a una indefensión real y efectiva del interesado”.

En el caso examinado observamos que si bien ha sido remitida cierta documentación entre la que se encuentran informes del Servicio Jurídico y alegaciones de las partes, lo cierto es que esos actos de tramitación lo han sido respecto a un procedimiento distinto al que es objeto de dictamen.

En este sentido, en dicho procedimiento se trataba de determinar si una empresa (TEGOSA MÉDICA) podía subrogarse en el Acuerdo Marco firmado por otra (TENORIO GÓMEZ).

Observamos que no consta en el expediente remitido resolución alguna que finalice el procedimiento de subrogación iniciado a instancias del contratista.

En el presente caso resulta claro que la situación de indefensión se ha producido, toda vez que, sin tramitarse propiamente un procedimiento de revisión de oficio de actos administrativos, ni incorporarse formalmente documentación alguna, se ha dictado una propuesta de resolución sin que los interesados hayan podido alegar y probar en dicho procedimiento cuanto a su derecho conviniese.

El hecho de que este procedimiento haya sido precedido por otro relativo a una posible subrogación contractual no justifica la falta de audiencia en este expediente de revisión de oficio puesto que en aquel procedimiento las posturas de las partes se centraron en debatir si era posible o no la subrogación contractual y, si bien, incidentalmente se trató el tema de la falta de capacidad de la adjudicataria para contratar, lo cierto es que se debatió en el ámbito de la subrogación contractual no desde la perspectiva de la concurrencia o no de la causa de nulidad que

se plantea en el presente procedimiento de revisión de oficio, respecto del que el contratista sólo conoce la postura de la Administración parcialmente y no los posibles efectos de la nulidad. En consecuencia, no ha podido rebatir en este procedimiento los argumentos de la Administración encaminados a la declaración de nulidad de la adjudicación del contrato.

De lo anterior se deriva la necesidad de efectuar los actos de instrucción que se consideren necesarios y de que se conceda el oportuno trámite de audiencia a los interesados.

Por último, con carácter previo a la solicitud de dictamen de la Comisión Jurídica Asesora deberá redactarse nueva propuesta de resolución en la que la Administración consultante se pronuncie sobre la procedencia de la nulidad solicitada, con inclusión de los correspondientes antecedentes, fundamentos jurídicos y parte dispositiva, en la que se concrete, en su caso, la causa en la que se apoya la nulidad con la motivación que exige el artículo 35.1.b) de la LPAC.

La propuesta de resolución habrá de remitirse con la totalidad del expediente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19 del ROFCJA, a esta Comisión Jurídica para su preceptivo informe.

En mérito a cuanto antecede, esta Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede la retroacción del presente procedimiento de revisión de oficio a su inicio para que sea notificado a los interesados, se efectúe la

fase de instrucción, se otorgue trámite de audiencia a los interesados y se emita nueva propuesta de resolución para su envío, con la totalidad del expediente, a esta Comisión Jurídica para su preceptivo dictamen.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 6 de septiembre de 2018

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 395/18

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid