

INFORME DE LA INTERVENCIÓN GENERAL DE LA COMUNIDAD DE MADRID DE 25 DE OCTUBRE DE 2000 POR EL QUE SE RESUELVE DISCREPANCIA. CONTRATO DE SUMINISTRO. PROCEDIMIENTO NEGOCIADO PARA LA ADQUISICIÓN DE BIENES DE FÁCIL DETERIORO.

Se recibe en esta Intervención General escrito de discrepancia procedente del “.....” respecto al reparo del Interventor Delegado en dicho Centro Gestor a la propuesta de contratación cursada de suministro de colchones por importe total estimado de 8.973.180 por procedimiento negociado sin publicidad en aplicación del artículo 182.k) del Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP)..

Entiende al respecto el Interventor Delegado que el objeto del contrato, los colchones, no pueden considerarse como bienes consumibles, a los efectos de la aplicación del artículo 182.k) y, en consecuencia, no puede tramitarse el expediente de gasto por el procedimiento negociado sin publicidad.

A su vez, considera el Centro Gestor en su escrito de discrepancia que los bienes citados “en elevado porcentaje son no utilizables” y que se agotan con el mero uso que de los mismos realicen los pacientes, así que tienen una vida útil corta con una rotación de colchones en el hospital del 50 % anual, por lo que es de aplicación al expediente el artículo 182.k de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Ante la discrepancia descrita, se efectúan las siguientes

CONSIDERACIONES

1. De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 75, 140, 182 y 210 del Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, el procedimiento negociado está previsto como un supuesto de utilización rigurosamente excepcional y, como toda excepción, debe ser de interpretación restrictiva; interpretación estricta, que no sólo alcanza a la aplicación del propio procedimiento, sino asimismo a la aplicación de cada uno de los supuestos tasados que facultan para la aplicación del mismo, extremo que ha de estimarse al enjuiciar la presente discrepancia.

La aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, es una excepción a la aplicación de los principios de publicidad y concurrencia, a que se refiere el artículo 11 de la LCAP, y, por lo tanto, debe ser de aplicación restrictiva.

2. Determina el artículo 182.k) en cuestión que podrá utilizarse el procedimiento negociado sin publicidad, previa justificación en el expediente, en el supuesto siguiente:

“k) Los de adquisición de productos consumibles, perecederos o de fácil deterioro, de cuantía inferior a 10.000.000 de pesetas (60.101,21 euros)”.

La interpretación del citado artículo, cuyos antecedentes jurídicos se encuentran en el artículo 88 de la Ley de Contratos y 248 de su Reglamento, si bien encomendada la contratación de los mismos a la Junta de Compras, debe ser restrictiva y dentro del contexto de una norma jurídica.

3. Del examen de los antecedentes legislativos, como criterio de interpretación de las normas, se observa que el artículo 6.3 de la Directiva Comunitaria 93/36/CEE, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro no contempla dentro de los supuestos del procedimiento negociado sin publicación previa del anuncio de licitación el supuesto examinado, por lo que, del examen del Derecho comunitario cabe ponderar la exigencia de una interpretación mucho más rigurosa del supuesto examinado.
4. En cuanto al elemento literal, como criterio interpretativo, el concepto de bienes consumibles se aplica con diferentes significados, si bien, encuadrado en un texto jurídico, ha de ser interpretado como tal. En este sentido, señala el civilista Diego Espín que son productos o cosas consumibles jurídicamente aquellas de las que no puede hacerse un uso conforme a su normal destino sin que se destruyan, como los combustibles y los comestibles, entendiéndose como no consumibles las que permiten un uso continuado conforme a su naturaleza sin que se produzca su destrucción total o parcial de un modo apreciable, como un reloj o un libro.

A esta clasificación se refiere, aunque con denominaciones inexactas, el Código Civil, al distinguir en el artículo 337, los bienes de que no puede hacerse el uso adecuado a su naturaleza sin que se consuman (que llama impropriadamente fungibles) y todos los demás (que llama no fungibles).

Con esta acepción, se considera por esta Intervención que son consumibles, por su propia naturaleza, sean perecederos o no, los productos alimenticios, bien pescados o carnes - asociados al concepto de perecederos- bien el azúcar, galletas, o muchos de los productos de limpieza, o, material médico como las jeringuillas...En cuanto a los mismos, no ofrece duda la aplicación del artículo 182.k).

5. Más dificultad ofrece el alcance del concepto de productos de fácil deterioro al ser un concepto jurídico indeterminado, entendiéndose como tal aquel en el que el ámbito de realidad a que se refiere no aparece bien precisado en su enunciado. No ha pretendido el legislador delimitar su ámbito de forma precisa.

Ahora bien, admitiendo la calificación de concepto jurídico indeterminado el empleado por el legislador en el artículo 182.k), en cuanto no se ha delimitado de una manera precisa su alcance, ha de precisarse que lo esencial de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, común a todas las esferas del Derecho, es, como señala E.García de Enterría y T. Ramón Fernández que “ la indeterminación del enunciado no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones del mismo, las cuales sólo permiten una unidad de solución justa en cada caso”

En este sentido, la doctrina distingue dentro de las cosas no consumibles la categoría de las cosas deteriorables, entendiendo por tales aquellas que cuyo consumo no es tan instantáneo como el de las consumibles, pero que desmerecen sensiblemente por el uso y pueden llegar a desaparecer como tales. A esta distinción se refiere el Código Civil al establecer reglas especiales en materia de usufructo (Art. 482 y 481).

Conforme a esta diferenciación civilista, tendría la consideración de bienes de fácil deterioro, con los criterios de interpretación restrictiva señalados, aquellos bienes cuyo uso continuado conforme a su normal destino y propia naturaleza conlleva su destrucción en breve período de tiempo.

Es esta rápida destrucción del bien, asociada a la dificultad de su “stockaje” por ser perecedero o de fácil deterioro, así como la dificultad de su reposición por los procedimientos normales de contratación, como el concurso, lo que justifica la habilitación del procedimiento negociado sin publicidad, y no la utilización del mismo, que podría dar lugar a que los vehículos para determinados órganos de contratación se calificasen como de fácil deterioro teniendo en cuenta su reiterado uso y sus efectos.

No se considera al respecto que una interpretación finalista de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, presidida por los principios de publicidad y concurrencia, ampare una interpretación del concepto de “fácil deterioro” en este sentido, por el concepto de vida útil, que está relacionado a su vez con el uso del mismo por cada unidad productiva, sino más bien a bienes, a los que objetivamente es atribuible tal cualidad.

6. Por ello, la adquisición de colchones no se considera un bien de fácil deterioro, en cuanto que por su propia naturaleza el uso continuado del bien en sí no conlleva su destrucción en breve período de tiempo. Podrían ser adquiridos por la Consejería de Educación para sus Residencias o por la Consejería de Servicios Sociales para Residencias de la Tercera Edad los mismos bienes y fácilmente cabe concluir que los mismos no cabe calificarlos como de fácil deterioro por su uso, en cuanto el bien individual podrá tener una vida útil más o menos duradera, dependiendo de la circunstancia subjetiva del uso singular del mismo, pero, como tal bien, un uso normalizado del mismo no conlleva su fácil deterioro.

Luego, siendo un concepto jurídico indeterminado, a la hora de integrar su acepción al objeto de precisar una única solución justa, se deduce que no puede llegarse al concepto por el uso que del bien hace el usuario de los mismos, ya que esta interpretación además de conducir a soluciones plurales y diferentes, contrarios al concepto de concepto jurídico indeterminado, implicaría asimismo una interpretación subjetiva por cada órgano de contratación del supuesto de habilitación del procedimiento negociado sin publicidad.

En definitiva, la cualidad de “fácil deterioro”, tal como está recogido en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, es predicable de los bienes, teniendo en cuenta su propio destino y naturaleza, no del empleo singular y particular que del mismo efectúe un órgano de contratación.

Por lo tanto, el concepto de bien consumible, perecedero o de fácil deterioro se considera, en una interpretación estricta, que ha de predicarse de los bienes en sí y no de su utilización por los diferentes órganos de contratación; Por ello, la contratación de los bienes referidos se considera que no pueden fundamentarse en el artículo citado, puesto que no son bienes de fácil deterioro en sí, sino por la utilización singular de un órgano de contratación.

Aun más se manifiesta, aunque no se aportan más datos, que la rotación anual de dichos bienes es del 50 %. Esta justificación extrapolada llevaría a entender que gran parte del Capítulo II del Presupuesto de gastos que tienen parecido coeficiente de rotación podría tramitarse por procedimiento negociado sin publicidad, lo que evidentemente no pretendía el legislador.

7. Precisado lo anterior, procede reiterar el criterio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en los Informes de 7 de marzo de 1996 (expedientes 40/95 y 13/96):

“...hay que hacer la indicación de que, tanto la utilización del contrato menor, como la del procedimiento negociado por razón de la cuantía, son meras posibilidades que, para agilizar la contratación administrativa, se incorporan a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, como antes lo fueron a la legislación de contratos del Estado y, que aún en los supuestos de cuantías inferiores que autorizarían la celebración de un contrato menor o la utilización del procedimiento negociado, **el órgano de contratación, para someter su actividad contractual a un mayor control y para favorecer en definitiva la libre concurrencia y la transparencia en la contratación pública, puede acordar la celebración de contratos de cuantía inferior con sujeción a procedimientos abiertos o restringidos, es decir, a licitación pública, sin necesidad de acudir para justificar tal posibilidad más que a los principios de publicidad y concurrencia, básicos de la contratación administrativa...**

Es decir, aunque la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas habilita a tramitar expedientes de contratación como contrato menor o por el procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía, se habilita igualmente, y es más conforme con los principios que presiden la contratación administrativa (publicidad y concurrencia) celebrar aún los contratos anteriores mediante libre concurrencia y transparencia.

De acuerdo con las consideraciones anteriores, se deducen las siguientes

CONCLUSIONES

1. Los supuestos que habilitan a la utilización del procedimiento negociado por la Administración tienen carácter excepcional, deben justificarse en el expediente y son de aplicación e interpretación restrictiva, por cuanto implican que el órgano de contratación se aparta de los principios de publicidad y concurrencia, que junto con la igualdad y no discriminación presiden

la actividad contractual administrativa.

2. El artículo 182.k) ha de ser de interpretación restrictiva desde el punto de vista jurídico, sin perjuicio de su acepción económica. Siendo un concepto jurídico indeterminado, su aplicación e interpretación no puede ser variable, sino única; es decir, debe ir referida a la cualidad del bien -consumible, perecedero o de fácil deterioro- y no a su utilización por un Centro de la Administración.
3. En este sentido, comprende el artículo citado a aquellos bienes que por su propia naturaleza con su utilización se destruyen (consumen) jurídicamente así como aquellos que por su propia naturaleza se consumen en breve período de tiempo.

Por lo tanto, esta Intervención General, teniendo en cuenta las consideraciones y conclusiones anteriores, ratifica el reparo del Interventor Delegado en la Consejería de “.....”, entendiéndose que los colchones no se encuadra entre los bienes consumibles o de fácil deterioro a que se refiere el artículo 182.k) del Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, puesto que el bien, considerado en sí mismo, no se estima de fácil deterioro, sin que su utilización por sus usuarios permita alterar su calificación.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 88 de la Ley 9/1990, de 8 de noviembre, reguladora de la Hacienda de la Comunidad de Madrid en el supuesto de disconformidad con el criterio de esta Intervención podrá elevar discrepancia ante el Consejo de Gobierno, a quien corresponde adoptar la resolución definitiva.