

Dictamen nº: **547/18**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Revisión de Oficio**
Aprobación: **13.12.18**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 13 de diciembre de 2018, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Sanidad, al amparo de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, sobre revisión de oficio de la adjudicación y del contrato suscrito con TENORIO GOMEZ 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 7 de noviembre 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 497/18, 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, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno (en adelante ROFCJA).

El 12 de noviembre de 2018 se solicitó el complemento del expediente administrativo con suspensión del plazo para emitir Dictamen, de conformidad con el artículo 19.2 del ROFCJA. El 22 de noviembre de 2018 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora la documentación solicitada, reanudándose el cómputo del plazo para la emisión del Dictamen.

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la letrado vocal Dña. M^a del Pilar Rubio Pérez de Acevedo que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por unanimidad por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid en sesión celebrada el día 13 de diciembre 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:

Según la cláusula 1-características generales del contrato- 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, (...)” (apartado 1).

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

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

La cláusula 2 -régimen jurídico- determina el carácter administrativo del acuerdo marco que se rige por los pliegos y, para lo no previsto, 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 -“capacidad para contratar y criterios de selección de las empresas”- entre otras cuestiones, 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 incursas en las prohibiciones e incompatibilidades para contratar con la Administración (...) y que acrediten su solvencia económica, financiera y técnica de conformidad con lo establecido en el apartado 5 de la cláusula 1, en el que se indican asimismo los criterios que se aplicarán para la selección de las empresas, de conformidad con lo previsto en el artículo 11 del RGLCAP (...).

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”.

La cláusula 12 -“*forma y contenido de las proposiciones*”- describe, entre otras materias, la documentación administrativa que ha de presentar el licitador. Existen dos opciones: la a) que 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) y la b) en la que para acreditar la personalidad del empresario y su capacidad de obrar ha de presentarse la siguiente documentación:

“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, (...). Estos documentos deberán recoger el exacto régimen jurídico del empresario en el momento de la presentación de la proposición”.

Y en cuanto a la solvencia, el apartado 4 remite al apartado 5 de la cláusula 1 que, entre otras cuestiones, señala: “*Para acreditar la solvencia, el empresario podrá basarse en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestre que, para la ejecución del contrato, dispone efectivamente de esos medios*”.

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 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

De acuerdo con la cláusula 18, el acuerdo marco se perfecciona mediante su 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 del acuerdo marco. 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” 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 GOMEZ, 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 y que el 6 de noviembre de 2017 una vez comprobada la documentación requerida para subsanar a las empresas, se acordó admitir a todas las empresas licitadoras condicionado al resultado del informe técnico. El 21 de noviembre de 2017, con base en el informe de valoración de las muestras, la Mesa acordó excluir a TENORIO GÓMEZ, S.A. de los lotes 5, 10 y 15.

5. Una vez tramitado el procedimiento, consta en la resolución de adjudicación que la Mesa de Contratación, acordó solicitar la

documentación a las empresas que presentaron DEUC en la fase de apertura de la documentación administrativa, y con fecha 21 de diciembre, se comprobó por la Mesa dicha documentación, siendo correcta, con base en lo cual, se elevó al órgano de contratación propuesta de adjudicación a favor de las empresas que se indicaban en el Anexo que adjuntaba, según puntuación obtenida, por los precios unitarios indicados, *“al cumplir con los requisitos exigidos en los pliegos que rigen la licitación”*.

Mediante Resolución de 17 de enero de 2018 del viceconsejero de Sanidad se adjudicó el Acuerdo Marco. TENORIO GOMEZ 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. El 1 de febrero de 2018 TENORIO GOMEZ, S.A. comunicó al SERMAS que esta empresa 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 sanitarias pasaban a ser desarrolladas exclusivamente por la empresa TEGOSA MEDICA, S.L.

(...) 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.”

7. El 16 de febrero de 2018, TEGOSA MEDICA, S.L. presentó escrito en el que adjuntaba documentación para tramitar la subrogación.

8. El 19 de febrero de 2018 se formalizó el contrato entre la Consejería de Sanidad y TENORIO GOMEZ, S.A.

TERCERO.- El 28 de febrero de 2018 TEGOSA MEDICA, S.L. presentó un escrito de aclaración y complemento de la documentación ya aportada para argumentar los hechos que les concernían como consecuencia de que el 29 de junio de 2017 se firmara el acuerdo mediante el cual TENORIO GÓMEZ, S.A. cedía y transmitía sus actividades fabriles y mercantiles a TEGOSA MÉDICA, S.L. Asevera:

“A partir de este momento, se inicia un proceso en el que TENORIO GOMEZ y TEGOSA MÉDICA van de la mano, como no puede ser de otra forma, bajo la estricta premisa del cumplimiento de la legislación vigente, y tal como ordena el RD 1591/2009 de aplicación en el estado español y de la Directiva Europea EC MDD 93/42, como normas regulatorias principales en nuestro sector de Productos Sanitarios. Este proceso tiene como objetivo que TEGOSA MÉDICA obtenga las autorizaciones y títulos requeridos, primero para poder actuar como distribuidor con fecha 5 de julio y posteriormente como fabricante bajo el amparo de la licencia previa de funcionamiento y de la certificación CE para la fabricación de productos clase I estériles y clase II a, obtenida y efectiva con fecha 23 de enero de 2018.

Es por esto que cuando se produce la licitación al concurso de SERMAS expediente nº Acuerdo Marco P.A. SUM 05/2017 “Suministro de gasas y compresas y tejido sin tejer” lo hace TENORIO GOMEZ ya que es la empresa que puede en ley y en la práctica hacerlo.

Como decimos a partir del 23 de enero pasado TEGOSA MEDICA ya está en disposición legal de actuar por sí misma, lo que conlleva y esto es importante, a que TENORIO GOMEZ cese sus actividades de forma paulatina una vez culminada la mencionada transmisión a efectos legales y prácticos”.

Finalizaban su escrito solicitando el cambio de proveedor, sustituyendo a TENORIO GOMEZ, S.A. por TEGOSA MEDICA, S.L. como adjudicatario del Acuerdo Marco P.A. SUM 05/2017.

Por escrito de fecha 5 de marzo de 2018, la adjudicataria solicitó la subrogación por transmisión de la rama de actividad en los mismos términos que en el escrito de 1 de febrero.

A mediados de marzo de 2018, indica la propuesta de resolución, 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.

El 28 de marzo de 2018 (fecha que consta en la propuesta de resolución) TENORIO GOMEZ, S.A. y TEGOSA MEDICA, S.L. presentaron un escrito y documentación para aclarar las circunstancias acaecidas en la licitación en fecha 17 de octubre de 2017 y firma del contrato el 19 de febrero de 2018 por TENORIO GOMEZ, S.A., y la posterior solicitud de subrogación el 5 de marzo de 2018 a TEGOSA MEDICA, S.L., motivada por la transmisión de la rama de negocio de la primera a la segunda, iniciada el 28 de marzo de 2017 con la firma del contrato y la coincidencia en tiempo de estos actos y el transcurso contractual de dicha transmisión que se daba por finalizada en 20 de febrero de 2018, *“como atestigua el acta que se acompaña a este escrito”.*

Indicaban que dicho contrato de transmisión permitía la transferencia del negocio de una a otra empresa, estableciendo que durante esta fase de transmisión o período transitorio TENORIO GOMEZ, S.A., debía asumir todas las obligaciones en tanto en cuanto TEGOSA MEDICA no tuviera plena capacidad para hacerlo, de ahí que TENORIO GOMEZ licitara este concurso y firmara el contrato resultante de dicha licitación. Con este escrito aportaron:

Acta de Declaración de 20 de febrero de 2018:

“Que de conformidad con lo previsto en la Cláusula 4.7. del contrato de compraventa de rama de actividad suscrito en fecha 28 de marzo de 2017 entre la mercantil TENORIO GÓMEZ, S.A. y TEGOSA MÉDICA, S.L. (el "Contrato"), las Partes acordaron establecer un periodo de transición durante el cual la mercantil TENORIO GÓMEZ asumía la obligación de mantener los títulos y autorizaciones necesarios para conservar su condición de fabricante de la totalidad de productos integrantes del Negocio de Gasa, tal y como se define en dicho Contrato, así como el deber de colaborar diligentemente para que dicho negocio fuera transmitido completa y adecuadamente a TEGOSA MEDICA, transfiriendo dicha rama de actividad de la manera más adecuada y satisfactoria para todas las partes implicadas, incluyendo los clientes de TENORIO GOMEZ.

Que dicho periodo transitorio fue concluido en fecha 20 de febrero de 2018, encontrándose desde dicha fecha TEGOSA MEDICA en plenas facultades para sustituir a TENORIO GÓMEZ en todo lo relativo a la fabricación y suministro de gasas, compresas y tejido sin tejer, habiendo obtenido aquélla la condición de fabricante de la totalidad de productos que integran el Negocio de Gasa y la concesión de la totalidad de licencias necesarias para la explotación del mismo como atestiguan los documentos que se adjuntan a esta declaración y que serían en orden cronológico:

Obtención de la licencia previa de funcionamiento, N° 7134 PS, como fabricante e importador de PPSS con fecha 06/11/2017, en conformidad con el RD 1591/2009.

Obtención y entrada en efectivo de los certificados CE de conformidad con el anexo V de la directiva CE MDD 93/42 para la fabricación de productos sanitarios clase I estéril N° 2018 01 0868 y fabricación de productos clase IIa N° 2018 01 0869, con fecha efectiva de aplicación 23/01/2018.

Regularización de productos y marcas de productos sanitarios clase IIa, mediante el procedimiento previsto en el RD 1591/2009 de comunicación de puesta en el mercado con fecha 16/02/2018.

Regularización de la comercialización de productos clase I estéril, mediante el procedimiento previsto en el RD 1591/2009 de inscripción en el registro de responsables de la comercialización de productos sanitarios con fecha 19/02/2018.

Consecuentemente, en dicha fecha se dieron por cumplidas las referidas obligaciones asumidas por TENORIO GÓMEZ, encontrándose por ello totalmente facultada ésta para cesar en sus actividades mercantiles relativas al negocio de fabricación y distribución de gasas y demás productos análogos, encontrándose el Negocio de Gasa de ésta en la actualidad completamente transferido a TEGOSA MEDICA”.

También adjuntaron documentos para acreditar la capacidad y solvencia de TEGOSA MEDICA, S.L. y la relación de los concursos, expedientes o contratos, acuerdos y suministros contratados por el SERMAS y/o los centros sanitarios dependientes de éste.

Consta a continuación, en la documentación remitida a esta Comisión Jurídica, la “Escritura de elevación a público de contrato

privado de compraventa 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 primera, interviene como vendedor, TENORIO GOMEZ, S.A. y como comprador TEXPOL y hacen constar que el contrato que se eleva a público por la presente, se refiere a:

“La compraventa, con condición suspensiva, de las 3.006 participaciones sociales de las que es titular la sociedad vendedora, “TENORIO GOMEZ, S.A.”, de la entidad denominada actualmente “TEGOSA MÉDICA, S.L.U.” a favor de la entidad denominada “TEXTIL PLANAS OLIVERAS, S.A.”.

La transmisión de participaciones sociales se efectúa sujeta a condición suspensiva en la forma determinada en la cláusula 4 del contrato privado incorporado, contrato que se rige por sus propias cláusulas y, en cuanto a lo en él no previsto, por las disposiciones del Código de Comercio, leyes especiales, usos mercantiles y, en su defecto, por el Código Civil.

En dicha escritura se dice: *“Que dentro de un proceso negociador, las Partes han venido manteniendo negociaciones para llevar a cabo la adquisición por TEXPOL del Negocio de Gasa de TENORIO GOMEZ, lo que las Partes han acordado instrumentar mediante la compraventa de las Participaciones de TEGOSA MEDICA una vez dicha sociedad sea la titular y desarrolle el Negocio de Gasa en iguales condiciones a como es desarrollado por TENORIO GOMEZ”.*

La Cláusula 4, reguladora de la condición suspensiva, establece:

“Sin perjuicio de la naturaleza vinculante del presente Contrato, la eficacia del mismo queda sujeta al cumplimiento de que previamente a la Fecha de Cierre, TENORIO GÓMEZ deberá haber vendido, cedido o transmitido, y TEGOSA MEDICA haber comprado o adquirido, el Negocio de Gasa, mediante la adquisición de la totalidad de activos afectos al mismo y la asunción de los Empleados como una rama de actividad autónoma e independiente (en adelante, "Condición suspensiva").

Se entenderá que la Condición Suspensiva se ha cumplido una vez se encuentren ejecutadas y perfeccionadas las siguientes actuaciones, todo ello en los términos previstos a continuación:

4.1 Transmisión de los Bienes y Equipos (...)

4.2 Transmisión de las Existencias (...)

4.3 Transmisión de los Contratos Públicos. TEGOSA MEDICA se subrogará en la posición de TENORIO GÓMEZ respecto a los derechos y obligaciones dimanantes de todos y cada uno de los contratos y/o pedidos de suministro de gasas y apósitos suscritos con órganos de contratación y Administraciones Públicas, entendiéndose tales contratos y/o pedidos como parte esencial integrante del Negocio de Gasa que se transmite como rama de actividad, a los efectos de lo establecido en el Artículo 85 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de Contratos del Sector Público. TEGOSA MEDICA se subrogará asimismo en todos aquellos derechos y obligaciones que resulten de ofertas realizadas en dicho ámbito público pendientes de adjudicación, vigentes (incluido periodo de prórroga) a la Fecha de cierre (...).

4.4 Cesión de los Contratos Privados (...).

4.5 Cesión de los Derechos de Crédito (...).

4.6 Transmisión de los Derechos de Propiedad Industrial e Intelectual (...)

4.7 Cesión de las Licencias

TENORIO GÓMEZ transmitirá a TEGOSA MEDICA, las licencias administrativas conferidas a TENORIO GÓMEZ respecto al Negocio de Gasas, sin limitación, ni condición ni restricción alguna, con el alcance de actividades de fabricación, importación y concertadas que tiene la misma, sin restricción ni modificación alguna por la presente cesión, y que actualmente permiten a TENORIO GÓMEZ fabricar y/o comercializar los mismos bajo los Derechos de Propiedad Intelectual, debiéndose asimismo proceder a la transmisión de los derechos relativos al cupón precinto, sin condición, limitación ni restricción alguna, a excepción hecha de la licencia sanitaria previa de funcionamiento de instalación de productos sanitarios y del correspondiente Mercado CE de conformidad con lo previsto en la Cláusula 4.7.2 (en adelante, las “Licencias”).

En relación con la cesión de las Licencias se estará al siguiente régimen: (...).

4.7.2. Solicitud

TEGOSA MEDICA deberá solicitar las licencias administrativas correspondientes a (i) la licencia sanitaria previa de funcionamiento de instalación de productos sanitarios y (ii) el correspondiente Mercado CE y los registros y/o comunicaciones de responsable de puesta en el mercado de los productos, que actualmente permiten a

TENORIO GÓMEZ fabricar y/o comercializar los mismos (en adelante, "Licencias Sanitarias").

En relación con la solicitud de las Licencias Sanitarias se estará al siguiente régimen:

(a) En el plazo máximo de siete (7) días naturales contados desde la firma del presente Contrato, TEGOSA MEDICA llevará a cabo las siguientes actuaciones:

(i) Realizar las solicitudes pertinentes a las Administraciones públicas y organismos competentes, de conformidad con el procedimiento legalmente establecido, con el fin de ser titular, sin limitación, ni condición ni restricción alguna, de las licencias y autorizaciones administrativas respecto al Negocio de Gasa, incluida la vigente licencia sanitaria previa de funcionamiento de instalación de productos sanitarios y el correspondiente Mercado CE y los registros y/o comunicaciones de responsable de puesta en el mercado de los productos que actualmente permiten a TENORIO GÓMEZ fabricar y/o comercializar los mismos bajo los Derechos de Propiedad Intelectual, de modo que TEGOSA MEDICA pueda continuar legalmente con la fabricación y/o comercialización de los productos relacionados con el Negocio de Gasa sin condición ni restricción alguna.

(...)

(f) Por mientras no sean concedidas las licencias y demás obtenciones derivadas de la presente obligación de solicitud, TENORIO GÓMEZ se obliga a mantener la condición de fabricante de la totalidad de productos Integrantes del Negocio de Gasa, autorizando de manera Incondicional y sin limitación alguna a TEGOSA MEDICA a incluir e indicar donde ésta entienda por conveniente dicha condición de fabricante.

(g) Consecuentemente con lo anterior, la Vendedora toma conocimiento del carácter Indispensable del mantenimiento por TENORIO GÓMEZ de la condición de fabricante de la totalidad de productos que Integran en Negocio de Gasa y, en garantía del mantenimiento de dicha condición y para el supuesto de que TENORIO GÓMEZ lleve a cabo actuaciones que conlleven la pérdida de la condición de fabricante de cualesquiera de los productos que Integran el Negocio de Gasa, los Accionistas se obligan solidariamente a satisfacer a TEXPOL la cantidad de 300.000 euros. Dicha cantidad se abonará en concepto de cláusula penal y sin perjuicio del resto de daños y perjuicios que le pudiera ocasionar a TEGOSA MEDICA y/o a TEXPOL la pérdida de dicha condición.

Queda bien entendido que la cláusula penal aquí prevista se mantendrá vigente hasta la concesión de las licencias en favor de TEGOSA MEDICA, por lo que una vez obtenidas por TEGOSA MEDICA, TENORIO GOMEZ podrá realizar cuantas actuaciones entienda por conveniente para cesar en su condición de fabricante de los productos sin que se le pueda exigir indemnización alguna”.

La Escritura de Consumación de la Compraventa -Escritura de Cierre, se otorgó el 29 de junio de 2017 y figuran transmitidos los bienes y equipos, las existencias, se habían cedido los contratos privados, los derechos de crédito, los de propiedad industrial e intelectual; figura la subrogación en los empleados, la sucesión de empresa, y la cancelación de los saldos con proveedores, todo ello de conformidad con unos anexos que no constan entre la documentación remitida. En cuanto a la cesión de licencias se dice que ha transmitido las licencias sanitarias de conformidad con la cláusula 4.7 del contrato y que se adjuntan las solicitudes presentadas ante la Administración Pública y órganos competentes aprobando y autorizando las licencias a favor de TEGOSA MEDICA.

En esta escritura, las partes dejan sin efecto la condición suspensiva y reconocen la plena perfección del contrato y la consumación de la compraventa con efectos desde el día de otorgamiento de la Escritura de Cierre, y en consecuencia TENORIO GOMEZ vende y transmite en ese acto a TEXPOL, S.A., que compra y adquiere, la totalidad de la Participaciones de las que es titular, esto es, 3.006 participaciones sociales, números 1 al 3.006, ambos inclusive - que representan el 100% del capital de la sociedad denominada TEGOSA MEDICA S.L.U.- libre de cargas, embargos, gravámenes, restricciones a su disponibilidad y/o restricciones de cualquier otra naturaleza y/o derechos a favor de terceros.

CUARTO.- El 20 de abril de 2018 el director general de Gestión Económico-Financiera solicitó informe al Servicio Jurídico sobre la posibilidad de subrogación.

El 25 de abril de 2018 el Servicio Jurídico emitió informe en el que 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 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 respondieron a las consideraciones efectuadas en el informe en este sentido:

“a. TENORIO aportó su rama de actividad relativa a la fabricación y distribución de productos sanitarios (gasas, en particular) a TEGOSA MÉDICA. Esta operación se sometió a las condiciones suspensivas y al régimen transitorio propio de este tipo de

operaciones mercantiles, de forma que la aportación de la rama de actividad no surtiría plenos efectos hasta que TEGOSA MÉDICA contase con todas las autorizaciones necesarias para la fabricación y distribución de los productos sanitarios, esto es, hasta que pudiese desarrollar esta actividad por sí misma.

b. Hasta ese momento (el de efectiva transmisión de las autorizaciones) era TENORIO, en su condición de titular de dichas autorizaciones, quien debía continuar ejerciendo la actividad, aunque se hubiese cedido la misma (los medios personales y materiales dedicados a ella) a TEGOSA MÉDICA. Por este motivo fue TENORIO quien presentó su oferta en la licitación del Acuerdo Marco, ya que en ese momento era TENORIO quien disponía de las autorizaciones precisas para la fabricación y distribución de los productos sanitarios, que no fueron transmitidas plenamente a TEGOSA MÉDICA hasta el 23 de enero de 2018, aunque la compraventa de las acciones de esta sociedad por parte de TEXPOL se hubiera efectuado previamente. Es decir: TENORIO presentó su oferta porque en ese momento era quien tenía legalmente la condición de fabricante y distribuidor de los productos sanitarios, sin perjuicio de que TEGOSA MÉDICA pudiese colaborar en el proceso de fabricación, lo que no convierte a esta sociedad en licitadora en origen, condición que le correspondía a TENORIO”.

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 había 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”.

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

Se requirió nuevo informe al Servicio Jurídico 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 MEDICA un escrito en el que se les requería para que presentaran las alegaciones que estimasen oportunas sobre la consideración jurídica del informe precitado -que reproducía- y añadía que 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. Si ello fuera así, TEGOSA no podría subrogarse en el contrato en lugar de TENORIO, puesto que es propiedad actualmente de TEXPOL que sería la que se subrogaría, resultando adjudicataria a precios diferentes de los mismos lotes. Por último, indican que el anuncio de licitación es de 7 de septiembre de 2017 y previamente, 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).

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

TEGOSA MEDICA 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”*. Considera aplicable el artículo 85 del TRLCSP y que es TEGOSA quien debe subrogarse en la posición de TENORIO al haber asumido su rama de actividad.

TENORIO GOMEZ 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 pues considera aplicable el artículo 85 del

TRLCSP al tratarse de un supuesto de sucesión en la persona del contratista. Presentó con su escrito, 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 basada en el artículo 85 del TRLCSP que considera, es una norma muy clara que determina que la sociedad que adquiere la rama de actividad es la que se subroga en la posición del transmitente. Argumenta que no se ha formulado más de una oferta por el mismo licitador porque TEXPOL y TENORIO son dos empresas distintas y si se subrogara TEGOSA MEDICA, empresa distinta, se produciría de forma sobrevenida el que dos empresas del mismo grupo fueran adjudicatarias del acuerdo marco, lo cual, indican, es perfectamente posible.

QUINTO.- El 3 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, por falta de capacidad de TENORIO GOMEZ, S.A. para licitar, al haber vendido la “*rama de negocio de la gasa*” y no formar parte de su actividad en el momento de la concurrir a la licitación. El día 5 de julio de 2018 se envió notificación telemática a las tres empresas.

Por Resolución de 24 de julio de 2018, el viceconsejero de Sanidad acordó formular propuesta de resolución y solicitar dictamen a la Comisión Jurídica Asesora y mediante Resolución de 30 de julio de 2018 se suspendió el plazo máximo para resolver el expediente de nulidad contractual ordenando su notificación al adjudicatario, notificación telemática que se envió el 31 de julio de 2018.

SEXTO.- La Comisión Jurídica Asesora emitió Dictamen 395/2018, de 6 de septiembre, en el que se concluyó que procedía la retroacción del procedimiento de revisión de oficio para que se llevara a cabo el trámite de audiencia a los interesados.

SÉPTIMO.- El 13 de septiembre de 2018, la Subdirección General de Contratación y Compras de Medicamentos y Productos Sanitarios acordó:

“1.-Incoar el procedimiento para declarar la nulidad de la adjudicación y del contrato del expediente AM PA SUM-05/2017 de “SUMINISTRO DE GASAS, COMPRESAS Y TEJIDO SIN TEJER CON DESTINO A LOS CENTROS SANITARIOS DEPENDIENTES DEL SERVICIO MADRILEÑO DE SALUD” suscrito con la mercantil TENORIO GOMEZ, S.A. por falta de capacidad de la citada mercantil para licitar, al haber vendido la “rama de negocio de la gasa” y no formar parte de su actividad en el momento de concurrir a la licitación.

2.- Notificar el presente acuerdo a los interesados.

3.- Dar trámite de audiencia a los interesados, con vista del expediente, a fin de que puedan alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes en defensa de sus derechos por un plazo de diez días desde la notificación del presente acuerdo”.

Figura el envío de la notificación telemática de este acuerdo a TENORIO GOMEZ, S.A., a TEGOSA MEDICA, S.L. y a TEXPOL S.A. el día 14 de septiembre de 2018 y su recepción ese mismo día.

OCTAVO.- El día 23 de octubre de 2018 el Viceconsejero de Sanidad acordó:

“1.- Formular propuesta de Resolución para declarar la nulidad de la adjudicación y del contrato del expediente AM PA SUM-05/2017 de “SUMINISTRO DE GASAS, COMPRESAS Y TEJIDO SIN TEJER CON DESTINO A LOS CENTROS SANITARIOS DEPENDIENTES DEL SERVICIO MADRILEÑO DE SALUD” suscrito con la mercantil TENORIO GOMEZ, S.A. por falta de capacidad de la citada mercantil para licitar, al haber vendido la “rama de negocio de la gasa” y no formar parte de su actividad en el momento de concurrir a la licitación.

2.- Solicitar dictamen preceptivo favorable, con remisión de documentación, a la Comisión Jurídica Asesora (...).

3.- Suspender 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.

4.- Comunicar la suspensión del plazo a la Sociedad Adjudicataria del Contrato”.

Figura en esta propuesta que los interesados no formularon alegaciones en el trámite de audiencia conferido.

Consta el acuse de recibo aceptado de la notificación electrónica de la propuesta de resolución del contrato a la adjudicataria efectuada el 26 de octubre 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 TRLCSP en lo relativo a sus efectos, cumplimiento y extinción 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, 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 en su apartado 5 que: *“los contratos basados en acuerdos marco o en sistemas dinámicos de adquisición se regirán por la normativa aplicable a estos”*.

Por otra parte, el apartado 4 de la disposición transitoria primera de la LCSP/17 dispone que las revisiones de oficio iniciados al amparo del artículo 34 del TRLCSP, seguirán tramitándose hasta su resolución con arreglo al mismo por lo que, a sensu contrario, las iniciadas con posterioridad habrán de regirse 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 (en lo sucesivo, LPAC), que regula la revisión de oficio en los 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 establecidas en esta ley.

En consecuencia, al haberse iniciado el procedimiento de revisión de oficio por Resolución de 3 de julio de 2018 de la Subdirección General de Contratación y Compras de Medicamentos y Productos Sanitarios, pues hemos de entender que la de 13 de septiembre de 2018 es una continuación de la anterior, se rige por la LPAC. El plazo máximo para resolver es de seis meses conforme el artículo 106.5 de la LPAC por lo que el procedimiento no ha caducado. Además, ha sido suspendido al solicitar el dictamen de esta Comisión de acuerdo con el artículo 22.1 d) de la citada Ley, suspensión que ha sido notificada al contratista.

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, que en el ámbito de la contratación pública aparecen recogidas en el artículo 32 del TRLCSP y, desde el punto de vista del procedimiento, del 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, 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 este precepto 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.

En el procedimiento se ha dado audiencia a las mercantiles conforme el artículo 4.1 b) de la LPAC sin que los mismas, de acuerdo con lo que señala la propuesta de resolución, hayan formulado alegaciones.

TERCERA.- Con carácter general, el procedimiento de revisión de oficio tiene por objeto expulsar del ordenamiento jurídico aquellos actos administrativos que se encuentren viciados de nulidad radical por cualquiera de las causas que establece el artículo 62.1 de la LRJ-PAC.

Esta Comisión Jurídica Asesora ha sostenido reiteradamente (*vgr.* dictámenes 88/17, de 23 de febrero; 506/17, de 14 de diciembre), que el punto de partida inexcusable, es la consideración de la revisión de oficio como una potestad excepcional de la Administración para dejar sin efecto sus propios actos y disposiciones al margen de cualquier

intervención de la jurisdicción contencioso-administrativa, razón por la cual esta potestad de expulsión de los actos administrativos de la vida jurídica debe ser objeto de interpretación restrictiva tal como recoge la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 de julio de 2016 (recurso 319/2016), que con mención de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 junio 2004, entiende que solo se justifica en aquellos supuestos en que los actos a revisar adolezcan de un defecto de la máxima gravedad, es decir, que estén viciados de nulidad radical o de pleno derecho.

Como recuerda el Tribunal Supremo en su sentencia de 25 de noviembre de 2015 (recurso 269/2014):

“La doctrina sentada por esta Sala (entre las más recientes, sentencia de 7 de febrero de 2013 –recurso núm. 563/2010–), configura dicho procedimiento como un medio extraordinario de supervisión del actuar administrativo, verdadero procedimiento de nulidad, que resulta cuando la invalidez se fundamenta en una causa de nulidad de pleno derecho, cuya finalidad es la de facilitar la depuración de los vicios de nulidad radical o absoluta de que adolecen los actos administrativos, con el inequívoco propósito de evitar que el transcurso de los breves plazos de impugnación de aquellos derive en su consolidación definitiva”.

Se trata de una potestad cuyo ejercicio requiere una especial ponderación ya que, como señala el Tribunal Supremo en sentencia de 30 de septiembre de 2015 (recurso 733/2013) con cita de la sentencia de 17 de enero de 2006 (recurso 776/2001) se trata de confrontar dos exigencias contrapuestas, el principio de legalidad y el de seguridad jurídica por los que solo procede la revisión en *“concretos supuestos en que la legalidad se ve gravemente afectada y con respeto y observancia de determinadas garantías procedimentales en salvaguardia de la*

seguridad jurídica, y todo ello limitando en el tiempo el plazo para ejercer la acción, cuando los actos han creado derechos a favor de terceros”.

Más recientemente, el Tribunal Supremo ha vuelto a pronunciarse sobre el carácter restrictivo y riguroso de la potestad de revisión de oficio en su sentencia de 10 de febrero de 2017 (rec. 7/2015):

“La acción de nulidad no es el último remedio impugnatorio susceptible de utilizar cuando se ha agotado el sistema de recursos normal, en el que cabe, pues, alegar cuantas causas de oposición quepa contra los actos combatidos, sino que se constituye como instrumento excepcional y extraordinario para evitar la producción de efectos jurídicos de aquellos actos viciados de nulidad radical. De ahí, como medio excepcional y extraordinario, que las exigencias formales y materiales para su ejercicio hayan de exigirse de manera absolutamente rigurosa, y toda interpretación que se haga de los dictados del artículo 102 de la LRJPA haya de ser necesariamente restrictiva, ya que no exigir este rigor sería desvirtuar la naturaleza y finalidad de esta acción de nulidad y la puesta en peligro constante del principio de seguridad jurídica. Formalmente, por tanto, no cabe ejercitar esta acción de nulidad más que contra actos que hayan puesto fin a la vía administrativa o contra los que no se haya interpuesto recurso administrativo en plazo. Materialmente es exigencia ineludible que el vicio del que adolece el acto sea de los que hacen al mismo radicalmente nulo por así contemplarse en el artículo 62.1 de la LRJPA”.

CUARTA.- En el caso que nos ocupa se trata de la revisión de oficio del acto de adjudicación del acuerdo marco y del contrato por falta de capacidad de obrar de TENORIO GOMEZ, S.A. pues la Administración considera que:

“Cómo señala el informe de los Servicios Jurídicos, en la escritura de 29 de junio de 2017, “escritura de consumación de

compraventa”,... 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” (páginas 20 y 21 de la escritura).

En consecuencia, TEGOSA no puede subrogarse en el contrato en lugar de TENORIO GÓMEZ, puesto que desde el 29 de junio de 2017 es propiedad de TEXTIL PLANAS OLIVERAS, S.A. (TEXPOL).

El anuncio de licitación es de 7 de septiembre de 2017 y previamente al mismo, la rama de actividad de TEGOSA MEDICA, S.L. ya era propiedad de TEXPOL, por lo tanto, TENORIO GOMEZ S.A. carecía de capacidad para licitar”.

Por ello, formula propuesta de resolución para “*declarar la nulidad de la adjudicación y del contrato del expediente AM PA SUM-05/2017 suscrito con la mercantil TENORIO GOMEZ, S.A. por falta de capacidad de la citada mercantil para licitar, al haber vendido la “rama de negocio de la gasa” y no formar parte de su actividad en el momento de la concurrir a la licitación*”.

La Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles regula la escisión (total, parcial y segregación) en los artículos 68 a 80.

La Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades recoge la definición de rama de actividad en el artículo 76.4, de forma que: “[s]e entenderá por rama de actividad el conjunto de elementos patrimoniales que sean susceptibles de constituir una unidad

económica autónoma determinante de una explotación económica, es decir, un conjunto capaz de funcionar por sus propios medios. Podrán ser atribuidas a la entidad adquirente las deudas contraídas para la organización o el funcionamiento de los elementos que se traspasan”.

La transmisión de rama de actividad se contempla en el TRLCSP en dos momentos. Por una parte, regula la sucesión en el procedimiento antes de que se produzca la adjudicación en el artículo 149 y, por otra, los supuestos de sucesión del contratista en el artículo 85, a cuyo tenor:

“ (...) Igualmente, en los supuestos de escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de actividad de las mismas, continuará el contrato con la entidad a la que se atribuya el contrato, que quedará subrogada en los derechos y obligaciones dimanantes del mismo, siempre que tenga la solvencia exigida al acordarse la adjudicación o que las diversas sociedades beneficiarias de las mencionadas operaciones y, en caso de subsistir, la sociedad de la que provengan el patrimonio, empresas o ramas segregadas, se responsabilicen solidariamente con aquélla de la ejecución del contrato. Si no pudiese producirse la subrogación por no reunir la entidad a la que se atribuya el contrato las condiciones de solvencia necesarias se resolverá el contrato, considerándose a todos los efectos como un supuesto de resolución por culpa del adjudicatario”.

Asimismo, el TRLCSP regula los supuestos de cesión de los contratos en el artículo 226.

Resultan esclarecedoras las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 21 de enero de 2015 (Recurso de Apelación 21/2015) y del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2018 (Recurso de Casación núm. 219/2016) así como el Informe 30/01, de 13 de noviembre de 2001, de la Junta Consultiva de Contratación

Administrativa del Estado pues analizan las diferencias entre la sucesión del contratista y la cesión de contrato.

Por otra parte, respecto a la solvencia, hemos de indicar que las directivas en materia de contratación no exigen que el contratista sea capaz de realizar directamente la prestación pactada con sus propios recursos. En este sentido se pronuncian las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, STJUE) de 14 de abril de 1994 *Ballast Nedam Groep NV contra Belgische Staat* (Asunto C-389/1992) y de 2 de diciembre de 1999 *Holst Italia SpA* (Asunto C-176/1998).

Por ello, un operador económico que forme parte de un grupo empresarial puede utilizar la capacidad económica, financiera o técnica de otras sociedades del grupo para acreditar la solvencia suficiente (STJUE de 10 de octubre de 2013 *SWM Costruzioni 2SpA y Mannocchi Luigino DI contra Provincia di Fermo* (Asunto C-94/12)).

Asimismo, la STJUE de 2 de junio de 2016 *Pippo Pizzo* (Asunto C-27/15) declara que los operadores económicos pueden valerse de las capacidades de una o varias entidades terceras para satisfacer los requisitos mínimos.

Por lo que respecta a las causas de nulidad, el artículo 32 del TRLCSP enumera entre las causas de nulidad de derecho administrativo:

“b) La falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional, debidamente acreditada, del adjudicatario, o el estar éste incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el artículo 60”.

En este sentido, el artículo 54 del TRLCSP -“condiciones de aptitud”- establece:

“1. Sólo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incurso en una prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas.

2. Los empresarios deberán contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato”.

Precepto que complementa al artículo 57.1 del TRLCSP al determinar que: *“Las personas jurídicas sólo podrán ser adjudicatarias de contratos cuyas prestaciones estén comprendidas dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad que, a tenor de sus estatutos o reglas fundacionales, les sean propios”.*

Ambos preceptos, aparecen reproducidos en la cláusula 6 del PCAP del acuerdo marco.

El Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en su Resolución nº 81/2012, de 1 de agosto señaló:

“Como ya hemos señalado en anteriores resoluciones como la Resolución 49/2012, de 9 de mayo, o 29/2011, de 29 de junio, para apreciar la existencia de capacidad de obrar en relación con el objeto del contrato de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57 del TRLCSP, “Las personas jurídicas solo podrán ser adjudicatarias de contratos cuyas prestaciones estén comprendidas dentro de los

finés, objeto o ámbito de actividad que, a tenor de sus estatutos o reglas fundacionales le sean propios” debe existir una coincidencia siquiera de forma parcial entre el objeto social de la empresa con el contenido de cualquiera de las prestaciones del contrato. De manera que es a las prestaciones, que no a la descripción o denominación del contrato, que puede ser más o menos afortunada, a las que hay que atender para verificar la indicada coincidencia.

La literalidad del precepto no ofrece dudas en cuanto a su interpretación, de acuerdo con el aforismo in claris non fit interpretatio, como por otra parte viene siendo admitido pacíficamente por la doctrina, y los operadores jurídicos en el ámbito de la contratación administrativa. (vid Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 51/1995, de 7 de marzo de 1996; 4/1999, de 17 de marzo; 54/1996, de 18 de octubre o 20/2000, de 6 de julio), que puede resumirse señalando que la capacidad de obrar en el caso de las personas jurídicas necesariamente se debe definir por su objeto, pues es indudable que solo pueden realizar, y por tanto solo tienen capacidad de obrar, para actividades comprendidas en el mismo”.

Es el artículo 72.1 del TRLCSP el que determina que “la capacidad de obrar de los empresarios que fueren personas jurídicas se acreditará mediante la escritura o documento de constitución, los estatutos o el acto fundacional, en los que consten las normas por las que se regula su actividad, debidamente inscritos, en su caso, en el Registro público que corresponda, según el tipo de persona jurídica de que se trate” (precepto reproducido en la cláusula 12 del PCAP).

Efectivamente, cuando TENORIO GOMEZ, S.A. licitó en octubre de 2017 ya se había consumado la venta de las participaciones sociales de TEGOSA MEDICA S.L. a TEXPOL mediante escritura pública otorgada el 29 de junio de 2017 pues se consideró cumplida la condición

suspensiva aunque no hubieran culminado todas las actuaciones que en la misma se preveían, entre otras, la cesión de licencias sanitarias, en las que TENORIO GÓMEZ se obligaba a mantener la condición de fabricante de la totalidad de productos integrantes del Negocio de Gasa, hasta la concesión de las licencias en favor de TEGOSA MEDICA (cláusula 4.7.2 (f) y (g)).

La Mesa de contratación se reunió para calificar la documentación administrativa el 24 de octubre de 2017 y el acuerdo marco se adjudicó por Resolución de 17 de enero de 2018. TENORIO GOMEZ 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).

El 1 de febrero de 2018 TENORIO GOMEZ, S.A. solicitó al SERMAS la subrogación de TEGOSA MEDICA en su posición jurídica pues 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 sanitarias pasaban a ser desarrolladas exclusivamente por la empresa TEGOSA MEDICA, S.L”*.

El 19 de febrero de 2018 se formalizó el contrato entre la Consejería de Sanidad y TENORIO GOMEZ, S.A., lo que determinó su perfección (cláusula 18 del PCAP y artículo 27 del TRLCSP).

De la documentación que figura en el expediente se observa que la licencia previa de funcionamiento se concedió a TEGOSA MEDICA el 6 de noviembre de 2017, los certificados CE para la fabricación de determinados productos sanitarios, el 23 de enero de 2018 y la regularización de productos y marcas de productos sanitarios mediante el procedimiento previsto en el R.D. 1591/2009, el 16 de febrero de 2018; la regularización de la comercialización de productos clase I estéril mediante el procedimiento de inscripción en el registro de responsables de la comercialización de productos sanitarios de 19 de

febrero de 2018.

Observamos que en las escrituras de compraventa de 2017 se reflejaba el objeto social de TENORIO GOMEZ: *“Manifiesta que el objeto de la sociedad comprende, la fabricación y venta de productos farmacéuticos, veterinarios e higiénicos, productos dietéticos para niños y enfermos, emplastos, material para vendajes, materias para empastar dientes y para estampación de dentaduras, desinfectantes, preparaciones para destruir las malas hierbas y animales dañinos”*.

En el expediente remitido no consta la documentación que TENORIO GOMEZ presentó a la licitación, es decir, los estatutos en los que venía reflejado su objeto social, formalizados en escritura pública inscrita en el Registro Mercantil.

Durante el procedimiento de contratación, TENORIO GOMEZ tuvo que presentar una escritura pública en la que constaran sus estatutos, inscrita en el Registro Mercantil y tanto la Mesa de contratación como el órgano de contratación consideraron que tenía capacidad para contratar, derivada del objeto social que constara en sus estatutos. No consta entre la documentación remitida una escritura inscrita en el Registro Mercantil en la que se haya modificado el objeto social de TENORIO GOMEZ, S.A. con posterioridad a que terminara el plazo de presentación de ofertas por lo que no puede considerarse que tuviera en el momento de la adjudicación un objeto distinto al que poseyera cuando concurrió a la licitación. No puede afirmarse, pues, que en el momento de la adjudicación careciera de capacidad de obrar y, por el mismo motivo, tampoco el día de la firma del contrato.

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

CONCLUSIÓN

No procede la revisión de oficio del contrato a que se refiere la consulta.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá, 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 13 de diciembre de 2018

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 547/18

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid