

VOTO PARTICULAR que presentan los consejeros Don Antonio Diéguez Seguí, y Doña Maria Ballester Cardell al Dictamen 79/2024, dimanante del expediente 59/2024 sobre revisión de oficio para declarar la nulidad del contrato de emergencia SSCC EM 226/2020 de suministro de material COVID-19: mascarillas FFP2, adjudicado por el Servicio de Salud de las Illes Balears a la empresa “Soluciones de Gestión y Apoyo a Empresas S.L.”.

Con el máximo respeto al criterio del resto de miembros del Consejo Consultivo que aprueban el Dictamen 79/2024, y al amparo del artículo 22 de la Ley 5/2010, de 16 de junio, y del artículo 24 del Reglamento orgánico de esta institución, nos vemos obligados a formular el presente voto particular.

Nuestra disconformidad se sustenta, dicho en extrema síntesis y como desarrollaremos a continuación, en que el Dictamen del que discrepamos no se plantea la nulidad del contrato de suministro, sino que emite informe favorable a la nulidad del contrato de suministro para la adquisición de determinado material, de fecha 26 de abril de 2020; sino que informa favorablemente la nulidad de la resolución del director general del Servicio de Salud de fecha 4 de mayo de 2020, por la que se declara la emergencia y la tramitación, por el procedimiento de emergencia. Dicho error de planteamiento trae causa de la deficiente tramitación del expediente administrativo por parte del Servicio de Salud, al no identificar de forma adecuada en derecho el acto administrativo cuya nulidad pretendía.

Nuestro voto particular se fundamenta particular en las siguientes consideraciones:

a. El acto objeto de revisión

En la propuesta de resolución de la directora de Coordinación Administrativa del Servicio de Salud de 26 de junio de 2024, se solicita que se emita dictamen referente a:

Declarar la nulidad del contrato de emergencia SCC EM 226/20 adjudicado a Soluciones de Gestión y Apoyo a Empresas, SL, con NIF B-50760123, atendiendo a la falta de capacidad de la empresa para contratar el suministro objeto de dicho contrato, a la vista de que su objeto social no amparaba dicho suministro en el momento de adjudicación del mismo y a la falta de solvencia técnica adecuada para llevarlo a cabo.

La propuesta de resolución, aunque lo denomina como contrato de emergencia, SSCC EM 226/20 no identifica con exactitud el acto administrativo obrante en el expediente para cuya nulidad se solicita informe favorable. No podemos confundir la denominación administrativa de un expediente con el concreto acto administrativo que se pretende anular, que se identifica especialmente por su fecha y autor.

En el Dictamen se suple la omisión del expediente concretando la identificación del acto objeto de revisión del siguiente modo:

Acto objeto de revisión. El 4 de mayo de 2020 el Director General del Servicio de Salud de las Illes Balears dicta, como órgano de contratación, una resolución por la que declara— al amparo de lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto Ley 4/2020, en el Acuerdo de Consejo de Gobierno de 18 de marzo de 2020, y en el artículo 120 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público— la emergencia y la tramitación, por el procedimiento de emergencia, de la compra de material de protección individual a la empresa “Soluciones de Gestión y Apoyo, S.L.”, entre otras que relaciona. En particular, en el apartado 5º de su resolución...

Según la opinión de la mayoría, las causas que vician de nulidad del citado acto administrativo son las siguientes, tal como se recoge en la conclusión tercera del Dictamen:

...por incurrir en la causa de nulidad prevista en el art. 39.2a de la LCSP, atendiendo a la falta de capacidad de la empresa para contratar el suministro objeto de dicho contrato y a la falta de solvencia técnica adecuada para llevarlo a cabo, de conformidad con lo expuesto en la consideración jurídica cuarta.

Es decir, en el expediente que se tramita no es objeto del procedimiento ninguna acción de incumplimiento relativa al objeto del contrato ni se muestra ninguna disconformidad con respecto a la calidad y circunstancias del género suministrado. Ello es coherente con el hecho de que el Servicio de Salud decidió desistir de una reclamación por incumplimiento culpable de la contratista, y así se recoge en el Dictamen:

Como antecedentes se incorporan también las actuaciones relativas a un procedimiento de resolución parcial del contrato de emergencia SSCC EM 226/2020 incoado, mediante Resolución de 24 de agosto de 2023 del director general del Servicio de Salud de las Illes Balears, por incumplimiento culpable de la contratista y al que se le reclama: “[...] Según lo dispuesto en el art 213 de la LCSP y debido al tiempo transcurrido se solicita que, por parte de la empresa contratista, se indemnice al órgano de contratación por valor de 2.626.584,40 €, correspondiente a la diferencia de precio entre las mascarillas KN95/FFP2 solicitadas y las mascarillas quirúrgicas entregadas por la contratista.”

Este procedimiento —que tampoco es objeto de esta consulta— finaliza mediante una Resolución de desistimiento, de 21 de marzo de 2024, del mismo órgano de contratación.

Por tanto, por decisión expresa del Servicio Salud, habiendo desistido expresamente de reclamar por incumplimiento, por medio del actual expediente se opta por tramitar un procedimiento para proceder a la declaración de nulidad del contrato para la adquisición de los productos sanitarios de referencia.

Los firmantes del presente voto particular consideramos que en este punto en el Dictamen se incurre en un *lapsus calami*, consecuencia de la indeterminación de la propuesta de resolución a informar, pues pretende considerar que la resolución de 4 de mayo de 2020 del director general del Servicio de Salud de las Illes Balears por la que declara la tramitación, por el procedimiento de emergencia, de la compra de material de protección individual a la empresa “Soluciones de Gestión y Apoyo, S.L.”, es el contrato de compraventa del material cuando, claramente, a nuestro juicio eso no es así. En el Dictamen se dice:

No existe duda de que **el acto administrativo viciado de nulidad** es la resolución del director general del Servicio de Salud de fecha 4 de mayo de 2020, **por la que se declara la emergencia** y la tramitación, por el procedimiento de emergencia de la compra de material de protección sanitaria.

El contenido del apartado 5º de dicha resolución de 4 de mayo de 2020 del director general del Servicio de Salud de las Illes Balears, cuya nulidad se pretende, es el siguiente:

Resolució

S'acorda l'emergència i la tramitació pel procediment d'emergència la compra de material de protecció individual a

- Soluciones de gestión y apoyo a empresas SL

No se precisa más que una mera lectura para comprobar que en dicha resolución no se contrata nada y que se limita a constatar que es correcta la tramitación del procedimiento de emergencia, *in claris non fit interpretatio*. Ni siquiera se indica si está bien o mal tramitada la compraventa, solamente que dicha compraventa se debe sujetar a las normas de contratación de emergencia (art. 120 LCSP).

La regularidad de dicho acto solo puede estudiarse en los límites legales en los que se decide, respondiendo a la pregunta de si era adecuado en derecho o no la tramitación por el

procedimiento de emergencia. Paradójicamente, el Dictamen aprobado por la mayoría sostiene que fue correcta dicha resolución administrativa acordando la tramitación de emergencia:

En el caso sometido a dictamen, consideramos que **se halla acreditado en el expediente** —en el informe del subdirector de la unidad de Compras y Logística del Servicio de Salud de 4 de mayo de 2020, justificativo de **la necesidad de la declaración de la tramitación de emergencia**, y en el que se fundamenta la Resolución que ahora se revisa— que fueron los condicionantes impuestos por la pandemia los que motivaron el recurso a la tramitación de emergencia en la compra de material sanitario a la mercantil. En consecuencia, consideramos que era ajustado a derecho el recurso al procedimiento de emergencia regulado en el artículo 120 LCSP, si bien sujeto al cumplimiento de los límites expuestos en la doctrina y jurisprudencia.¹

Por consiguiente, consideramos que el punto de partida del Dictamen aprobado por la mayoría, sobre el acto objeto de revisión, adolece de una incongruencia manifiesta, dado que:

- a) El acto administrativo para el que se emite informe favorable acerca de su nulidad no tiene contenido contractual.
- b) Dicho acto se limita a declarar correcto el uso de los trámites de contratación de emergencia.
- c) Esta misma decisión es calificada como correcta por el propio Dictamen.

Pero nos encontramos con una paradoja en cuanto que el Dictamen es favorable a la nulidad del citado acto después de calificarlo como ajustado a derecho. Y eso se produce así porque se califica como contrato de compraventa un acto administrativo que no es más que una resolución procedimental ajustada a derecho, según propias palabras de la mayoría. Y al derecho, le repele la paradoja.

b. El contrato de suministro de material COVID-19

Como cuestión previa, debe indicarse que, según lo dispuesto en el art. 16 de la LCSP, nos encontramos ante un contrato denominado por dicha ley como de suministro:

Son contratos de suministro los que tienen por objeto **la adquisición**, el arrendamiento financiero, o el arrendamiento, con o sin opción de compra, de productos o bienes muebles.

Bajo la denominación genérica de contrato de suministro se integra la compra de productos o bienes muebles, como es el presente caso. Por lo que en este voto particular nos referiremos al mismo, indistintamente, como contrato de compra o contrato de suministro.

Si la intención del Servicio de Salud es declarar la nulidad del contrato de compraventa, debería de haber identificado correctamente el acto a anular, que no puede ser otro sino el propio contrato de compraventa, especificando el acto administrativo que la contiene. En este punto, observamos una nueva incoherencia que debería ser advertida por este órgano asesor, en el ejercicio de la función consultiva.

Ciertamente, el Dictamen reconoce y explica que, aplicando el art. 120 LCSP, la contratación en casos de emergencia puede ser verbal:

Asimismo, sobre la cuestión relativa a los requisitos aplicables en la tramitación por emergencia, debemos recordar aquí que el artículo 120.1 LCSP antes transcrito exonera del cumplimiento de una serie de requisitos de

¹ Los énfasis que aparecen en todas las citas del presente voto particular son nuestras y no del documento original

carácter formal en la tramitación por emergencia —como es la tramitación de un expediente de contratación— al permitir en su apartado a) al órgano de contratación: “[...] contratar libremente su objeto, en todo o en parte, sin sujetarse a los requisitos formales establecidos en la presente Ley, incluso el de la existencia de crédito suficiente. [...]”. Por su parte, **el artículo 37 de la LCSP reconoce también la posibilidad de que la contratación por emergencia tenga carácter verbal, lo que no excluye que posteriormente pueda dar lugar a una formalización** por escrito (como advierte la JCE en la Nota interpretativa anteriormente referida).

Así fue en el presente caso. Se produce una contratación verbal que, posteriormente, se somete a los procesos de formalización oportunos, como lo son la resolución de 4 de mayo de 2020, reconociendo que corresponde la tramitación de emergencia, o la dación de cuenta al Consejo de Gobierno.

Para saber cuándo y cómo se produce la perfección del contrato de compraventa verbal hemos de acudir al Código Civil, de subsidiaria aplicación en la descripción de la naturaleza de los contratos y de sus requisitos sustanciales. El art. 1.450 del Código Civil dispone:

Artículo 1450.

La venta se perfeccionará entre comprador y vendedor, y será obligatoria para ambos, si hubieren convenido en la cosa objeto del contrato y en el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado.

El acuerdo entre vendedor y comprador se produce cuando la oferta de 25 de abril de 2020, con el precio de la misma facilitado el 26 de abril siguiente, es aceptada por el Servicio de Salud. En ese instante se perfecciona el contrato y la transacción se consuma, previa comprobación aduanera de la mercancía por parte de Lantimar, con la entrega del producto el 27 de abril, firmándose el acta de recepción del mismo.

Nuestra tesis sobre el momento de perfección del contrato coincide con la que mantiene el Pleno del Tribunal de Cuentas que, en su sesión de 27 de enero de 2022, aprueba el Informe de fiscalización de los contratos de emergencia celebrados en 2020 para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, en el ámbito de autoridades administrativas independientes, otras entidades públicas y fundaciones estatales. En el citado Informe se establece la siguiente consideración:

II.2.2.2. PREPARACIÓN Y ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS

2.18. En el contrato 2020C360000012, de suministro de ordenadores, consta que tres sucesivas ofertas formuladas por el adjudicatario fueron encargadas por el Director del Departamento de Sistemas de Información de la Entidad, con la previa autorización del Director General de Servicios.

Efectivamente, resulta acreditado en el expediente de contratación que en dicho contrato tuvieron lugar suministros sucesivos, y que las ofertas respectivas identificables como 109-1035479, por importe de 163 miles de euros, 109-1036318, por importe de 228 miles de euros, y 109-1036323, por importe de 269 miles de euros, **fueron aceptadas por el mencionado Director General, dando lugar con ello a la perfección del contrato.**

Informar favorablemente la nulidad del contrato de compraventa exigía previamente identificar con exactitud ese contrato verbal, ya que la fecha puede ser de extrema relevancia a los efectos de verificar la normativa aplicable. Téngase en cuenta que en el Dictamen de la mayoría se da especial relevancia a la Resolución ministerial de 23 de abril de 2020, publicada en el BOE el 25 de abril de 2020, que es el mismo día en que se envía un correo electrónico por la contratista con el detalle de la mercancía ofrecida y que, según se dice en el acta de recepción de 27 de abril de 2020, el pedido se ha formalizado el 26 de abril de 2020. La fecha del contrato determinará la normativa aplicable al mismo.

La propuesta de resolución de la directora del Coordinación Administrativa del Servicio de Salud, de 26 de junio de 2024, adolece del sustancial defecto de no identificar el momento en que se produce la perfección del contrato, pues ese acto administrativo es el que debería ser objeto del procedimiento de revisión por causa de nulidad.

Ese *lapsus calami* nos aboca a un expediente de revisión de actos nulos con un resultado inútil para la finalidad pretendida, ya que el Dictamen de mayoría pretende salvar la indeterminación del acto administrativo a declarar nulo, indicando que el acto objeto del expediente de revisión de actos nulos es la Resolución de 4 de mayo de 2020, que establece que el procedimiento de emergencia es el ajustado a derecho para tramitar el contrato de 26 de abril de 2020. Y, como ya hemos expuesto, el propio Dictamen considera correcta esa decisión procedimental.

El hecho de que la declaración formal de contrato de emergencia se produzca unos días después del acuerdo de compraventa no es ningún obstáculo a la validez del contrato celebrado con anterioridad, ya que, como se expone en el informe del Tribunal de Cuentas citado en el propio Dictamen, se reconoce la posibilidad de que posteriormente a la contratación se cumplimenten los requisitos formales pertinentes.

A mayor abundamiento, no podemos olvidar que la tramitación de emergencia le correspondía al contrato *ex lege*, por cuanto la declaración del estado de alarma, mediante el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, se complementó con una serie de previsiones, entre ellas, la del artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19. El citado precepto, —actualmente derogado— establecía:

1. La adopción de cualquier tipo de medida directa o indirecta por parte de las entidades del sector público para hacer frente al COVID-19 justificará la necesidad de actuar de manera inmediata, siendo de aplicación el artículo 120 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.
2. De acuerdo con la previsión establecida en el párrafo anterior, **a todos los contratos** que hayan de celebrarse por las entidades del sector público **para atender las necesidades derivadas de la protección de las personas** y otras medidas adoptadas por el Consejo de Ministros para hacer frente al COVID-19, **les resultará de aplicación la tramitación de emergencia.** (...)"

Si el material se adquirió, como es obvio, para atender necesidades de protección de las personas, en este caso de personal sanitario, la norma citada establece *per se* la tramitación de emergencia, sin que dicha ley exija ningún otro requisito sustancial. La resolución de 4 de mayo de 2020, cuya nulidad se pretende, simplemente reconoce aquello a lo que la norma le obliga: que dicho contrato se tramite de emergencia.

Por tanto, a juicio de los firmantes del presente voto particular, la conclusión del Dictamen debería haber sido que la resolución de 4 de mayo de 2020 del Director General del Servicio de Salud de las Illes Balears por la que declara la tramitación, por el procedimiento de emergencia, de la compra de material de protección individual a la empresa “Soluciones de Gestión y Apoyo, S.L.”, es ajustada a derecho, en cuanto simplemente declara adecuada la tramitación de emergencia, y no contiene ningún contrato de compra.

Naturalmente, todo ello sin perjuicio de que el servicio de Salud considere iniciar expediente de revisión de actos nulos identificando correctamente el contrato verbal de compra de material sanitario celebrado el 26 de abril de 2020, por los motivos que estime oportunos.

Aquí podría terminar nuestro voto particular, pues, señalado el defecto sustancial del expediente administrativo —emitir informe favorable a la nulidad de una declaración de emergencia que se califica como correcta—, el debate termina. No obstante, atendida argumentación contenida en el Dictamen, con la que también respetuosamente discrepamos, expondremos nuestra posición al respecto.

c. La capacidad de obrar de la empresa vendedora

Tal y como se recoge en el Dictamen:

consta la escritura de elevación a público de acuerdos sociales otorgada ante notario el 27 de enero de 2017 amparaba el suministro objeto del contrato al figurar la actividad relativa a: (“[...] la intermediación en (...) el desarrollo de proyectos médicos y hospitalarios; (...) comercialización y venta de materiales y bienes de equipos relacionados con las actividades anteriormente descritas”), que señala que permaneció inalterada dentro del objeto social de la empresa tras su modificación posterior (mediante escritura de 21 de abril del 2017, que también aporta).

El propio Dictamen reconoce que el objeto social de la empresa vendedora “amparaba el suministro objeto del contrato”. Con lo cual supone una incongruencia mantener que se carece de capacidad de obrar “al no ser la actividad de su objeto social adecuada para llevar a cabo el objeto del contrato” (tal como puede leerse en la consideración jurídica cuarta, b) 1 del Dictamen).

Si el producto está comprendido en el objeto social, no puede sostenerse que se carece de capacidad de obrar porque el producto comprendido en el objeto social no está comprendido en el objeto social, evidente *contradictio in terminis*.

Cuestión distinta es si la mercancía es o no deficiente; o si, para ser importado el producto concreto, se precisa de alguna autorización. Pero, como se ha visto, se desiste en su momento de reclamar las deficiencias. Y, como se verá, la posible necesidad de autorización temporal para la importación de un producto determinado no afecta a la capacidad de obrar sino a las características del producto vendido.

Respecto a posibles deficiencias del producto, en efecto, consta en el expediente que el Servicio de Salud desistió de su reclamación de resolución contractual parcial por incumplimiento contra la empresa suministradora, lo que supone un acto propio de relevancia al efecto, difícil de entender a la vista del debate público, de relevancia notoria, acerca de las características del producto.

En un esfuerzo, hasta cierto punto enmarañado, para justificar la falta de capacidad de obrar de la empresa para realizar el objeto del contrato, el Dictamen aprobado por la mayoría acepta, sin ningún tipo de comprobación, una serie de interpretaciones de la administración consultante sobre la aplicación al caso en cuestión de una serie de limitaciones y condicionamientos que consideramos no aplicables al asunto analizado. Creemos que, en el ejercicio de la función consultiva, este órgano asesor debería de haber analizado de forma más detallada si en el supuesto examinado resulta de aplicación la Resolución sobre autorizaciones temporales, en el sentido pretendido por el Servicio de Salud. Quienes suscriben este voto particular entienden que, a partir de un análisis de la resolución invocada, esta resulta inaplicable en el sentido asumido por la administración consultante.

En primer lugar, se recoge en el Dictamen una consideración del informe jurídico del Servicio de Salud, que resulta bastante confusa, sobre la exigencia de autorización previa o licencia para la fabricación de mascarillas quirúrgicas, cuando es evidente que en asunto tratado no se discute la “fabricación” sino la importación de las mascarillas, resultando la fabricación y etiquetaje de las mismas ajena al importador.

Además, entendemos que resulta igualmente errada la argumentación, asumida por parte de la mayoría de forma acrítica, sobre la presunta necesidad de autorización temporal para la importación de los productos adquiridos por el Servicio de Salud. En concreto, el Dictamen de la mayoría entiende que para comercializar los productos en cuestión se exigía el otorgamiento de una autorización temporal, a consecuencia de lo dispuesto en una resolución del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo para garantizar la disponibilidad de equipos de protección individual (EPI) y de productos sanitarios para una protección adecuada ante el COVID-19, de 23 de abril de 2020 publicada en el BOE el día anterior al contrato (25 de abril). Todo ello a partir de un informe técnico, de marzo de 2024, emitido por el jefe de Sección IV y el jefe del Servicio de la Dirección General de Industria del Gobierno balear en el que se analiza la viabilidad del material suministrado a la luz de la normativa vigente en el momento de la contratación que creemos que se utiliza de forma sesgada. Pues el apartado del informe sobre la autorización del material adquirido concluye que “en el cas de compres públiques per al personal sanitari, aquestes no necessitaven autorització temporal si l’ús d’aquestes era exclusivament per al personal sanitari.” De hecho, en el mismo informe también se especifica que:

La Resolució de 23 d’abril de 2020, que deixà sense eficàcia l’anterior resolució, **condicionava la comercialització, a canals de distribució al públic**, de les mascaretes KN95 de la Xina a l’autorització temporal per part de les autoritats de vigilància de mercat de les comunitats autònomes.

En cualquier caso, la exigencia de una autorización temporal para la importación de un producto no afecta a la capacidad de obrar de la empresa importadora, sino a la entrega correcta del producto sin defectos. Puesto que un producto puede ser defectuoso no solo por sus circunstancias físicas, sino también por no disponer de la documentación conforme a la normativa aplicable al mismo. Dicho de otro modo, la reclamación contra la empresa suministradora debería ser por saneamiento, pero no por la presunta falta de capacidad de la empresa para ejecutar actos de comercio sobre el producto.

La tesis de que la ausencia de una autorización temporal para comercializar un determinado producto afecta a la capacidad de obrar de la empresa, equivaldría a sostener que cuando una empresa cuyo objeto social es la tarea de construcción, encargada de la demolición de un edificio que contiene un tejado con amianto, procede a la demolición y retirada de escombros sin los trámites adecuados para el tratamiento de dicho residuo actúa fuera de su objeto social y que, por ello, se debe anular el contrato. A la empresa constructora se le podrán efectuar múltiples reproches, pero no haber actuado fuera de su objeto social.

Pero incluso aceptando la innovadora tesis en derecho patrio de que, si un producto incluido en el objeto social de una empresa tiene algún defecto, la empresa pierde la capacidad de obrar, analizaremos brevemente lo que dispone la Resolución ministerial sobre las autorizaciones temporales, para comprobar cómo es inaplicable en el sentido pretendido.

La Resolución ministerial de 23 de abril de 2020 no exige autorizaciones temporales para el producto objeto del contrato:

- a) La Resolución de 23 de abril de 2020, se limitaba a condicionar la comercialización de determinado material sanitario a canales de distribución al público: “no podrán entrar en canales de distribución al público”, admitiendo que sin autorización “podrán ser

suministradas al personal sanitario”². Queda claro que, en ningún caso, le es de aplicación al material sanitario la necesidad de ninguna autorización, ya que el producto se adquirió para su uso para profesionales sanitarios y no para su comercialización por canales de distribución al público. Así consta en la Resolución de 4 de mayo de 2020 cuya nulidad se pretende:

Tot l'indicat es contracta per mitjà del procediment de tramitació d'emergència el subministrament de material sanitari i de protecció individual per atendre les necessitats dels professionals sanitaris i d'entitats socials o privades diverses que no poden prestar assistència sanitària sense aquest material perquè es tracta d'un virus molt contagiós que no permet tractar els pacients si no es duen posats aquests equips de protecció individual així com el seu transport fins a Balears.

b) Por otra parte, y aunque según lo anterior devenga irrelevante, no compartimos el informe técnico referido, y asumido por el Dictamen, según el cual la autoridad de vigilancia del mercado de Aragón era la única que podía autorizar la comercialización de dicho producto sanitario, al ser la autoridad de mercado del domicilio social de la empresa suministradora. En el supuesto en el que nos encontramos, la previsión contenida en la resolución en cuestión no se refiere a una autorización a la empresa para ejercer una actividad, sino al producto concreto para que pueda ser comercializado.

Es ilógico sostener que quien tiene que autorizar la comercialización de un producto sanitario en Illes Balears tiene que ser la autoridad de mercado del lugar del domicilio social del comercializador, y no la del lugar de consumo del producto.

Quien tiene que autorizar la comercialización del material, en su caso, es la autoridad competente en la Comunidad Autónoma donde se va a consumir el producto, porque las normas aplicables a las condiciones del mismo son las del lugar de su consumo. Obsérvese el absurdo al que nos conduciría la interpretación que se hace en el Dictamen si aplicamos el mismo criterio a otros contratos en los que también se acuerda que sigan el trámite de emergencia en la misma resolución de 4 de mayo de 2020, cuya nulidad se pretende, a través de los cuales se efectúan compras de material sanitario a Asia Manufacturer Supply Limited, Hardrodt Shanghai Solutions Co Ltd, o Rayan Holdings. Según la interpretación de la que discrepamos, en estos casos correspondería a las autoridades de mercado chinas la decisión de comercialización. Por ello se clarifica en la Resolución ministerial que corresponde a un organismo español conceder la autorización.

Si existen limitaciones en Illes Balears para la comercialización de un producto con la finalidad de proteger a los consumidores de dicho territorio y la autorización temporal para su comercialización corresponde a una autoridad de consumo, esa autoridad debe de ser tal en Illes Balears, no en otro territorio.

c) La Resolución ministerial de 23 de abril de 2020 dispone:

Las autorizaciones temporales **se concederán** por las autoridades de vigilancia de mercado, **incluidas las que realizan su función en el ámbito aduanero**. Para ello, dicha autoridad evaluará que el producto cumple las especificaciones que se incluyen en el anexo de la presente resolución

² El texto de la Resolución limita la necesidad de autorización como reconoce el servicio de Salud a productos sanitarios que se pretendieran comercializar: "...condicionava la comercialització, a canals de distribució al públic, de les mascaretes KN95 de la Xina a l'autorització temporal..."

En la resolución 4 de mayo de 2020 el director general del Servicio de Salud de las Illes Balears encomienda la gestión de aduanas a Lantimar, que después de efectuar una detallada inspección de la mercancía recibida en el que consta que cumplen las especificaciones que se incluyen en el anexo de la resolución, firmó el acta de conformidad de la misma.

d) Por último, tampoco podemos obviar que la Resolución ministerial de 23 de abril de 2020 consideraba que las mascarillas en cuestión daban un nivel adecuado de protección:

Las especificaciones técnicas distintas de las normas armonizadas y que, dada la situación excepcional, **se considera que ofrecen un nivel adecuado** de protección conforme a los requisitos esenciales de salud y seguridad establecidos en el reglamento UE 2016/425, al objeto de obtener el marcado CE, **son las establecidas en el anexo de esta resolución.**

Adicionalmente, **podrán ser válidas otras especificaciones que un organismo notificado español considera adecuadas**, en base a su experiencia y conocimiento técnico, para ofrecer un nivel aceptable de protección conforme a los requisitos esenciales de salud y seguridad establecidos en el reglamento UE 2016/425.

La simple lectura de la Resolución evidencia que el material sanitario que figura en el anexo de la misma se considera que tiene un nivel adecuado de protección según las exigencias para el mercado CE. Y añade que, adicionalmente, otras especificaciones podrán ser válidas si un organismo español las considera adecuadas.

La Dirección General de Industria del Govern en su informe técnico sobre el análisis de la viabilidad de las mascarillas suministradas, que consta en el Dictamen, especifica la norma aplicable a las mascarillas:

En el primer escenari, les mascaretes disposaven dels assajos de la norma **GB2626:2006...**

En el anexo de la Resolución de 23 de abril de 2020, figura la siguiente tabla de equivalencias:

- Tabla de equivalencias para mascarillas FFP2:

Norma	Clasificación
EN 149:2001	FFP2
NIOSH-42CFR84	N95, R95, P95
GB2626-2006	KN95
AS/NZ 1716:2012	P2
KMOEL - 2017-64	Korea 1st Class
Japan JMHLW - Notification 214, 2018	DS

La norma GB2626:2006 tenía reconocida la equivalencia con KN95 por la propia resolución. Hemos de entender que en relación con ese material no era precisa una autorización expresa, por cuanto la propia norma lo validaba.

Por todo lo expuesto, podemos concluir que, sin ninguna duda, no sólo el objeto social de la empresa vendedora “amparaba el suministro objeto del contrato”, tal y como reconoce el Dictamen; sino que, además, según lo dispuesto en la Resolución de la Secretaría General de Industria y de la Pequeña y Mediana Empresa de 23 de abril de 2020, no era precisa ninguna autorización, al ser solamente exigible la autorización temporal para la comercialización de material sanitario destinado a los “canales habituales de distribución al público” y no al destinado a “personal sanitario”.

d. La solvencia técnica de la empresa vendedora

Tal y como se recoge en el Dictamen, el art. 89 de la LCSP exige que:

1. En los contratos de **suministro** la solvencia técnica de los empresarios deberá acreditarse por uno o varios de los siguientes medios, **a elección del órgano de contratación**: (...)

El momento en que se debe efectuar la especificación de los medios de acreditación de solvencia técnica debe ser previo a la celebración del contrato (art. 89.3 LCSP):

3. En el anuncio de licitación o invitación a participar en el procedimiento **y en los pliegos del contrato se especificarán los medios**, de entre los recogidos en este artículo, admitidos **para la acreditación de la solvencia técnica** de los empresarios que opten a la adjudicación del contrato, con indicación expresa, en su caso, de los valores mínimos exigidos para cada uno de ellos y, en su caso, de las normas o especificaciones técnicas respecto de las que se acreditará la conformidad de los productos

Es evidente que, atendidas las circunstancias del procedimiento de emergencia, la administración contratante no designó previamente al contrato los medios para la justificación de la solvencia técnica. En caso de que no se hayan especificado con anterioridad los medios admitidos para acreditar la solvencia técnica es de aplicación lo que dispone, “en su defecto”, el art. 89.3 LCSP *in fine*:

3. En el anuncio de licitación o invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato se especificarán los medios, de entre los recogidos en este artículo, admitidos para la acreditación de la solvencia técnica de los empresarios que opten a la adjudicación del contrato, con indicación expresa, en su caso, de los valores mínimos exigidos para cada uno de ellos y, en su caso, de las normas o especificaciones técnicas respecto de las que se acreditará la conformidad de los productos. **En su defecto, la acreditación de la solvencia técnica se efectuará mediante la relación de los principales suministros efectuados, en los tres últimos años, de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato, cuyo importe anual acumulado en el año de mayor ejecución sea igual o superior al 70 por ciento de la anualidad media del contrato.**

El informe jurídico del Servicio de Salud obrante en el expediente considera también como norma aplicable al asunto dicho párrafo final del art. 89.3 LCSP:

En relación a la acreditación de la solvencia técnica, y de conformidad con el apartado tres del artículo 87, al no existir pliegos, la acreditación de dicha solvencia debe hacerse mediante la relación de los suministros de los tres últimos años de igual o similar, naturaleza del objeto del contrato, cuyo importe anual acumulado sea como mínimo del 70 % de la anualidad del contrato.

Sin embargo, en el Dictamen se plantea una tesis distinta para fundamentar la ausencia de solvencia técnica:

la mercantil aportó, con su último escrito de alegaciones, una relación de contratos de suministro adjudicados en los últimos tres años (de 2018 a 2020) por diferentes administraciones y organismos públicos con carácter previo a la adjudicación del contrato de referencia (entre ellos, Puertos del Estado y ADIF). **Sin embargo, no consta que acompañase con su relación ningún certificado de conformidad.**

El llamado certificado de conformidad tiene su sentido en el caso previsto en el art. 89.1.a), es decir, cuando el órgano de contratación elige dicho medio en el anuncio de licitación o invitación a participar en el procedimiento. Pero cuando no se hace así (“en su defecto” dispone el art. 89.3 LCSP), lo que tiene que valorarse es si los principales suministros efectuados, en los tres últimos años, de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato, su importe anual acumulado en el año de mayor ejecución sea igual o superior al 70 por ciento de la anualidad media del contrato.

Por ello, consideramos que no puede valorarse la solvencia técnica aplicando lo dispuesto en el art. 89.1.a), sino el 89.3 LCSP. Y esa valoración no consta en el Dictamen.

e. La doctrina del Tribunal de Cuentas sobre la acreditación de la capacidad de obrar y de la solvencia técnica en la tramitación de emergencia

Llegados a este punto, debemos recordar que el acto sobre el que en el Dictamen se emite informe favorable para su declaración de nulidad no es el contrato verbal de compraventa sino la resolución de 4 de mayo de 2020, que acepta el trámite de emergencia. Y, según lo expuesto hasta el momento, no podemos aceptar que dicho acuerdo se vea afectado de causa de nulidad por no haberse comprobado los requisitos materiales del contratista. Nos reafirmamos en esta conclusión a partir de la interpretación que sobre esta cuestión realiza el Tribunal de Cuentas.

En efecto, el informe del Tribunal de Cuentas *ut supra* referenciado considera que dicha ausencia, en este tipo de contratos, puede ser subsanada en cada caso mediante la justificación suficiente de que la urgencia de la necesidad objeto de atención era incompatible con la comprobación de la capacidad y de la solvencia del correspondiente adjudicatario, en adecuación de la tramitación de emergencia a los principios de buena gestión:

Un número significativo de las entidades fiscalizadas no han comprobado la capacidad de los adjudicatarios para poder celebrar contratos con el sector público, sin que tampoco hayan exigido que aquellos poseyeran y acreditaran la solvencia económica, financiera y técnica necesaria para que se les adjudicara el correspondiente contrato. Debe tenerse en cuenta, por una parte, que la tramitación de emergencia dispensa de instruir el correspondiente expediente de contratación, rebajando por tanto el nivel de exigencia de la observancia de las formalidades prescritas por la ley en supuestos de tramitación alternativa, pero debe considerarse, por otra, que la capacidad y la solvencia son exigencias de derecho material cuya dispensación no está expresamente prevista por la Ley para los supuestos en que se aplique la tramitación de emergencia. En su virtud, este Tribunal de Cuentas entiende que **la aceptación por parte de la entidad correspondiente del riesgo de llegar a contratar a una persona sin capacidad jurídica o inhabilitada para contratar con el sector público, o a un empresario que no acreditase en la forma legalmente exigible la solvencia necesaria para atender los compromisos asumidos mediante el contrato, debería haber sido soportada en cada caso mediante la justificación suficiente de que la urgencia de la necesidad objeto de atención era incompatible con la comprobación de la capacidad y de la solvencia del correspondiente adjudicatario, en adecuación de la tramitación de emergencia a los principios de buena gestión** (puntos 2.6, 2.30, 2.39, 2.56, 2.65, 2.72, 2.79, 2.91 y 2.102)

La capacidad de obrar y la solvencia técnica de los contratistas con la Administración sirve, entre otras cuestiones, para garantizar el buen fin de los contratos del sector público, por ello se efectúa la siguiente recomendación por el Tribunal de Cuentas al final de su informe:

4.2. La omisión de actuaciones orientadas a **la comprobación de exigencias de derecho material, tales como la capacidad y, en especial, la compatibilidad del objeto social de los contratistas** con las prestaciones objeto del contrato, y la solvencia de estos, **sería justificable** en los supuestos en que la emergencia fuera tal que la finalidad del contrato pudiera verse comprometida si se realizaran tales comprobaciones, lo que en todo caso debería motivarse debidamente por el órgano de contratación.

El propio Tribunal de Cuentas nos indica que la tramitación de un contrato de emergencia que no haya comprobado las exigencias de derecho material sería correcta si se justifica que el efectuar tales comprobaciones hubiera comprometido la finalidad del contrato.

Nuevamente, hemos de recordar que el informe favorable a la revisión de oficio que se solicita a este Consejo Consultivo no se plantea en el Dictamen de la mayoría respecto al contrato de compra, sino en relación a la Resolución de 4 de mayo de 2020 por la que se acuerda la tramitación de emergencia. Como acabamos de ver, en estas condiciones de contratación, en ningún caso puede considerarse su nulidad por ausencia de comprobación de los requisitos materiales del contrato, ya que tal deficiencia es subsanable mediante la motivación de dicha ausencia por el órgano de contratación.

f. Sobre la nulidad del acta de recepción y conformidad de 27 de abril de 2020 y del certificado de 12 de agosto de 2020 del subdirector de Compras y Logística del ente público

El Dictamen aprobado por la mayoría sostiene que:

[...] la declaración de nulidad del acto de adjudicación del contrato extiende sus efectos e implicará la nulidad del Acta de recepción de 27 de abril de 2020 y del certificado de 12 de agosto de 2020, del subdirector de Compras y Logística del ente público, por el que dio su conformidad al suministro prestado, por cuanto se trata de dos actos administrativos que tienen carácter instrumental, vinculados y dependientes [...].

Dichos actos administrativos no han sido objeto de propuesta de declaración de nulidad en el expediente administrativo ni en la solicitud de la consulta por parte de la Administración. Sin embargo, como vemos, en el Dictamen se considera que tienen carácter instrumental y que procede también declarar su nulidad por depender de la Resolución de 4 de mayo de 2020, objeto de la revisión de oficio. Se justifica legalmente dicha decisión *extra petita* en aplicación del art. 49 de la LPAC:

Artículo 49. Límites a la extensión de la nulidad o anulabilidad de los actos.

1. La nulidad o anulabilidad de un acto no implicará la de los sucesivos en el procedimiento que sean independientes del primero.
2. La nulidad o anulabilidad en parte del acto administrativo no implicará la de las partes del mismo independientes de aquella, salvo que la parte viciada sea de tal importancia que sin ella el acto administrativo no hubiera sido dictado.

Quienes suscribimos este voto particular entendemos que el acta de recepción y conformidad de 27 de abril de 2020 no es un acto sucesivo la Resolución de 4 de mayo de 2020, sino evidentemente anterior. El acta de recepción de 27 de abril es un acto consecuencia del contrato de compraventa de 26 de abril de 2020, que nada tiene que ver con la Resolución de 4 de mayo de 2020, que se limita a reconocer la tramitación de emergencia; declaración que, recordemos una vez más, se reconoce como impecable en el Dictamen³, aunque se pretenda su nulidad por considerarla, de modo erróneo, el contrato de suministro como se denomina en el Dictamen y en el expediente administrativo.

Además, ofrece serias dudas de derecho que se pueda anular un acto administrativo en el que consta una inspección aduanera de conformidad, sin haberle dado audiencia a Lantimar, que se ve afectada por la resolución. Si el acto fuese nulo, la empresa puede verse obligada a restituir el importe percibido por sus servicios sin haber tenido oportunidad de participar en este procedimiento. Resulta ocioso recordar la constante doctrina de este Consejo Consultivo

³ Se dice en el Dictamen: “En consecuencia, **consideramos que era ajustado a derecho el recurso al procedimiento de emergencia** regulado en el artículo 120 LCSP, si bien sujeto al cumplimiento de los límites expuestos en la doctrina y jurisprudencia.”

sobre la imprescindibilidad del trámite audiencia a todas las partes interesadas en la revisión de actos nulos para evitar que la Administración les cause indefensión.

Respecto al certificado de 12 de agosto de 2020 del subdirector de Compras y Logística del ente público, considerado nulo de pleno derecho también *extra petita*, no se alcanza a entender qué relación puede tener con la capacidad de obrar y la solvencia técnica del contratista. Por lo que parece evidente que nos encontramos ante un acto sucesivo independiente de aquel cuya nulidad se pretende.

Tendría sentido pretender la nulidad de dicho certificado de conformidad del material recibido en el ámbito de una acción de saneamiento por vicios ocultos de la cosa adquirida, previa demostración pericial del error por parte del subdirector de Compras y Logística del ente público, lo que no figura en el expediente. En cambio, consta que, habiéndose iniciado el procedimiento de resolución parcial por incumplimiento, la administración desistió de reclamar por tal motivo.

En cualquier caso, pese a las consideraciones *obiter dicta* en el cuerpo del Dictamen acerca de la nulidad de tales actos administrativos, no se recoge en las conclusiones del mismo que se emita informe favorable a la declaración de nulidad de los mismos, limitándose el Dictamen en sus conclusiones a emitir informe favorable para la declaración de nulidad de la Resolución del director general del ente público de 4 de mayo de 2020. Por lo que dichas consideraciones *obiter dicta* pueden calificarse como una recomendación para el trámite de otro expediente de revisión de oficio de actos nulos.

g. La posible prejudicialidad penal alegada por la contratista

El Dictamen aprobado por la mayoría omite efectuar ninguna consideración respecto a dicha alegación. Sin embargo, consideramos que debería de haber quedado constancia de cuál es la relación jurídica de ambos procedimientos, ya que ante el Juzgado de Instrucción Dos de la Audiencia Nacional se siguen diligencias sobre el contrato de compraventa. Entendemos que debe salvarse dicha omisión por ser de relevancia.

La propuesta de resolución de 26 de junio de 2024 de la directora de la unidad de Coordinación Administrativa del ente público niega que concurra la prejudicialidad penal por cuanto sostiene que el resultado “del proceso penal podría o no añadir otra causa de nulidad”.

Ab initio podemos considerar que es razonable la propuesta de resolución, por dos motivos:

- Porque el presente procedimiento de revisión de actos nulos ni siquiera propone la nulidad del contrato de compra, como ya se ha expuesto en los antecedentes, no se emite informe favorable para anular el contrato de compraventa celebrado el 26 de abril de 2020, sino solamente la nulidad de la declaración de emergencia de dicha contratación mediante resolución de 4 de mayo de 2020.
- Porque, además, el presente procedimiento establece como posibles causas de contravención legal la ausencia de capacidad de obrar y de solvencia técnica del contratista, quedando fuera cualquier reclamación por saneamiento o defectos de

los productos entregados, no planteando siquiera ninguna actuación culposa por parte del contratista.

Por otra parte, el procedimiento penal en el que está personado el Servicio de Salud por medio de la Abogacía de la CAIB, investigará y deberá dilucidar, por exigencia de dicha jurisdicción, desde la posible existencia de comportamientos dolosos por parte del contratista, hasta las razones por las que el Servicio de Salud, teniendo informes sobre posibles deficiencias de los productos suministrados, decide dictar Resolución de desistimiento, de 21 de marzo de 2024, y no reclamar por razón de vicios o defectos de la mercancía. En dicha investigación y procedimiento penal se puede llegar a la conclusión de que existen motivos para anular el contrato por razones que no han sido objeto de este trámite y que obviamente nos exceden.

En definitiva, nada tiene que ver lo que se pueda decidir en este procedimiento de revisión de actos nulos con lo que resulte del proceso penal, en el que, como sostiene acertadamente la directora de la unidad de Coordinación Administrativa, podría declararse la existencia de causa de nulidad que con altísima probabilidad nada tendría que ver con lo que se ha tratado en este procedimiento. Por lo que no se estima procedente a juicio de los firmantes de este voto particular la suspensión por prejudicialidad penal, puesto que en este asunto no se alega, como no puede ser de otra manera, ninguna conducta dolosa.

El expediente de contratación de emergencia se tramitó por la Administración en su momento de forma impecable, tal y como ha quedado expuesto (e incluso se reconoce en el Dictamen). En un momento social al que no podemos ser ajenos, apenas un mes después de la declaración del estado de alarma a causa de pandemia, cuando la necesidad de productos de protección del personal sanitario contra el virus era extrema a nivel mundial, cuando la comercialización de tales productos se concentraba esencialmente en el mercado asiático, con una fortísima demanda e improvisados canales de comercialización, la administración contratante cumplió con los requisitos administrativos como le era posible. Y su actuación siempre se ha de valorar interpretando las normas como exige el art. 3.1 del Código civil:

1. Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y **la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas**, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.

Cuestión distinta y completamente ajena al presente Dictamen será que, ante las necesidades de servicio de las autoridades sanitarias, determinadas personas o la empresa suministradora hayan aprovechado la situación para cometer conductas tipificadas como delitos en el Código penal; o que la citada jurisdicción, en el enjuiciamiento del asunto, dicte sentencia anulando el contrato de compraventa de 26 de abril de 2020. Dicha jurisdicción penal es la única competente para decidir sobre la nulidad del contrato como consecuencia de actividad delictiva. Pero ello, como se ha dicho y no puede ser de otra manera, es indiferente a este procedimiento.

En Palma, a 16 de septiembre de 2024