



Roj: **STS 4518/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:4518**

Id Cendoj: **28079130042017100442**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **28/11/2017**

Nº de Recurso: **2428/2015**

Nº de Resolución: **1858/2017**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **PABLO MARIA LUCAS MURILLO DE LA CUEVA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 1.858/2017

Fecha de sentencia: 28/11/2017

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: **2428/2015**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 14/11/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Procedencia: Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

Transcrito por: MTP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: **2428/2015**

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 1858/2017

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, presidente

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Dª. María del Pilar Teso Gamella

D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo



D. Jose Luis Requero Ibañez

D. Rafael Toledano Cantero

En Madrid, a 28 de noviembre de 2017.

Esta Sala ha visto el recurso de casación n.º **2428/2015**, interpuesto por el Servicio Vasco de Salud, representado por el procurador don José Luis Martín Jaureguibeitia y defendido por la letrada doña Susana Rodríguez Carballeira, contra la sentencia n.º 259, dictada el 27 de mayo de 2015 por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco y recaída en el recurso n.º 489/2014, sobre los pliegos para la contratación del suministro de productos y equipos necesarios para realizar determinaciones de gasometría en las Unidades de Gestión Clínica de la Red de Diagnóstico Biológico de *Osakidetza*.

Se ha personado, como recurrida, la Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN), representada por el procurador don Francisco Velasco Muñoz-Cuéllar y asistida por el letrado don Jorge Robles González.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso n.º 489/2014, seguido en la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, el 27 de mayo de 2015 se dictó la sentencia n.º 259, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

«FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por OSAKIDETZA contra la Resolución 55/2014 de 27 de mayo del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi que estimó el recurso especial interpuesto por la Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria contra los pliegos para la contratación del "suministro de productos y equipos necesarios para realizar determinaciones de gasometría en la UNG's de la Red de Diagnóstico Biológico de *Osakidetza*; sin imposición de costas».

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia anunció recurso de casación *Osakidetza*, Servicio Vasco de Salud que la Sala de instancia tuvo por preparado por diligencia de ordenación de 26 de junio de 2015, acordando el emplazamiento a las partes y la remisión de las actuaciones a esta Sala del Tribunal Supremo.

TERCERO.- Personado el procurador don José Luis Martín Jaureguibeitia, en representación y defensa de *Osakidetza*, Servicio Vasco de Salud, formalizó el recurso anunciado, que articuló en un único motivo de casación, al amparo de lo previsto en el artículo 88.1 d) de la Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

CUARTO.- Admitido a trámite el recurso, se remitieron las actuaciones a la Sección Séptima, conforme a las reglas de reparto de asuntos. Recibidas, por diligencia de ordenación de 21 de diciembre de 2015 se dio traslado del escrito de interposición a la parte recurrida para que formalizara su oposición.

QUINTO.- Evacuando el traslado conferido, el procurador don Francisco Velasco Muñoz-Cuéllar, en representación de FENIN, se opuso al recurso por escrito de 8 de Febrero de 2016 en el que pidió a la Sala su desestimación y la confirmación de la sentencia impugnada.

SEXTO.- Debido a la reestructuración de la Sala, como consecuencia de la entrada en vigor del nuevo régimen del recurso de casación y, en aplicación de las nuevas normas de reparto vigentes a partir del día 22 de julio de 2016, aprobadas por acuerdo de la Sala de Gobierno de 14 de junio anterior (BOE núm. 163, de 7 de julio de 2016), se remitieron las actuaciones a esta Sección Cuarta.

SÉPTIMO.- Mediante providencia de 4 de septiembre de 2017 se señaló para la votación y fallo el día 14 de noviembre siguiente, en que han tenido lugar.

OCTAVO.- En la fecha acordada, 14 de noviembre de 2017, han tenido lugar la deliberación y fallo del presente recurso. Y el siguiente día 24 se pasó la sentencia a firma de los magistrados de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los términos del litigio y la sentencia de instancia



Osakidetza, Servicio Vasco de Salud, impugnó ante la Sala de Bilbao la resolución del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi 55/2014, de 27 de mayo, que estimó el recurso especial 489/2014 de la Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) contra los pliegos para la contratación del suministro de productos y equipos necesarios para realizar determinaciones de gasometría en las Unidades de Gestión Clínica de su Red de Diagnóstico Radiológico.

Ese Órgano Administrativo acogió las pretensiones de FENIN y declaró nulos los siguientes extremos de los pliegos: (i) el apartado 3 de la carátula del pliego de cláusulas administrativas particulares en cuanto estima el presupuesto base de licitación y el valor estimado de las modificaciones en base a las determinaciones a realizar; (ii) el apartado 4.2 de esa carátula que supedita los pagos parciales a las determinaciones realizadas; (iii) los apartados 28 y 30 de la misma carátula en cuanto se refieren a los precios por determinación; y (iv) los apartados 11 y 20.2 del pliego de prescripciones técnicas en cuanto se refieren a los precios a partir del número de determinaciones.

La resolución 55/2014 se pronunció de esa manera porque consideró que esas estipulaciones eran contrarias a los artículos 1256 del Código Civil y 293 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Según explica en su fundamentación, dejaban al arbitrio de una de las partes el cumplimiento del contrato y hacían depender el precio del uso que *Osakidetza* hiciera de los productos y equipos.

La sentencia ahora recurrida en casación confirmó la legalidad de la decisión del Órgano Administrativo.

Descartó antes las causas de inadmisibilidad invocadas por *Osakidetza*, en las que vio el "propósito dilatorio u obstructivo de un pronunciamiento en esta sede sobre la nulidad manifiesta (...) del Pliego". Tales excepciones consistían en que FENIN no había acreditado ante el Órgano Administrativo el acuerdo de su Junta Directiva de interponer el recurso especial y en no haber actuado en defensa de los intereses generales y comunes a las empresas y organizaciones que forman parte de esa Federación.

La primera causa de inadmisibilidad la rechazó la Sala de Bilbao porque, explica su sentencia, no cabe discutir en vía jurisdiccional unas capacidad procesal y legitimación no cuestionadas en la vía administrativa del recurso especial. Además, el requisito del artículo 45.2 de la Ley de la Jurisdicción no es aplicable al procedimiento administrativo especial regulado por el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. La segunda causa de inadmisibilidad, dice la sentencia que descansa en objeciones "infundadas, además de inadmisibles" sobre la legitimación de FENIN. Explica al respecto que el interés general que defiende esa entidad "no puede cifrarse en la suma de todos los intereses "individuales" de sus miembros sino que responde a un concepto de interés indiferenciado y común". Señala, además, que la competencia empresarial es consustancial a empresas agrupadas en asociaciones u organizaciones para la defensa de intereses comunes y que, por eso, se ha de atender a los generales de todas las integradas en ellas. En fin, apunta que *Osakidetza* confunde ambos planos y se inmiscuye en cuestiones que atañen al funcionamiento de la Federación y a las relaciones internas entre sus miembros, y que no es relevante lo que hiciera en convocatorias similares anteriores. Observa, en fin, que, tratándose de la legitimación,

«no es, desde luego un tercero, caso de la recurrente, el más indicado para hacer juicios sobre la sintonía entre la acción de la Federación y la de alguno de sus miembros, amén de que no hay incompatibilidad entre la impugnación de los pliegos de la contratación (cuestión de interés "in genere") y la participación en el procedimiento (cuestión de interés "ad personam") como no la hay entre la impugnación de un régimen prestacional, pongamos por ejemplo, y la solicitud o cobro de la prestación prevista por el acto o norma impugnado».

Ya sobre el fondo del asunto, la sentencia dice que la vulneración de la legislación de contratos apreciada por la resolución impugnada no puede salvarse mediante una interpretación conforme a la realidad social, tal como sostuvo *Osakidetza*. Por el contrario, argumenta lo siguiente:

«El régimen del contrato de suministro, en lo que hace al caso, la determinación del precio en función de "los suministros efectivamente entregados y formalmente recibidos por la Administración con arreglo a las condiciones establecidas en el contrato" (artículo 293 TRLCSP) es un régimen reglado o de Derecho necesario y, por lo tanto, no admite las variaciones o usos alternativos introducidos en los Pliegos de la contratación anulados por el acuerdo recurrido, concretamente, en los puntos 3 y 4 de la Carátula del PCAP.

Y no es sólo el quantum de esa contraprestación o derecho del contratista lo que resulta afectado por las cláusulas en cuestión, sino también el momento del nacimiento de la obligación de pago y consiguientemente, el régimen de responsabilidad de la contratante por demora o riesgos inherentes al objeto del contrato.

En efecto, el pago mensual del precio "por determinación realizada" deja a expensas de una actividad de la contratante, posterior al suministro de los productos, el cumplimiento de esa obligación, lo que no puede



aceptarse sin subvertir el régimen –no disponible– el contrato de suministros, a costa de derechos esenciales del contratista.

Las certidumbres señaladas por la recurrente sobre el número de gasometrías previstas, el funcionamiento prácticamente automático de las máquinas y la garantía de rendimientos (hasta del 99,55%) ofrecidas por los licitadores pueden atemperar, si acaso, los resultados de la estipulación sobre el pago del precio, pero no salvan las vulneraciones del régimen normativo al que nos hemos referido, tan manifiestas como invalidantes; según la resolución recurrida; según las sentencias de Tribunales Superiores de Justicia citadas por la demandada y obviadas por la recurrente y según los argumentos de aquella parte».

SEGUNDO.- El motivo de casación interpuesto por *Osakidetza*.

Osakidetza ha interpuesto un solo motivo de casación. Antes de exponerlo y defenderlo, hace unas consideraciones sobre la sostenibilidad del sistema sanitario público en el contexto de la gravísima situación de crisis económica todavía no superada y se refiere al objetivo estratégico de la Administración del País Vasco de garantizar la sostenibilidad del sistema sanitario público vasco en consonancia con los mismos objetivos del Sistema Nacional de Salud. En este marco, recuerda que gestiona unos recursos cada vez más limitados y que se propone contener el gasto sanitario a cuyo efecto, entre otras iniciativas, aprobó el Plan Director de Laboratorios cuya finalidad es optimizar y racionalizar mediante sus competencias en la gestión de compra de laboratorios clínicos y la concentración de determinadas pruebas la oferta de diagnóstico biológico. Así pretende mejorar la eficiencia y a la vez reducir la concertación externa de algunas pruebas costosas.

A continuación, explica que el pliego de prescripciones técnicas controvertido responde al propósito de centralizar una contratación de equipos y **reactivos** que antes se hacía separadamente por cada centro hospitalario. Ofrece los datos de años previos y el coste que entonces se produjo e indica que la racionalización a la que responde ese pliego quiere lograr una contención estimada del gasto anual de 305.536?, equivalente al 45,30% del precedente.

Seguidamente, resume la sentencia de instancia y, después, se refiere a la dictada por la Sala de lo Civil de este Tribunal Supremo con el n.º 333/2014, de 30 de junio (casación 2250/2012). Se pronunció en un litigio sobre el contrato de explotación de publicidad en los autobuses de la Empresa Municipal de Transportes de Valencia y le interesa porque aplicó la cláusula *rebus sic stantibus* en consideración a la actual crisis económica. A partir de ahí, con invocación del artículo 88.1 d) de la Ley de la Jurisdicción, sostiene que la sentencia de la Sala de Bilbao infringe los artículos 1256 del Código Civil y 293 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público porque el sistema de pago mensual por determinación realizada no los vulneran.

Entiende *Osakidetza* que se ha de hacer una interpretación de las normas conforme al artículo 3.1 del Código Civil, es decir, atendiendo al contexto y a la realidad social y, en especial, a su espíritu y finalidad. Aclara que no apela a la cláusula *rebus sic stantibus* pero dice que ha traído a colación la citada sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo porque los principios que tiene en cuenta son trasladables para justificar aquí una reinterpretación de las bases de las relaciones contractuales y su adaptación a un contexto marcado por la insuficiencia de los recursos públicos.

En este punto dice cuanto sigue a propósito de si la regla de la fijación del precio del contrato adjudicado previsto en los pliegos viola o no el sistema de determinación legalmente previsto:

«En el caso que nos ocupa, y precisamente en base a que los licitadores garantizan rendimientos de hasta el 99.5%, y así se recoge en la Sentencia impugnada, entendemos que, al contrario de lo que estima la Sentencia impugnada, no existe vulneración del contrato de suministros en la medida en que el contratista va a obtener idéntica remuneración por los suministros efectivamente entregados y recibidos por la Administración.

El sistema de precio por determinación supone adaptar, al amparo del artículo 3.1 del Código Civil, la regulación normativa del contrato de suministros de gasometrías a la realidad actual del sistema sanitario, realidad que está muy delimitada por la reducción de las partidas presupuestarias y la necesidad de garantizar la sostenibilidad del sistema sanitario público.

El objetivo que se pretende por la Administración sanitaria se centra en asegurar rendimientos mínimos de los **reactivos**, calculados a partir de las determinaciones realizadas y los **reactivos** suministrados por el propio licitador, que garantiza rendimientos superiores al 99,5% y un funcionamiento automático de los equipamientos suministrados para realizar las determinaciones».

No ve *Osakidetza*, por tanto, infracción de las normas vigentes del contrato de suministros sino una adaptación de las mismas a una situación social demandante de nuevas fórmulas que permitan racionalizar el gasto sanitario. Por eso, su motivo termina con esta conclusión:



«Como ya se objetivó en los presentes autos, este sistema de pago mensual por determinación realizada permite introducir criterios de racionalización en el gasto sanitario, sin que del mismo se derive ningún perjuicio económico al contratista suministrador en la satisfacción de su legítimo lucro empresarial, en la medida en que, habiendo garantizado rendimientos superiores al 99,5% con un sistema totalmente automatizado, cobrará mensualmente por la totalidad de los suministros entregados formalmente, respetándose con ello el derecho del contratista a percibir el precio de los bienes efectivamente entregados y recibidos por la Administración contratante».

TERCERO .- La oposición de la Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN).

Además de resumir el pleito, el escrito de oposición llama la atención sobre las diferencias existentes entre el supuesto contemplado por la Sentencia de la Sala de lo Civil a que se refiere *Osakidetza* y el presente, completamente distinto. Luego, sobre la cláusula *rebus sic stantibus* indica que afecta a la fase de ejecución del contrato, no a la del establecimiento de las cláusulas de los pliegos.

Seguidamente, explica que el criterio de interpretación del artículo 3.1 del Código Civil relativo a la realidad social del tiempo en que la norma ha de aplicarse no es, ni puede ser, una patente de corso para inobservar las leyes imperativas, como lo son las que han de aplicarse en este caso. Considera FENIN que el argumento sobre el que descansa el motivo de casación supone alterar las propias bases constitucionales de nuestro sistema jurídico pues implica que el criterio de oportunidad sustituya al de legalidad con lo cual quedarían inermes los administrados frente a la Administración y se convertirían en inútiles los órganos de esta jurisdicción.

Dice también FENIN que el criterio hermenéutico del artículo 3.1 se refiere al entendimiento de los preceptos legales y que, siendo de 2011 el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público no puede seriamente sostenerse que, en apenas dos años, las circunstancias hayan cambiado de tal modo que imponen una interpretación de la norma que supone derogar su tenor literal. Apunta, igualmente, que es contradictorio con la posición de *Osakidetza* el argumento que descansa en que el funcionamiento prácticamente automático de las máquinas y el rendimiento de los **reactivos** del 99% hacen que no haya prácticamente desviación entre los consumos y las determinaciones obtenidas. Esa contradicción radica en que en tal caso, de ser las cosas como afirma, no tiene sentido la medida que imponen los pliegos en contra de normas imperativas.

Concluye diciendo que el escrito de interposición no desvirtúa los fundamentos de la sentencia y señalando que, en realidad, el sistema que ha sido declarado contrario a Derecho confunde indebidamente el contrato de suministros con el de servicios.

CUARTO.-El juicio de la Sala.

Llegado el momento de pronunciarnos sobre las posiciones de las partes, hemos de decir, en primer lugar, que dejaremos al margen cuanto se refiere a la cláusula *rebus sic stantibus*. No sólo sucede que *Osakidetza* nos avisa de que no la invoca. Además, ocurre que la sentencia de la Sala Primera de este Tribunal Supremo a cuenta de la cual la ha traído a colación contempla un asunto diferente al que aquí nos ocupa y, si tiene alguna utilidad para el debate planteado, no es para sostener la tesis del motivo de casación sino todo lo contrario ya que muestra que esa cláusula cuando opera es en el momento de ejecución de un contrato ya convenido cuando las circunstancias han cambiado tanto durante su vigencia que se rompe el equilibrio de las prestaciones. Pero, tal como se ha visto, no es de eso de lo que se trata en este proceso.

En el supuesto controvertido no se discute de las condiciones de ejecución del contrato por haber cambiado sustancialmente el contexto en el que se pactó, sino de las cláusulas que contienen los pliegos con las estipulaciones a las que se deberá ajustar la relación entre el contratista y la Administración. Estamos, por tanto, en un momento diferente. No hay todavía una relación contractual que haya de modularse por variaciones sustanciales de la realidad sino en el de la definición de las condiciones de la relación que se va a establecer con el contratista.

Asimismo, se ha de coincidir con la sentencia de instancia y con las alegaciones del escrito de oposición en que, si es tan insignificante la variación que se produciría entre el resultado al que se estima que conduciría el nuevo método de determinación del precio y los consumos reales no se comprende por qué ha de quedar el precio indeterminado.

En todo caso, para la sentencia –y para el escrito de oposición– el cumplimiento del contrato de suministro, no sólo no puede –como no puede ningún otro– quedar al arbitrio de una de las partes sino que debe contar con un precio cierto a cambio de la entrega por el contratista a *Osakidetza* de los bienes, aquí **reactivos** y equipos, en que ese suministro consiste. No es, ni puede ser, relevante para el mismo la utilización o no utilización que de ellos haga la Administración. Tienen, sin duda, razón.



La tienen también en que las cláusulas anuladas por el Órgano Administrativo dejaban en la indefinición no sólo la cuantía del precio sino su misma existencia ya que, de no producirse determinaciones gasométricas, nada debería pagar *Osakidetza* a su suministrador.

Las consecuencias de la crisis económica y las originadas por la política y por las normas producidas para afrontarla, la necesaria racionalización del gasto público, incluido el sanitario, y la eficiencia en la asignación de los recursos disponibles no conducen a la inobservancia de las prescripciones legales sobre los contratos. Esos objetivos deben y pueden buscarse de otras formas.

De igual modo, la atención a la realidad social del momento en que las normas han de aplicarse no puede llevar a ignorarlas ni a cambiar la naturaleza de las instituciones que regulan o los rasgos esenciales de los contratos, en este caso del de suministro.

En definitiva, el motivo no puede prosperar.

QUINTO. Costas .

A tenor de lo establecido por el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción , procede imponer las costas a la parte recurrente pues no se aprecian razones que justifiquen no hacerlo. A tal efecto, la Sala, haciendo uso de la facultad reconocida en el apartado 3 de ese precepto legal, señala como cifra máxima a que asciende la imposición de costas por todos los conceptos la de 6.000?. Para la fijación de la expresada cantidad se tienen en cuenta los criterios seguidos habitualmente por esta Sala en razón de las circunstancias del asunto y de la dificultad que comporta.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

Que no ha lugar al recurso de casación n.º **2428/2015**, interpuesto por *Osakidetza*, Servicio Vasco de Salud, contra la sentencia n.º 259, dictada el 27 de mayo de 2015, por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco y recaída en el recurso 489/2014 , e imponemos a la parte recurrente las costas del recurso de casación en los términos señalados en el último de los fundamentos jurídicos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente en estos autos, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal Supremo, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.