



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 133/2015

(Sección 1ª)

La Laguna, a 17 de abril de 2015.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución sobre la declaración de nulidad del contrato administrativo de suministros de productos farmacéuticos realizados a favor del Complejo Hospitalario Universitario de Canarias por la empresa A.C., S.A. - N.N.P., S.A. (EXP. 145/2015 CA)**.

FUNDAMENTOS

I

1. Mediante escrito de 7 de abril de 2015 (Registro de entrada en este Consejo Consultivo de 10 de abril de 2015) la Sra. Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias interesa de este Consejo preceptivo Dictamen en relación con dos Propuestas de Resolución en forma de borrador de la Resolución definitiva del expediente de declaración de nulidad 2015/0001 por la que se declara la nulidad de los contratos administrativos de suministro de productos farmacéuticos suscrito con las empresas A.C., S.A. y N.N.P., S.A.

Así, en la Propuesta de Resolución la Administración afirma que dichos contratos son nulos de pleno derecho puesto que se ha incurrido en la causa de nulidad establecida en el art. 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC).

Además, las empresas referidas se han opuesto a tal declaración de forma expresa durante la tramitación del expediente.

2. Por ello, al amparo de lo dispuesto en los arts. 11.1.D.c) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación con los arts.

* Ponente: Sr. Brito González.

211.3.a) y 249.2, ambos de carácter básico, del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que es de aplicación pues los expedientes de contratación se tramitaron en 2014, tal y como se deduce de la documentación obrante en el expediente, es preceptivo el Dictamen de este Consejo Consultivo.

3. El órgano competente para resolver el presente procedimiento es el Director Gerente del Complejo Hospitalario Universitario de Canarias de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 16 y 28 del Decreto 32/1995, de 24 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Canario de la Salud, en relación con el art. 10 del Decreto 32/1997, de 6 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento Regulator de la Actividad Económico Financiera del Servicio Canario de la Salud (SCS).

4. Por último, el art. 34 TRLCSP remite a la regulación de la nulidad y anulabilidad, incluidos el correspondiente procedimiento de revisión de oficio, contenida en la citada Ley 30/1992, especialmente en su art. 102.5, que dispone que cuando estos procedimientos se hubieran iniciado de oficio, como es el caso, el transcurso del plazo de tres meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá su caducidad, la cual se produciría en este supuesto el 19 de abril de 2015.

II

Los antecedentes de hecho en el procedimiento que nos ocupa, teniendo en cuenta la totalidad de la documentación adjunta al expediente, son los siguientes:

Durante el año 2014 la empresa A.C., S.A. suministró al SCS material farmacéutico de forma continuada, considerando la Administración contratante que cada entrega constituía un contrato menor, individualizado e independiente y, por tanto, cumpliendo con los requisitos de aprobación del gasto y la entrega de facturas por parte de la empresa interesada (Art. 111 TRLCSP).

Sin embargo, se constata por la Gerencia del Complejo Hospitalario Universitario de Canarias, a través de los controles automatizados de su sistema contable, que realmente de manera intermitente, a lo largo de 2014, se le han suministrado los mismos materiales farmacéuticos por la empresa interesada, ascendiente el valor total de los mismos a 31.738,69 euros, abonándose parcialmente dicha cantidad, pues, pese a que se han realizado la totalidad de los suministros convenidos, la Administración no ha abonado facturas aportadas por la empresa por valor de 9.767,30 euros, impago éste que genera la oposición de la empresa a la declaración

de nulidad que se pretende, por entender que como resultado de la misma no se le abonará las cantidades que se le adeudan.

En cuanto a la segunda empresa, N.N.P. S.A., acontece lo mismo, pero lo suministrado por esta empresa durante el año 2014 asciende a productos farmacéuticos por valor de 25.545,20 euros, de los que no se han abonado facturas por valor de 10.338,08 euros.

III

Se han observado las garantías exigidas por la Ley para estos específicos procedimientos de declaración de nulidad contractual cuando, como ocurre en el presente, concurre oposición del contratista, constando, entre otros, los siguientes trámites: Resolución del Director Gerente del Complejo Hospitalario Universitario de Canarias nº. 116, de 19 de enero de 2015, por la que se inicia el procedimiento de declaración de nulidad, se acuerda acumular los procedimientos correspondientes a las dos empresas referidas, en aplicación de lo dispuesto en el art. 73 LRJAP-PAC; informe de la Asesoría Jurídica Departamental; trámite de vista y audiencia a las empresas afectadas, presentando ambas escritos de alegaciones a través de los que han formulado su oposición al presente procedimiento; finalmente, el día 14 de enero de 2015, se emite un Informe-Memoria por parte del Director de Gestión del Hospital Universitario de Canarias y dos Borradores de la Resolución definitiva del procedimiento, resolviéndose por separado los dos procedimientos iniciales que se acumularon, lo cual resulta del todo incongruente con la finalidad de la acumulación de procedimiento producida, siendo lo correcto emitir una sola PR en la que haya tantos pronunciamientos como cuestiones jurídicas se hayan planteado.

IV

1. La Administración a través de las dos Propuestas de Resolución ya mencionadas, de similar contenido, considera escuetamente que concurre en los supuestos contemplados la causa de nulidad establecida en el art. 62.1.e) LRJAP-PAC; sin que se pronuncie de forma concreta y precisa acerca de la razón por la que concurre la misma.

Así, únicamente se afirma, en el antecedente de hecho segundo de ambas Propuesta de Resolución, que se acordó el inicio del expediente de declaración de nulidad del contrato de suministro de productos farmacéuticos con las empresas mencionadas en el anexo de la Propuesta de Resolución bien por superar el importe

de 18.000 euros en cada contratación específica o tratarse de fraccionamiento de contrato y superar en el ejercicio correspondiente de forma acumulada el importe legalmente establecido en el TRLCSP (18.000 euros).

2. Pues bien, estas Propuestas de Resolución incurren en varios errores y omisiones. Al ya señalado de que debe haber una sola Propuesta de Resolución en la que haya tantos pronunciamientos como cuestiones jurídicas se hayan planteado, se añade el hecho de que las dos Propuestas de Resolución no están referidas a la totalidad de las empresas que forman parte del anexo de ambas Propuestas de Resolución, sino sólo a dos de ellas, pues, obviamente los contratos de suministros relativos a las más de 50 empresas que aparecen en dicho anexo son contratos independientes unos de otros y no nos encontramos ante un único contrato suscrito por la Administración conjuntamente con la totalidad de las empresas citadas en el anexo. Ello pudiera estar motivado, tal como parece desprenderse del informe de la Asesoría Jurídica Departamental, porque sólo han sido dos las empresas que han formulado oposición -requiriendo informe de este Consejo Consultivo y, por tanto, distinta tramitación procedimental; con independencia de ello, se debe reflejar en la PR tal circunstancia pues *"debe disgregarse de la acumulación de todos los contratos incluidos en el expediente de nulidad que se informa, la tramitación de los proveedores que han manifestado su expresa oposición"*.

Además, tuvo que haberse expresado de forma clara en las Propuestas de Resolución -dando debida respuesta a las alegaciones formuladas oponiéndose a la declaración de nulidad- las razones por la que considera que se ha incurrido en la causa de nulidad referida, máxime, cuando se observa en la documentación contable que se adjunta en las páginas 99 a 103 del expediente, que la Administración celebró diversos contratos menores de suministro independientes con ambas empresas durante el año 2014 por un importe total superior a los 18.000 euros.

3. El procedimiento de declaración de nulidad incoado, parece obedecer (pues no se explicita adecuadamente en las Propuestas de Resolución) a que la Administración considera que se debió integrar todos los suministros en un único contrato pues, con la forma actuada, se ha vulnerado lo establecido en el art. 86, apartados 2 y 3 TRLCSP, sobre fraccionamiento de los contratos y posibilidad de dividirlo en lotes; puesto en relación dicho artículo con los arts. 88.5 y 138.3 TRLCSP, sobre el valor estimado de los contratos de suministro o de servicios que tengan un carácter de periodicidad, o de contratos que se deban renovar en un período de tiempo y el límite cuantitativo de aplicación a los contratos menores, evitando con

ello las normas procedimentales y de publicidad que serían de aplicación en función del valor acumulado del conjunto de las prestaciones realmente realizadas.

4. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su informe 7/2012, de 7 de mayo de 2013, dice que:

“De acuerdo con esta doctrina y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 del TRLCSP, el fundamento de la prohibición de fraccionar el objeto de los contratos del sector público se encuentra en evitar que a través de ella se eluda la aplicación de ciertas normas cuya exigibilidad depende del valor estimado del contrato (publicidad o procedimiento de adjudicación). Ello significa que la finalidad última de la Ley no es agrupar artificialmente en un solo contrato varias prestaciones de distinta o idéntica naturaleza, sino impedir el fraude de Ley señalado. Por todo ello no debe interpretarse este precepto como una obligación de integrar en un solo contrato dos o más prestaciones aunque sean similares y puedan ejecutarse de forma conjunta, si entre ellas no existe un vínculo operativo y es perfectamente posible no sólo contratarlas por separado sino incluso su explotación en forma independiente.

Cuando conforme al criterio anteriormente expuesto proceda integrar en un solo contrato dos o más prestaciones, solo cabrá la división en lotes si concurre alguno de los supuestos legalmente previstos en el apartado tercero del artículo 86 del TRLCSP. Los referidos supuestos son dos, el primero de ellos se refiere a la necesidad de que cada lote sea susceptible de utilización o aprovechamiento separado y constituya por sí solo una unidad funcional y el segundo es el relativo a la naturaleza del objeto, el cual que deberá interpretarse en el sentido de que se permitirá la división en lotes cuando las propias cláusulas del contrato o la finalidad que se pretende conseguir con él lo exijan”.

5. Así, de todo lo actuado, resulta evidente que se debieron integrar todos los suministros en un sólo contrato que, a su vez, pudo dividirse su cumplimiento en lotes pues se daban los requisitos del art. 86.2 TRLCSP (conjunto de prestaciones entre las que existía un vínculo operativo), pues cada empresa interesada suministró unos mismos tipos de productos a la Administración sanitaria para cubrir sus necesidades a lo largo de un año.

No se debe confundir un contrato único cuya prestación se divida en lotes, con el fraccionamiento del objeto de un contrato resultando varios contratos independientes y, en este caso, menores, para evitar las normas de publicidad y

conurrencia establecidas, pues la contratación menor únicamente se encuentra justificada por la necesidad de simplificación en determinados supuestos en que debe prevalecer la agilidad para atender necesidades de importe y duración reducidas y, en todo caso, estamos ante una figura a la que se puede recurrir únicamente si no se contraviene la normativa en materia de contratación pública y, específicamente, como ya dijimos, la prohibición de fraccionar el objeto de los contratos para eludir la aplicación de aquella normativa; y si existe duda sobre la concurrencia de los requisitos que hacen posible la conclusión de contratos menores, la Administración tiene que reconducir el procedimiento de contratación a las normas generales.

6. En relación con la causa de nulidad esgrimida por las Propuestas de Resolución, art 62.1.e) LRJAP-PAC, este Consejo Consultivo ha manifestado de forma reiterada y constante, como se hace en el Dictamen 272/2014, de 22 de julio, que:

«(...) la revisión de oficio una vía extraordinaria por estar limitada a las tasadas causas del art. 62.1 LRJAP-PAC, por implicar ello una alteración de la seguridad jurídica en aras de la protección del principio de legalidad, deben interpretarse de forma restrictiva las causas de nulidad del art. 62.1 LRJAP-PAC».

7. En la documentación remitida a este Consejo, no consta documento alguno relativo a los expedientes de contratación incoados por la Administración sanitaria. La contratación menor tiene su justificación en la necesidad de simplificación en determinados supuestos en que debe prevalecer la agilidad para atender necesidades de importe y duración reducidas. Esa simplificación no obsta a la obligación de una tramitación previa que culmina con la aprobación del gasto (existencia de partida suficiente consignada presupuestariamente y reserva de crédito). De esta tramitación no se tiene constancia alguna en el expediente ni su correspondiente reflejo en la PR.

En los supuestos analizados, podemos concluir que concurre la causa de nulidad alegada ya que se contrató con las empresas interesadas prescindiendo por completo de las normas procedimentales de la contratación administrativa, resultando evidente que de haberse actuado correctamente por el procedimiento legalmente establecido, hubieran variado esencialmente los actos administrativos objeto del presente Dictamen, pues se produjo el fraccionamiento fraudulento e ilícito del objeto del contrato mediante la suscripción sucesiva de diversos contratos menores para cubrir necesidades recurrentes que formarían parte de un único contrato, de acuerdo con lo que se ha señalado anteriormente, lo que supone una alteración de las normas de publicidad y de las relativas a los procedimientos de adjudicación que

se hubieran tenido que aplicar y su no aplicación constituye una omisión esencial del procedimiento de licitación de fundamental importancia al servir como garantía de transparencia y publicidad en la selección del contratista.

No obstante, resulta de aplicación al supuesto analizado, operando como límite a la declaración de nulidad instada por la Administración, lo establecido en el art. 106 LRJAP-PAC (*"Las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes"*) pues resulta evidente que la declaración de nulidad choca frontalmente con los derechos adquiridos por los contratistas afectados por las contrataciones fraudulentamente realizadas a resultas, precisamente, de la ejecución de dichas contrataciones.

8. Por último, no procediendo la declaración de nulidad radical del contrato permanecen en vigor los derechos y obligaciones derivados de la relación contractual establecida de facto; por lo que procede la liquidación del contrato a la que hacen referencia las Propuestas de Resolución (art. 35 TRLCSP), habiéndose recibido los suministros médicos a satisfacción de la Administración y constando acreditado que el precio pactado no se ha abonado a los contratistas, resulta obligado su pago a éstos en base a la relación contractual creada para impedir con ello un enriquecimiento injusto por parte de la Administración sanitaria (los 10.338,08 euros a N.N.P., S.A., más los correspondientes intereses moratorios y los 9.767,30 euros, a A.C., S.A. y sus intereses moratorios).

Así en el Dictamen 38/2014 de este Consejo Consultivo se ha afirmado que "En lo que específicamente se refiere al enriquecimiento injusto cabe señalar que para que concurra en el ámbito administrativo resulta necesaria la concurrencia de la totalidad de los requisitos jurisprudencialmente exigidos: enriquecimiento patrimonial para una de las partes, con el consiguiente empobrecimiento para la otra, relación de causalidad entre ambos, y el más importante de los mismos: la falta de causa o de justificación del enriquecimiento y del correlativo empobrecimiento", requisitos que se cumplen en este caso.

CONCLUSIONES

1. Las Propuestas de Resolución no se consideran ajustadas a Derecho, por lo que se dictamina desfavorablemente la declaración de nulidad de los contratos instada

por la Administración (expte. 2015/0001), pues si bien concurre la causa de nulidad alegada, art. 62.1,e) LRJAP-PAC, no procede su declaración en aplicación del art. 106 LRJAP-PAC.

2. Se debe abonar a los contratistas las cantidades pendientes de pago y sus correspondientes intereses moratorios.