



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 135/2015

(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. (EXP. 147/2015 CA)**.

FUNDAMENTOS

I

1. Se interesa por la Sra. Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias, a través del escrito de 7 de abril de 2015 (Registro de entrada en este Consejo Consultivo de 10 de abril de 2015), el preceptivo Dictamen de este Consejo Consultivo en relación con la Propuesta de Resolución en forma de borrador de la Resolución definitiva del expediente de declaración de nulidad 2015/0005 por la que se declara la nulidad del contrato administrativo de suministro de productos sanitarios suscrito con la empresa A.C., S.A.

En la referida Propuesta de Resolución la Administración considera que tal contrato es nulo 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).

Asimismo, consta en el expediente el escrito de la empresa mencionada por el que muestra su oposición a lo manifestado por la Administración en la Resolución inicial del presente procedimiento.

* Ponente: Sr. Brito González.

Por lo tanto, es preceptivo el Dictamen de este Consejo Consultivo 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. 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 el expediente de contratación se tramitó en 2014, tal y como se deduce de la documentación obrante en el expediente.

2. 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).

Finalmente, 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

1. En cuanto a los antecedentes de hecho se deduce de la documentación contenida en el expediente que son los siguientes:

A lo largo del año 2014 la empresa A.C., S.A. suministró al Hospital Universitario de Canarias, perteneciente al SCS, productos sanitarios 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).

En un momento posterior 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 dicho año, se le han suministrado tales materiales sanitarios por A.C., S.A. de manera efectiva, hecho en cuya realidad coinciden la Administración y dicha empresa, por un valor total de

252.741,15 euros, sin que se hayan abonado tales cantidades por parte del SCS, impago éste que genera la oposición de la empresa a la declaración de nulidad que se pretende.

2. En lo que se refiere al procedimiento se han observado las garantías exigidas por la Ley para estos específicos procedimientos de declaración de nulidad contractual cuando, como sucede en el presente, concurre oposición del contratista, constando, entre otros, los siguientes trámites: Resolución del Director Gerente del Complejo Hospitalario Universitario de Canarias nº. 111, 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 todas las empresas contenidas en el anexo de dicha Resolución, en aplicación de lo dispuesto en el art. 73 LRJAP-PAC; informe de la Asesoría Jurídica Departamental; trámite de vista y audiencia a la empresa afectada, presentando escrito de alegaciones a través del que se ha formulado su oposición al presente procedimiento sin que se haya acreditado la legitimación del firmante para representar a la interesada.

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, además, consta el Borrador de la Resolución definitiva del procedimiento.

3. Asimismo, resulta incorrecto acumular todos los procedimientos de declaración de nulidad refiriéndose a la totalidad de las más de 50 empresas que constan en el anexo mencionado y luego tramitar de forma individualizada un procedimiento referido únicamente a una empresa concreta y determinada, A.C., S.A.

Además, es preciso tener en cuenta que la Administración tramitó otro procedimiento, (expte. 2015/0001) para declarar la nulidad contractual de un contrato de suministro de productos farmacéuticos suscrito también con A.C., S.A., considerándose que dicho contrato y el que aquí nos ocupa son distintos e independientes, pues la coincidencia entre ambos, podría dar lugar a un doble pago parcial, en la cantidad coincidente, que supondría un enriquecimiento injusto a favor de la empresa referida.

III

1. La Administración sanitaria, tal y como ha hecho en los supuestos similares al aquí contemplado sobre los que ha dictaminado este Consejo Consultivo, afirma en la

Propuesta de Resolución que concurre 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 ello es así. En ella, únicamente se afirma, en el antecedente de hecho segundo, que se acordó el inicio del expediente de declaración de nulidad del contrato de suministro de productos sanitarios suscritos con la empresa mencionada 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. Así, la Propuesta de Resolución objeto del presente Dictamen vuelve a incurrir en los mismos errores y omisiones que se señalaron en los Dictámenes anteriores de este Organismo, que son los siguientes:

- En primer lugar la Propuesta de Resolución no está referida a la totalidad de las empresas que forman parte de su anexo, sino sólo a una empresa concreta y determinada, pues, obviamente los contratos de suministro relativos a las más de 50 empresas que aparecen en dicho anexo son contratos independientes unos de otros y, por tanto, no nos encontramos ante un único contrato suscrito por la Administración conjuntamente con las totalidad de las empresas citadas en el anexo, existiendo al respecto contradicción entre la Resolución inicial referida a todas las empresas del anexo y la Propuesta de Resolución, que se concreta en la contratación de la interesada.

Así, ello pudiera estar motivado, tal como parece desprenderse del informe de la Asesoría Jurídica Departamental, que sólo algunas de las empresas han formulado oposición -requiriendo informe de este Consejo Consultivo y, por tanto, distinta tramitación procedimental; con independencia de ello, se debe reflejar en la Propuesta de Resolución tal circunstancia pues es cierto que "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, tal y como se manifestó en los Dictámenes anteriores, tuvo que haberse expresado de forma clara en la Propuesta 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 la última página del expediente, que la Administración celebró diversos contratos

menores de suministro independientes con la empresa interesada 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 la Propuesta de Resolución) a que la Administración considera que se debió integrar todos los suministros sanitarios 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.

Tal extremo se contiene en el informe de la Asesoría Jurídica Departamental cuando se señala que “es probable, sin embargo, que la causa de nulidad que se invoca provenga de un fraccionamiento contractual prohibido por el ordenamiento jurídico, pero en tal caso sería necesario que constaran en el expediente los datos o los documentos que lo evidenciaran, y que así se hiciese constar en la correspondiente resolución”. No obstante, ello no tiene el debido reflejo en la Propuesta de Resolución que se limita a indicar que la tramitación se ha hecho sin cumplir las formalidades y procedimientos exigidos legalmente.

4. Tal y como ya se ha referido en Dictámenes anteriores de este Consejo Consultivo, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de forma reiterada y constante ha considerado (por todos informes 7/12, de 7 de mayo de 2013, informe 69/08, de 31 de marzo de 2009) que de acuerdo con su 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.

Asimismo, la Junta Consultiva de Contratación ha considerado que 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. Por lo tanto, teniendo en cuenta todo lo anterior, también resulta evidente en este caso que se debieron integrar todos los suministros sanitarios 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 la empresa interesada suministró unos mismos tipos de productos sanitarios a la Administración 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 concurrencia 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, DCC 272/2014, entre otros muchos 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 Propuesta de Resolución.

Por todo ello, se puede concluir que concurre la causa de nulidad alegada ya que se contrató con la empresa interesada 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.

Este Consejo Consultivo ha señalado en relación con este precepto, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo, en el Dictamen 464/2013, de 26 de diciembre, que:

“La revisión de los actos administrativos firmes se sitúa entre dos exigencias contrapuestas: el principio de legalidad, que postula la posibilidad de revocar actos cuando se constata su ilegalidad, y el principio de seguridad jurídica, que trata de garantizar que una determinada situación jurídica que se presenta como consolidada no pueda ser alterada en el futuro.

El problema que se presenta en estos supuestos es satisfacer dos intereses que son difícilmente conciliables, y la solución no puede ser otra que entender que dichos fines no tienen un valor absoluto. La única manera de compatibilizar estos derechos es arbitrando un sistema en el que se permita el ejercicio de ambos. De ahí que en la búsqueda del deseable equilibrio el ordenamiento jurídico sólo reconozca la revisión de los actos 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”

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 sanitarios a satisfacción de la Administración y constando acreditado que el precio pactado no se ha abonado a la contratista, resulta obligado su pago a ésta en base a la relación contractual creada, para impedir con ello un enriquecimiento injusto por parte de la Administración sanitaria.

Así en relación con ello de este Consejo Consultivo ha señalado 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” (DCC 38/2014, DCC 89/2015, DCC 102/2015 entre otros), requisitos que se cumplen

en este caso; pero con la salvedad que se realizó en el punto tercero del Fundamento anterior.

C O N C L U S I O N E S

1. La Propuesta de Resolución no se consideran ajustada a Derecho, por lo que se dictamina desfavorablemente la declaración de nulidad de los contratos instada por la Administración (expediente 2015/0005), 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 la contratista las cantidades pendientes de pago y sus correspondientes intereses moratorios.