



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 157/2015

(Sección 1ª)

La Laguna, a 24 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 de la Gerencia de Servicios Sanitarios del Área de Salud de La Palma del Servicio Canario de La Salud por la empresa A.C., S.A. (EXP. 152/2015 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, con registro de entrada en este Consejo Consultivo de 14 de abril de 2015, preceptivo dictamen de este Consejo Consultivo en relación con la Propuesta de Resolución, en forma de borrador de la Resolución definitiva, del procedimiento de revisión de oficio nº 3/2015 tramitado por la Gerencia de Servicios Sanitarios del Área de Salud de La Palma, por la que se pretende declarar la nulidad del contrato administrativo de suministro de productos farmacéuticos 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, constan en el expediente dos escritos de la empresa mencionada, de 18 y 27 de febrero de 2015, por el que muestra su oposición a lo manifestado por la

* Ponente: Sr. Brito González.

Administración en la resolución inicial del presente procedimiento, siendo por tanto 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 Gerente de los Servicios Sanitarios del Área de Salud de La Palma, 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 regulador de la actividad económico financiera del Servicio Canario de la Salud.

3. Finalmente, el art. 34 TRLCSP remite a la regulación de la nulidad y anulabilidad, incluido 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 13 de mayo de 2015.

II

Los antecedentes a tener en cuenta, conforme resulta del expediente remitido a este Organismo, son los siguientes:

A lo largo del año 2014 la empresa A.C., S.A. suministró a los Servicios Sanitarios del Área de Salud de La Palma, perteneciente al Servicio Canario de la Salud, productos farmacéuticos de forma continuada, considerando la Administración contratante, en ese momento inicial, 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 dicha Gerencia, a través de los controles automatizados de su sistema contable, que de forma efectiva e intermitente a lo largo de dicho año se le han suministrado tales materiales

farmacéuticos por A.C., S.A., hecho en cuya realidad coinciden la Administración y dicha empresa, por un valor total de 43.296,94 euros, sin que se hayan abonado tales cantidades por parte del Servicio Canario de la Salud, impago este que genera la oposición de la empresa a la declaración de nulidad que se pretende.

III

1. En lo que se refiere al procedimiento tramitado, 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:

Con fecha 11 de febrero de 2015, se emite un informe-memoria por parte del Director de Gestión de los Servicios Sanitarios del Área de Salud de La Palma; Resolución del Gerente de los Servicios Sanitarios del Área de Salud de La Palma nº. 151, de 13 de febrero de 2015 (expediente de nulidad nº. 3/2015), por la que se inicia el procedimiento de declaración de nulidad, se acuerda acumular los procedimientos correspondientes a todos los contratos de suministro suscritos con A.C., S.A. por parte de dicha Gerencia contenidos 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 escritos de alegaciones a través de los que se ha formulado su oposición al presente procedimiento, habiéndose acreditado la legitimación del firmante para representar a la interesada mediante la presentación de la documentación oportuna.

Finalmente, consta el borrador de la Resolución definitiva del procedimiento, emitido a modo de Propuesta de Resolución.

2. Es preciso tener en cuenta que la Administración sanitaria tramitó dos procedimientos (exptes. 2015/0001 y 2015/0005, en el ámbito del Hospital Universitario de Canarias) para declarar la nulidad contractual de dos contratos de suministro, uno de productos farmacéuticos y otro de productos sanitarios, suscritos con A.C., S.A., considerándose que dichos contratos y el que aquí nos ocupa son distintos e independientes, pues si hubiera coincidencia subjetiva entre ambos ello podría dar lugar a un doble pago parcial, en la cantidad coincidente, lo que supondría un enriquecimiento injusto a favor de la empresa referida.

IV

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 precise en modo alguno la razón por la que ello es así.

En la resolución inicial del presente procedimiento, no en la Propuesta de Resolución, se afirma, antecedente de hecho tercero, que se acordó el inicio del expediente de declaración de nulidad del contrato de suministro de productos farmacéuticos 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. La Propuesta de Resolución objeto del presente dictamen vuelve a incurrir en alguno de los errores y omisiones que se señalaron en los Dictámenes anteriores de este Organismo (Dictámenes 133, 134 y 135 de 2015), pues 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 en el informe emitido por la Gerencia del Área de Salud de La Palma, de fecha 11 de marzo de 2015, se señala que "entender que cada uno de los pedidos realizados por necesidades del servicio, sin procedimiento de licitación realizado, equivale a un contrato menor, sería una vulneración directa del precepto antes aludido, pues son los mismos productos comprados al mismo proveedor y en plazos y tiempos correlativos, por lo que, de admitirse, se estaría permitiendo la posibilidad de fraccionar el objeto idéntico de una única contratación administrativa para convertirla en multitud de contratos menores inferiores cada uno de ellos a 18.000 euros".

Sin embargo, en este caso es preciso acudir a la resolución inicial para poder deducir tal extremo.

3. El procedimiento de declaración de nulidad incoado parece obedecer, como dijimos, a que la Administración considera que se debió integrar todos los suministros farmacéuticos acordados con A.C., S.A. 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. 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 procedimiento 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 y 69/08, de 31 de marzo de 2009) que de acuerdo con su doctrina y de conformidad con lo dispuesto en el art. 86 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 en un solo contrato varias prestaciones de distinta o idéntica naturaleza, sino impedir el fraude de ley señalado. Por todo ello, no debe interpretarse tal precepto como que hay 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 ser objeto de 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 art. 86 TRLCSP. Los referidos supuestos son dos; el primero, se refiere a la necesidad de que cada lote sea susceptible de utilización o aprovechamiento separado y constituya por si solo una unidad funcional; 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 que en este caso se debieron integrar todos los suministros farmacéuticos 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 farmacéuticos a la Administración para cubrir sus necesidades a lo largo de un año.

Así, como este Consejo ha señalado en los recientes Dictámenes 133, 134 y 135 de 17 de abril de 2015:

“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”.

V

1. En relación con la causa de nulidad esgrimida por la Propuesta de Resolución [art 62.1.e) LRJAP-PAC], este Consejo Consultivo ha manifestado de forma reiterada 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” (DCC 272/2014, entre otros).

2. En la documentación remitida a este Consejo, al igual que ocurre en los supuestos sobre los que se ha dictaminado, 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.

Al contrario, en la Propuesta de Resolución, antecedente de hecho quinto, se afirma que «Se han contabilizado en el Sistema de Gestión Económica de la Sanidad Pública Canaria Taro los oportunos documentos contables de Reserva de Crédito (RC), acreditativos de la existencia de crédito adecuado y suficientemente, con el subtipo de expediente “nulidad” para la realización de este procedimiento»; es decir tales documentos no están referidos a los “contratos” cuya nulidad se pretende, sino al posible resultado del presente procedimiento, siendo tal posible omisión indicativa de las razones en la que se funda la nulidad radical en la que ha incurrida la Administración sanitaria en el presente supuesto.

3. 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 hubiera variado esencialmente el resultado de la adjudicación. 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, supone una alteración de las normas de publicidad y de las relativas a los procedimientos de adjudicación que se hubieran tenido que aplicar, lo que 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, según la cual “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”. Es 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, tal y como se hace en los Dictámenes 133, 134, 135 de 17 de abril de 2015 y 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”.

4. 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 la Propuesta de Resolución (art. 35 TRLCSP), habiéndose recibido los suministros farmacéuticos a satisfacción de la Administración y constando acreditado que el precio pactado no se ha abonado a la contratista. Resulta por ello obligado su pago a esta en base a la relación contractual creada, para impedir con ello un enriquecimiento injusto por parte de la Administración sanitaria.

En relación con ello, 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.

CONCLUSIONES

1. La Propuesta de Resolución no se considera ajustada a Derecho, por lo que se dictamina desfavorablemente la declaración de nulidad de los contratos instada por la Administración (expte. 3/2005), 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 al contratista las cantidades adeudadas y, en su caso, sus correspondientes intereses moratorios.