



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 181/2015

(Sección 1ª)

La Laguna, a 13 de mayo 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 los Servicios Sanitarios del Área de salud de La Palma del Servicio Canario de la Salud por la empresa N.N.P., S.A. (EXP. 185/2015 CA)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. Se interesa por la Sra. Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias, a través del escrito de 27 de abril de 2015, con registro de entrada en este Consejo Consultivo de 5 de mayo de 2015, preceptivo dictamen en relación con la Propuesta de Resolución, en forma de borrador de la Resolución definitiva, del procedimiento de revisión de oficio (expediente de nulidad nº 21/2015) tramitado por la Gerencia de Servicios Sanitarios del Área de Salud de La Palma, por la que se pretende declarar la nulidad de los contrato administrativo de suministro de productos farmacéuticos suscrito con la empresa N.N.P., S.A.

2. La Propuesta de Resolución de 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).

3. Además, constan en el expediente escrito de fecha 27 de febrero de 2015, de la empresa mencionada, presentado con ocasión del trámite de audiencia que le fue otorgado, por el que muestra su oposición a lo manifestado por la Administración en

* Ponente: Sr. Brito González.

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 el art. 211.3.a) de carácter básico, del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSF), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

4. 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.

5. Finalmente, el art. 34 TRLCSF 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 16 de mayo de 2015, por las razones que posteriormente se expondrán.

II

1. Los antecedentes de hecho a tener en cuenta, conforme resulta de la documentación obrante en el expediente remitido a este Organismo, son los siguientes:

Durante el año 2014, la empresa N.N.P., 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 TRLCSF).

En un momento posterior, se constata por dicha Gerencia, a través de los controles automatizados de su sistema contable TARO, que de forma efectiva e intermitente a lo largo de dicho año se le han suministrado tales materiales

farmacéuticos por la empresa referida, hecho en cuya realidad coinciden la Administración y dicha empresa, por un valor total de 27.282,84 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.

2. En cuanto al presente 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:

Con fecha 12 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.

Posteriormente, se emite la Resolución del Gerente de los Servicios Sanitarios del Área de Salud de La Palma nº. 176, de 16 de febrero de 2015 (expediente de nulidad nº. 21/2015), 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 la mencionada empresa por parte de dicha Gerencia contenidos en el anexo de dicha Resolución, en aplicación de lo dispuesto en el art. 73 LRJAP-PAC. La misma fue firmada electrónicamente por el Director Gerente el 13 de febrero de 2015, lo que, de acuerdo con el art. 18 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso de los ciudadanos a los servicios públicos, supone un acto de autenticación e identificación de quien ejerce una competencia concreta y determinada en el marco de una actuación administrativa, pero para el cómputo de los plazos, en este caso el de caducidad, se ha de aplicar lo dispuesto en el art. 26.4 de la Ley 11/2007, que establece que "El inicio del cómputo de los plazos que hayan de cumplir los órganos administrativos y entidades de derecho público vendrá determinado por la fecha y hora de presentación en el propio registro o, en el caso previsto en el apartado 2.b del artículo 24, por la fecha y hora de entrada en el registro del destinatario. En todo caso, la fecha efectiva de inicio del cómputo de plazos deberá ser comunicada a quien presentó el escrito, solicitud o comunicación".

Por ello, se entiende que el inicio del procedimiento y del cómputo del plazo referido es el día 16 de febrero de 2015, cuando se inscribió la Resolución en el registro de la Administración actuante.

Además, consta el informe de la Asesoría Jurídica departamental y el trámite de vista y audiencia a la empresa afectada, quien presentó el escrito de alegaciones

referido, habiéndose acreditado la legitimación del firmante para representar a la interesada. A dicho escrito de alegaciones se le da respuesta por el Gerente del Área de Salud mediante informe de fecha 23 de abril de 2015 en el que señala que "(...) las facturas sobre las que recae la presente declaración de nulidad obedecen a un fraccionamiento real de contratos que de haberse seguido el procedimiento normal de contratación administrativa serían objeto de tratamiento conjunto y unificado sin que pudieran ser considerados como contratos independientes e incumplir la norma del art. 86.2 TRLCSP".

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

3. Es preciso tener en cuenta que la Administración sanitaria tramitó dos procedimientos (en el ámbito del Hospital Universitario de Canarias) para declarar la nulidad contractual de dos contratos de suministro de productos farmacéuticos y sanitarios, suscritos con N.N.P., S.A., que fueron objeto del reciente Dictamen de este Consejo Consultivo 133/2015, de 17 de abril, 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.

III

1. La Gerencia de Servicios Sanitarios del Área de Salud de La Palma, tal y como ha hecho en supuestos similares al aquí contemplado ya dictaminados por este Consejo Consultivo (entre ellos, Dictamen 157/2015, de 24 de abril, relativo a contratos de suministro de productos farmacéuticos y sanitarios suscritos por dicha Gerencia) 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 en que se fundamenta tal apreciación.

Al igual que ocurre en casos anteriores, tenemos que acudir a la resolución inicial del presente procedimiento y a los posteriores informes obrantes en el expediente remitido a este Consejo, que sí especifican el motivo por el que se considera incurso la contratación administrativa referida en la causa de nulidad del art. 62.1.e) LRJAP-PAC, señalándose en los mismos 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. Sin embargo, tal y como ha señalado de forma reiterada y constante este Consejo Consultivo en asuntos similares al presente (Dictámenes 133, 134, 135, 156 y 157 de 2015), la Propuesta de Resolución objeto del presente dictamen vuelve a incurrir nuevamente en alguno de los errores y omisiones que se señalaron en los dictámenes anteriores de este Organismo, pues tuvo que haberse expresado de forma clara en la misma -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.

Así en el Dictamen emitido en relación con la actuación de esta Gerencia (DCC 157/2015), se afirmó que "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", todo lo cual es aplicable al presente supuesto.

3. Además, como ya se ha referido en dictámenes anteriores de este Consejo Consultivo, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa considera que, 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 la misma se eluda la aplicación de ciertas normas cuya exigibilidad depende del valor estimado del contrato (publicidad o procedimiento de adjudicación), lo cual implica 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.

Así, en el Dictamen 157/2015, se señaló al respecto que 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", criterio doctrinal que también se ha de tener en cuenta en el presente asunto.

4. Por lo tanto, teniendo en cuenta todo lo anterior, resulta evidente que en este caso la Gerencia debió integrar todos los suministros farmacéuticos en un solo 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 N.N.P., S.A. suministró unos mismos tipos de productos farmacéuticos a la Administración para cubrir sus necesidades a lo largo de un año.

Sobre esta cuestión, este Consejo ha señalado en los recientes Dictámenes 133, 134, 135, 156 y 157 de 2015 lo siguiente:

"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”.

5. 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 es una vía extraordinaria por estar limitada a las tasadas causas del art. 62.1 LRJAP-PAC, por implicar una alteración de la seguridad jurídica en aras de la protección del principio de legalidad, por lo que tales causas deben interpretarse de forma restrictiva, lo que este Consejo ha señalado en todos y cada uno de los dictámenes referidos anteriormente.

6. Al igual que sucedió en los casos anteriormente dictaminados, en la documentación remitida a este Consejo no obra 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.

Sin embargo, en el antecedente de hecho quinto de la Propuesta de Resolución 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»; por ello procede volver a señalar que 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 que la Administración sanitaria ha alegado en el presente supuesto.

7. Por lo tanto, del mismo modo que concluimos en los supuestos anteriores, procede afirmar que en este caso concurre la causa de nulidad alegada ya que se contrató con N.N.P., S.A. prescindiendo por completo de las normas procedimentales de la contratación administrativa, resultando evidente que de haberse actuado correctamente 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.

Sin embargo, también en este caso 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”, pues 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, 156 y 157 de 2015, siguiendo su doctrina reiterada en la materia, 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 todo ello, 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 hace 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. Por ello, la Administración está obligada al pago en base a la relación contractual creada, para impedir su enriquecimiento injusto.

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. 21/2015), pues si bien concurre la causa de nulidad del 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 adeudadas y, en su caso, los correspondientes intereses moratorios.