



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 9 7 / 2 0 1 5

(Sección 1ª)

La Laguna, a 29 de julio de 2015.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias en relación con la *declaración de nulidad del contrato administrativo de suministros de productos sanitarios suscrito entre la Gerencia de Servicios Sanitarios del Área de Salud de La Gomera y la empresa N.N.P., S.A. (EXP. 302/2015 CA)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. Se interesa por la Sra. Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias, a través del escrito de 8 de julio de 2015 (registro de entrada en este Consejo Consultivo de 13 de julio 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 2/2015, tramitado por la Gerencia de Servicios Sanitarios del Área de Salud de La Gomera, por la que se pretende declarar la nulidad de los contratos administrativos de suministro de productos sanitarios suscritos con la empresa N.N.P., S.A.

La Administración considera que tales contratos son nulos de pleno derecho al incurrir 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, obra en el expediente el escrito de la empresa mencionada de 23 de junio de 2015, por el que muestra su oposición a la declaración de nulidad porque la Administración, en la resolución inicial del presente procedimiento, no especifica cuál es la causa de nulidad en la que se incurre y porque considera que los contratos

* Ponente: Sr. Brito González.

suscritos son válidos al no superar ninguno de ellos la cuantía de 18.000 €, fijada como límite máximo para los contratos menores.

Existiendo oposición del contratista, 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) 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 al caso pues el expediente de contratación se tramitó en 2015, tal y como se deduce de la documentación obrante en el expediente. Se señala no obstante que en el informe-memoria de la Gerencia, consta en su anexo I que las facturas de la totalidad de los contratos objetos de este expediente se emitieron tanto en 2014 como en 2015. Sin embargo, en la certificación emitida por el Director de Gestión y Servicios Generales de la referida Gerencia se observa que todas son de 2015 y, además, esta última información se reproduce en la totalidad de los documentos posteriores, razón por la que se considera que dicho anexo I es erróneo.

2. El órgano competente para resolver el presente procedimiento es el Gerente de los Servicios Sanitarios del Área de Salud de La Gomera, 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 16 de septiembre de 2015.

II

1. En lo que a los antecedentes de hecho se refiere, se deduce de la documentación obrante en el expediente que a lo largo del año 2015 la empresa N.N.P., S.A. suministró a los servicios sanitarios del Área de Salud de La Gomera, 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).

2. En este supuesto, al igual que en el correspondiente al Dictamen de este Consejo Consultivo 156/2015, de 24 de abril, correspondiente a la contratación suscrita por esta misma Gerencia, se afirma tanto en la Propuesta de Resolución como en el informe-memoria obrante en el expediente que, ante la inmediata y urgente necesidad de que se pudiera alterar el buen funcionamiento del suministro de material sanitario a la Gerencia de Servicios Sanitarios del Área de Salud de La Gomera, estando especialmente afectado el Hospital de Ntra. Sra. de Guadalupe, se contactó con la empresa interesada para que suministrara dicho material de forma efectiva prescindiendo del procedimiento establecido para ello, pese a que el valor total del material suministrado ascendía a un total de 45.487,55 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.

3. En cuanto a la tramitación procedimental, 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 Gerente de los Servicios Sanitarios del Área de Salud de La Gomera nº 189, de 16 de junio de 2015 (expediente de nulidad nº 2/2015), por la que se inicia el procedimiento de declaración de nulidad y se acuerda acumular los procedimientos correspondientes a todos los contratos de suministro suscritos con N.N.P., S.A. por parte de dicha Gerencia identificados en 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 mediante la presentación de documentación al efecto.

- Además, obra en el expediente el informe-memoria del Gerente de los Servicios Sanitarios del Área de Salud de La Gomera, de 12 de junio de 2015, y el borrador de la Resolución definitiva del procedimiento, emitido a modo de Propuesta de Resolución.

III

1. En la Propuesta de Resolución objeto del presente dictamen se afirma que se procede a declarar la nulidad de los contratos suscritos por la Administración sanitaria con la empresa ya referida, manifestándose que concurre la causa de nulidad establecida en el art. 62.1.e) LRJAP-PAC, sin que se exprese cuáles son las razones por las que se considera que se incurre en tal motivo de nulidad, pese a que ya se le refirió a esta Gerencia la incorrección que supone tal omisión (DDCCC nº 133, 134, 135, 156, 181 y 189 de 2015).

En la Propuesta de Resolución se debió recoger expresamente, dando debida respuesta a las alegaciones de oposición a la declaración de nulidad formuladas por el contratista, las razones por las que considera que se ha incurrido en la causa de nulidad con referencia a alguna de las causas de nulidad contempladas en el art. 62.1 LRJAP-PAC, máxime cuando en la documentación contable que se adjunta al expediente se observa que la Administración celebró diversos contratos menores de suministro independientes con la empresa interesada durante el año 2015 por un importe total superior a los 18.000 euros.

Sin embargo, tal y como se dijo en el Dictamen 156/2015 de este Consejo Consultivo, emitido en relación con la declaración de nulidad de varios contratos suscritos por esta misma Gerencia, es en la resolución inicial y en el informe-memoria emitidos en el presente procedimiento, no en la Propuesta de Resolución, donde se afirma que se acordó el inicio del expediente de declaración de nulidad del contrato de suministro de productos sanitarios suscrito con la empresa mencionada por superar el importe de 18.000 euros, importe máximo del contrato menor, establecido en el TRLCSP, habiéndose prescindido por completo del procedimiento administrativo de contratación, añadiéndose en ambos la referencia a la falta de disponibilidad presupuestaria.

2. 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 todos los suministros sanitarios acordados con NN.P., S.A. se debieron integrar en un único contrato, por lo que lo actuado vulnera 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 así la

aplicación de las normas procedimentales y de publicidad 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 se ha prescindido de la tramitación propia de los procedimientos administrativos.

3. 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 7/2012, de 7 de mayo de 2013, y 69/2008, 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 la misma 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. Si bien, 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 posible no solo contratarlas por separado sino incluso ser objeto de explotación en forma independiente.

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, 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.

4. Teniendo en cuenta todo lo anterior, resulta evidente que en este caso se debieron integrar todos los suministros sanitarios 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 la empresa interesada suministró los mismos tipos de productos farmacéuticos a la Administración para cubrir sus necesidades a lo largo de un año.

Como este Consejo ha señalado en los recientes Dictámenes nº 133, 134, 135, 156, 157, 181 y 189 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”.

IV

1. En relación con la causa de nulidad en la que realmente se ha incurrido [art 62.1.e) LRJAP-PAC], este Consejo Consultivo ha manifestado de forma reiterada (por ejemplo los Dictámenes 413/2014, 272/2014 y 242/2012 y en los dictámenes emitidos en relación con supuestos similares al que aquí nos ocupa) que la revisión de oficio constituye 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 sus causas deben interpretarse de forma restrictiva, incluida la aquí referida.

2. En la documentación remitida a este Consejo, al igual que ocurre en los supuestos análogos sobre los que se ya ha dictaminado, no solo no consta documento alguno relativo a los expedientes de contratación incoados por la Administración sanitaria, sino que de manera expresa la Propuesta de Resolución señala que se ha prescindido por completo de los mismos.

A mayor abundamiento, 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); pero de esta tramitación tampoco se

tiene constancia alguna en el expediente ni su correspondiente reflejo en la Propuesta de Resolución.

Al contrario, en la resolución que da inicio a este procedimiento de nulidad, al igual que se hizo en el supuesto anteriormente dictaminado (antecedente de hecho segundo) se indica que “en el momento en que se debió haber iniciado el expediente para la contratación de este suministro para el Hospital de Ntra. Sra. de Guadalupe no existía disponibilidad presupuestaria adecuada y suficiente para abordar la contratación”, lo que nos indica que el expediente estaba viciado de nulidad desde su inicio conforme dispone el art. 32.c) TRLCSP. Tal circunstancia debe tener reflejo en la Propuesta de Resolución.

3. Por todo ello, se puede concluir que concurren las dos causas de nulidad señaladas; la primera, de carácter prevalente pues se contrató careciendo de crédito para ello, y, la segunda, pues se prescindió por completo de las normas procedimentales de la contratación administrativa al realizarse un 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, lo que, 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. Ello constituye ciertamente una omisión esencial del procedimiento de licitación de fundamental importancia al servir como garantía de transparencia y publicidad en la selección del contratista.

4. 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 el 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”. En ese caso, 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 nº 133, 134, 135, 156, 157, 181, 189 y 248 de 2015, 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”.

5. Por lo tanto, 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 que hace referencia la Propuesta 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 para impedir con ello un enriquecimiento injusto por parte de la Administración sanitaria.

En relación con ello, este Consejo Consultivo ha señalado que “(e)n 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.

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

1. La Propuesta de Resolución no se considera ajustada a Derecho, por lo que se dictamina desfavorablemente la declaración de nulidad de los contratos llevados a

efecto con la empresa N.N.P., S.A. (expte. nº 2/2015), pues si bien concurre la causa de nulidad del art. 32.c) TRLCSP, no procede su declaración en aplicación del art. 106 LRJAP-PAC.

2. Se debe abonar al contratista la cantidad adeudada y sus correspondientes intereses moratorios.