



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 314/2015

(Sección 1ª)

La Laguna, a 10 de septiembre de 2015.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se pretende la nulidad de los contratos administrativos de los interesados I.F.E., S.A., como cesionaria de los créditos cedidos por la cedente A.C., S.A., y C., S.L., por importe de 88.430,37 euros (EXP. 326/2015 CA)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. Mediante escrito de 27 de julio de 2015 (Registro de entrada en este Consejo Consultivo de 30 de julio de 2015) el Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias interesa de este Consejo preceptivo dictamen en relación con la Propuesta de Resolución definitiva del expediente de declaración de nulidad nº 4/2015 por la que se declara la nulidad de los contratos administrativos de suministro de productos farmacéuticos y médicos suscritos con las empresas A.C., S.A. y C., S.L., habiéndose cedido parte de los derechos de crédito derivados de la ejecución de los mismos a la empresa I.F.E., S.A.U.

2. La Propuesta de Resolución se ciñe a la declaración de nulidad únicamente de aquellos contratos en los que ha habido oposición del contratista: los contratos cuyos derechos fueron cedidos por A.C., S.A. a la empresa I.F.E., S.A.U. y los celebrados con la empresa C., S.L.,

Además, se considera 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), declarando la nulidad de los

* Ponente: Sr. Brito González.

contratos de suministro suscritos, acordando su liquidación económica a los contratistas exclusivamente por el importe referido al principal.

3. Sin embargo, las empresas referidas se han opuesto a tal declaración de nulidad de forma expresa durante la tramitación del expediente, incluida A.C., S.A., pues esta empresa afirma en el escrito de alegaciones emitido con ocasión del trámite de audiencia que:

«(...) a esta parte le parece conforme recibir el cobro de 58.361,74 euros, condicionando tal conformidad en el sentido de que se concede en el bien entendido de que el cobro de esta deuda a través de este procedimiento no excluye el derecho al cobro de los intereses de demora y demás derechos accesorios al cobro del principal reconocidos por la normativa de contratos del sector público, formulándose, igualmente, expresa reserva del derecho de esta parte a reclamar los intereses de demora y demás derechos accesorios al principal con respecto a los referidos 58.361,74 euros».

Así, resulta evidente que su conformidad a la declaración de nulidad se emite exclusivamente en relación con el cobro de la cantidad a percibir por el principal, pues la misma está condicionada al cobro de los intereses de demora, que no se le otorgan a las mismas por parte de la Administración; omisión esta con la que la referida empresa no está conforme; por tanto, corresponde que este Consejo Consultivo se pronuncie también en relación con las alegaciones de A.C., S.A.

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 el art. 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, de aplicación a la fecha en que se efectuaron los suministros, siendo preceptivo el dictamen de este Consejo Consultivo.

4. El órgano competente para resolver el presente procedimiento es el Director Gerente del Hospital Universitario de Gran Canaria Dr. Negrín, 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. 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.

En este caso, la Resolución de inicio se emitió el 21 de mayo de 2015 y, en principio, la caducidad se hubiera producido el 21 de agosto de 2015. Sin embargo, este Consejo Consultivo ha venido considerando que en aplicación de la disposición adicional primera, apartado 1, del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo de Canarias, aprobado por Decreto 181/2005, de 26 de julio, que prevé que durante el mes de agosto de cada año se suspendan sus actividades, salvo para los supuestos expresamente señalados en dicho precepto, en este caso no es computable a estos efectos el mes de agosto y por tanto el procedimiento caduca el 21 de septiembre de 2015.

II

1. Los antecedentes de hecho en el presente asunto, teniendo en cuenta la totalidad de la documentación obrante en el expediente, incluidos los escritos de alegaciones presentados por las empresas contratistas y la empresa cesionaria de los mencionados créditos, son los siguientes:

Durante parte de los años 2014 y 2015 (la primera factura correspondiente a los mencionados suministros es de 9 de mayo de 2014 y la última de 27 de enero de 2015, tal y como obra en los anexos adjuntos al informe-memoria del órgano gestor del referido dentro hospitalario) las dos empresas contratistas suministraron al Servicio Canario de la Salud material farmacéutico y médico por valor total de 146.792,11 euros, sin tramitación de procedimiento contractual alguno tal y como se afirma en el informe-memoria referido, considerando la Administración que cada entrega constituía un contrato menor, individualizado e independiente.

Así, por la Gerencia del Hospital Universitario de Gran Canaria Dr. Negrín se constata a través de los controles automatizados de su sistema contable, que realmente de manera intermitente y a lo largo de dicho periodo de tiempo se le han suministrado tales materiales sanitarios por las empresas interesadas de manera

efectiva y por el valor ya referido, sin que se hayan abonado tales cantidades por parte del Servicio Canario de la Salud.

El montante total de los suministros realizados se puede desglosar en 58.361,74 euros por las facturas correspondientes a los suministros que A.C., S.A. realizó a favor del Servicio Canario de la Salud, cuyos créditos correspondientes no cedió a I.F.E., S.A.U; 68.681,25 euros que se corresponde a los créditos cedidos por A.C., S.A. a I.F.E., S.A.U.; y 19.173,90 euros correspondientes a la facturas emitidas por C., S.L. en relación con los suministros realizados al Servicio Canario de la Salud, que fueron cedidos en su totalidad por las misma a I.F.E., S.A.U.

Además, la Administración considera acreditada la cesión de dichos créditos (si bien no consta en el expediente la notificación del acuerdo de cesión exigida por el art. 218.2 TRLCSP) y la correcta entrega de los bienes adquiridos, constando en el expediente a tal efecto una relación detallada de las facturas correspondientes a los suministros efectuados.

2. En cuanto a al presente procedimiento de nulidad contractual, se ha tramitado de la siguiente manera:

El día 21 de mayo de 2015, se emitió la Resolución de inicio del presente procedimiento, que tenía por objeto las facturas emitidas por las empresas A.C., S.A. y C., S.L, cuya cuantía total ascendía a 146.792,11 euros, entendiéndose que se acumulaban los procedimientos de declaración de nulidad correspondientes a ambas contratistas, pero sin que se cumpliera los dispuesto en relación con ello en el art. 73 LRJAP-PAC.

Posteriormente, con ocasión del trámite de audiencia se tiene conocimiento de la cesión de créditos ya mencionado a favor de la empresa I.F.E, S.A.U, sin que se le otorgara dicho trámite, pero con ello no se le ha causado indefensión pues también presentó con ocasión del trámite de audiencia un escrito de alegaciones oponiéndose al procedimiento, el cual ha sido tenido en cuenta por la Administración, incluyéndose en la documentación adjunta al expediente.

Asimismo, obran en el expediente dos Propuestas de Resolución, sin que consten sus fechas de emisión. Existe, además, una Resolución, de fecha 15 de julio de 2015, por la que se declara la nulidad de los contratos a los que, según considera la Administración, se había dado conformidad de la contratista. Constan asimismo el informe de la Asesoría Jurídica departamental y el informe de la Directora Económica-Financiera del mencionado Hospital.

En esa línea, la Propuesta de Resolución definitiva no está referida a la totalidad de la cuantía correspondiente a las facturas incluidas en los anexos mencionados pues se excluyen los contratos cuyos derechos de cobro no fueron cedidos a I.F.E., S.A.U. y que fueron declarados nulos al considerar que A.C., S.A. no se opone al procedimiento de nulidad, lo cual no es cierto como anteriormente se expuso, de tal manera que la Administración entiende, erróneamente, que no corresponde a este Consejo Consultivo emitir un dictamen sobre la cantidad debida a tal empresa.

III

1. En la Propuesta de Resolución definitiva se manifiesta que concurre en los supuestos contemplados la causa de nulidad establecida en el art. 62.1.e) LRJAP-PAC, pero sólo en relación con los suministros correspondientes a los derechos de crédito cedidos por las empresas contratistas a la empresa I.F.E., S.A.U.

2. Sin embargo, esta Propuesta de Resolución incurre en errores y omisiones que, lamentablemente, se han venido repitiendo en la totalidad de asuntos similares del ámbito del Servicio Canario de la Salud sobre los que ya ha dictaminado este Consejo Consultivo (DDCCC nº 133, 134, 135, 156, 157, 181, 189 y 248 de 2015). Así, se debió expresar en la misma de forma clara y precisa las razones por la que considera que se ha incurrido en la causa de nulidad referida, dando debida respuesta a las alegaciones formuladas de oposición a la declaración de nulidad (tal circunstancia se señala también en el informe de la Asesoría Jurídica departamental).

Además, se debió hacer mención expresa en dicha Propuesta de Resolución al específico motivo de nulidad contractual contemplado en el art. 32.c) TRLCSP, y que concurre en el supuesto analizado, máxime cuando en el informe-memoria ya mencionado se afirma que:

«Estas adquisiciones fueron realizadas omitiendo los trámites preceptivos para una correcta adjudicación y formalización del contrato, incurriendo por tanto, en causas de nulidad contractual que estipula el art. 32 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (...).

La explicación del comportamiento de esta Dirección respecto a las referidas contrataciones, indeseado y excepcional, tiene como causa principal la insuficiencia de los créditos presupuestarios destinados al gasto corriente, en relación con los niveles cuantitativos y cualitativos de actividad sanitaria que nos exige en respuesta de la demanda asistencial».

A esta específica causa de nulidad (inexistencia de crédito adecuado y suficiente) parece referirse la Resolución de inicio del expediente -antecedente de hecho segundo- si bien no se recoge expresamente.

3. Además de todo ello y por los motivos expuestos en los fundamentos anteriores del presente dictamen, también se debió incluir en la Propuesta de Resolución la declaración de nulidad de las actuaciones correspondientes a A.C., S.A., cuyos derechos de crédito no fueron cedidos, pues difícilmente se puede considerar que la misma está conforme cuando esta se reserva su derecho a una posterior reclamación los intereses moratorios de las cantidades adeudadas y no incluidas por la Administración en la liquidación que obra en la documentación adjunta al expediente, salvo que se haya tramitado un procedimiento específico con tal fin, hecho que desconoce este Consejo Consultivo.

4. En lo que al fondo de la cuestión planteada se refiere, procede reiterar lo ya manifestado en los Dictámenes de este Organismo anteriormente referidos.

Así, en el Dictamen de este Consejo Consultivo 157/2015, de 24 de abril, en un supuesto similar, en el que también resultó ser interesada la empresa A.C., S.A, emitido en relación con una Propuesta de Resolución de la Gerencia de Servicios Sanitarios del Área de Salud de La Palma del Servicio Canario de la Salud, se señaló 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.

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», todo lo cual es aplicable a este supuesto.

«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, sólo 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. Todo lo expuesto, permite concluir, al igual que en los supuestos anteriormente dictaminados, 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.

Además, como se ha señalado en los dictámenes de este Organismo anteriormente mencionados, en la documentación obrante en el expediente 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; pero teniendo presente que dicha 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, lo que también se ha omitido incorrectamente en el presente asunto.

Por ello, se incurre en la causa de nulidad prevista en el art. 62.1.e) LRJAP-PAC y también en la causa de nulidad, específica y prevalente, establecida en el art. 32.c) TRLCSP.

6. Sin embargo, procede la aplicación al presente asunto, constituyendo un límite a la declaración de nulidad, 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", pues, como se ha manifestado reiteradamente por este Consejo Consultivo (por todos el reciente Dictamen 248/2015, de 30 de junio) la declaración de nulidad que se pretende choca frontalmente con los derechos adquiridos por la contratista afectada (A.C., S.A.) por las contrataciones fraudulentamente realizadas a resultas, precisamente, de la ejecución de dichas contrataciones y, además, en este caso con los derechos de la empresa cesionaria de los créditos derivados de los suministros aquí referidos (I.F.E., S.A.U.).

En este sentido, en dichos dictámenes se ha afirmado 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 y que el único modo de compatibilizar estos derechos es arbitrando un sistema en el que se permita el ejercicio de ambos.

Por ello, el Ordenamiento jurídico sólo reconoce la revisión de los actos administrativos 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.

7. Por último, no procediendo la declaración de nulidad radical de los contratos, permanecen vigentes los derechos y obligaciones derivados de las relaciones contractuales establecidas de facto, procediendo la liquidación de los contratos

suscritos con A.C., S.A. y el abono a I.F.E., S.A.U. de las cantidades correspondientes a los créditos adquiridos por ella, al haberse recibido los suministros sanitarios a satisfacción de la Administración y constando acreditado que el precio pactado no se ha abonado a la contratista, por lo que resulta obligado su pago en base al contrato suscrito, para impedir con ello un enriquecimiento injusto por parte de la Administración sanitaria.

Además, procede el abono de los intereses moratorios que en su caso procedan.

C O N C L U S I Ó N

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 las empresas A.C., S.A. y C., S.L. (expte. de nulidad 51/T/15/NU/GE/T/0004 ó nº4/2015), pues si bien concurre la causa de nulidad del art. 32.c) TRLCSP, no procede su declaración en aplicación del art. 106 LRJAP-PAC.