



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 5 2 / 2 0 1 5

(Sección 1ª)

La Laguna, a 4 de diciembre de 2015.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias en relación con la ***Propuesta de Orden resolutoria de 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 Gomera por la empresa N.N.P., S.A. (EXP. 464/2015 CA)*.***

F U N D A M E N T O S

I

1. Mediante escrito de 9 de noviembre de 2015 (registro de entrada en este Consejo Consultivo de 16 de noviembre de 2015), el Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias interesa de este Consejo Consultivo preceptivo dictamen en relación con la Propuesta de Resolución, en forma de borrador de Resolución definitiva, del procedimiento de declaración de nulidad nº 15/2015 del *contrato administrativo* de suministro suscrito con la empresa N.N.P., S.A., ejecutado a favor de la Gerencia de los Servicios Sanitarios del Área de Salud de La Gomera, aunque, como veremos, se trata de tres contratos acumulados de hecho, pues son tres las empresas suministradoras de forma independiente.

2. En la Propuesta de Resolución la Administración afirma que dicho 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). No obstante, en su antecedente de hecho segundo, señala que “en el momento en que se debió haber iniciado el expediente para la contratación de este suministro parta el Hospital Nuestra Señora de Guadalupe no existía disponibilidad presupuestaria

* Ponente: Sr. Brito González.

adecuada y suficiente para abordar su contratación”, lo que, como luego analizaremos, constituye un específico motivo de nulidad contractual.

3. La empresa contratista ha mostrado su oposición con la declaración de nulidad que se pretende, por lo que 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, es preceptivo el dictamen de este Consejo Consultivo.

4. El órgano competente para resolver el presente procedimiento es la Dirección de la Gerencia de los Servicios Sanitarios 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.

5. Por último, el art. 34 TRLCSP, remite a la regulación de la nulidad y anulabilidad 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 20 de enero de 2016.

II

En lo que se refiere al procedimiento tramitado, este se inició a través de la Resolución de la Dirección de la Gerencia referida de 20 de octubre de 2015, otorgándosele el trámite de audiencia a la empresa contratista sin que constara en la notificación el texto íntegro de la resolución de inicio en la que se acordó la misma, lo cual constituye un defecto formal que no impide que este Organismo entre en el fondo del asunto.

La contratista, en el trámite conferido, mediante escrito de fecha 22 de octubre de 2015 se opone a la incoación del procedimiento revisor, en esencia, por considerar que se trata de contratos menores de suministros médicos cuya entrega requiere inmediatez y porque no se especifica la concreta causa de nulidad en la que se funda la incoación del expediente de declaración de nulidad, lo que provoca su indefensión.

Además, obran en el expediente el informe de la Asesoría Jurídica departamental y el informe-memoria de la Dirección de la mencionada Gerencia.

Por último, se emite la Propuesta de Resolución en forma de borrador de la Resolución definitiva del procedimiento.

III

1. La empresa N.N.P., S.A. suministró a favor de la Gerencia de los Servicios Sanitarios del Área de Salud de La Gomera productos farmacéuticos sin tramitación de procedimiento contractual, considerando la Administración que cada entrega constituía un contrato menor, individualizado e independiente (en el expediente se hace mención a las facturas 9120375649, 9120379445 y 9120382356, de 1 de junio, 20 de julio y 2 de septiembre de 2015, respectivamente, con un valor total de 59.960,85 euros), sin que existiera disponibilidad presupuestaria suficiente tal y como afirma la propia Gerencia, tanto en la Resolución de inicio del procedimiento revisor, como en el borrador de la Resolución definitiva.

2. El presente procedimiento tiene por objeto la revisión de los contratos, de cuya existencia dan fe las facturas emitidas, nulidad que procede según la Administración ya que el montante de todas ellas supera los 18.000,00 euros fijado por la legislación contractual como límite cuantitativo para la contratación menor, habiéndose realizado un fraccionamiento indebido del contrato. Ciertamente, del desglose de las facturas se desprende tal conclusión, pero también queda acreditado que se ha seguido un procedimiento inadecuado pues una de las facturas supera el citado límite para la contratación menor.

3. En relación con esta cuestión, se ha de tener en cuenta que los Dictámenes de este Consejo Consultivo 272/2015 y 297/2015 tienen por objeto Propuestas de Resolución por las que se pretende la declaración de nulidad de los “contratos” correspondientes a los suministros realizados por esta misma empresa N.N.P., S.A. a la Gerencia de los Servicios Sanitarios del Área de Salud de La Gomera (expedientes de nulidad nº 22/ 2014-2015 y nº 2/2015, que se corresponden, respectivamente, con facturas emitidas por dicha empresa durante los años 2014 y parte de 2015).

Es decir, se constata en ese último procedimiento y también en el que es objeto de este Dictamen que no solo se fraccionó el objeto del contrato de suministro correspondiente al ejercicio presupuestario de 2015, sino que también se ha fraccionado “temporalmente” el procedimiento de declaración de nulidad, cuyo

ámbito temporal debió abarcar todas las contrataciones realizadas durante dicho ejercicio presupuestario 2015, a diferencia de la correcta tramitación del procedimiento tramitado por esta misma Gerencia en el supuesto objeto del Dictamen 272/2015, de 15 de julio, correspondiente a todos los suministros que efectuó a su favor la citada empresa durante el ejercicio presupuestario de 2014.

Este doble “fraccionamiento” material y temporal en relación con las facturas emitidas durante 2015, y que parece obedecer a la finalidad de eludir los controles propios de la contratación administrativa, genera en este Consejo Consultivo y en sus pronunciamientos confusión y error, pues realmente se desconoce a cuánto asciende la contratación total efectuada con N.N.P., S.A, durante el actual ejercicio presupuestario, y si su importe es superior o no al límite legalmente establecido para los contratos menores en el art. 138.3 TRLCSP. No obstante, si tenemos en cuenta los expedientes de nulidad incoados sobre facturas correspondiente al ejercicio del 2015 parece evidente que se traspasa ampliamente dicho límite legal.

4. 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 culmine 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, si bien se menciona en la Propuesta de Resolución la insuficiencia de crédito presupuestario. De igual forma que otros supuestos dictaminados por Consejo Consultivo (por todos, DCC 328/2015), la realización de los suministros se da por cierta por parte de la Administración constando únicamente como documentación demostrativa de los mismos la obrante en el expediente que, principalmente, consiste en una mera relación detallada de las facturas correspondientes a los suministros efectuados (obrante en los anexos incluidos en el expediente remitido a este Consejo Consultivo).

IV

1. En la Propuesta de Resolución objeto del presente dictamen se afirma que procede declarar la nulidad de los contratos suscritos por la Administración sanitaria con la empresa ya referida al concurrir 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 en los dictámenes anteriormente emitidos en relación con contrataciones suscritos entre la Gerencia y N.N.P., S.A.

(DDCC 272 y 297/2015), este Consejo advirtió sobre la incorrección que suponía tal omisión.

En dichos dictámenes dijimos:

“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”.

2. Asimismo, como ya señalamos, las contrataciones se realizaron sin la debida consignación presupuestaria previa y suficiente, por lo que se debió también hacer mención expresa en dicha Propuesta de Resolución a este específico motivo de nulidad contractual contemplado en el art. 32, c) TRLCSP.

Por lo tanto, además de todo lo ya manifestado, es de aplicación a este supuesto lo señalado en el reciente Dictamen 297/2015, de 29 de julio, ya referido con anterioridad:

«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».

3. Por todo lo expuesto, podemos concluir que la Propuesta de Resolución del procedimiento revisor incoado (expediente de nulidad nº 15/2015) no se considera ajustada a Derecho, pues no procede la declaración de nulidad de los contratos de

suministro efectuados, al ser plenamente de aplicación el art. 106 LRJAP-PAC, tal como señalamos en el dictamen anteriormente transcrito.

CONCLUSIÓN

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., pues si bien concurre la causa de nulidad del art. 32.c) TRLCSP, no procede su declaración en aplicación del art. 106 LRJAP-PAC.