



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 1 2 8 / 2 0 1 6

(Sección 1ª)

La Laguna, a 21 de abril de 2016.

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., por valor de 52.915,59 euros (EXP. 107/2016 CA)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. Mediante escrito de 19 de marzo de 2016 (registrado de entrada en este Consejo Consultivo el 31 de marzo de 2016), 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 n.º 1/2016 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.

2. En la Propuesta de Resolución la Administración afirma que dichos suministros se llevaron a cabo eludiendo los requisitos de publicidad, concurrencia, adjudicación y formalización de los contratos administrativos a pesar de superar el límite de 18.000 € establecido para los contratos menores. A ello se añade que cuando se inició el expediente de contratación no existía disponibilidad presupuestaria adecuada y suficiente para abordar la contratación de suministros de medicamentos. Conforme a lo anterior, se considera que concurre 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), si

* Ponente: Sr. Brito González.

bien la citada Propuesta de Resolución nada dice sobre la vulneración de lo establecido en el art. 35.c) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), que señala como causa de nulidad de Derecho administrativo «la carencia o insuficiencia de crédito, de conformidad con lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria». Lo que, como luego analizaremos, constituye un específico y prevalente motivo de nulidad contractual, tal y como se le ha señalado en otras ocasiones a la citada Gerencia (DCC 452/2015).

3. La empresa contratista ha mostrado su oposición a 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) TRLCSP, 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 Regulator de la Actividad Económico Financiera del Servicio Canario de la Salud.

5. 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 2 de mayo 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 2 de febrero de 2016, otorgándosele el trámite de audiencia a la empresa contratista, la cual presentó escrito de alegaciones el 18 de febrero de 2016, manifestando su oposición, pues, entre otras motivos, considera que la nulidad que se pretende no está justificada en modo alguno al no hacer mención aquella Resolución a alguna de las causas de nulidad legalmente establecidas que pudiera fundamentar dicha declaración, lo que le genera indefensión, concluyendo que no existe motivo alguna para declarar la

nulidad de los suministros efectuados y recibidos a satisfacción por la Administración contratante.

Asimismo, 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. En cuanto a los hechos, cabe señalar, primeramente, que en el expediente remitido a este Consejo Consultivo se incluye (página cuatro) una relación de las facturas emitidas por la empresa N.N.P., S.A., distinta del resto de anexos que obran en tal expediente.

En tal relación se contienen facturas que fueron objeto del Dictamen de este Consejo Consultivo 452/2015, de 4 de diciembre, señalándose entonces que «(l) a 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)».

Con toda probabilidad, la mención a dichas facturas constituye un error material, pues en los anexos constan como facturas objeto del presente procedimiento de declaración de nulidad las siguientes:

- Factura n.º 9120384383, de 29 de septiembre de 2015, por valor de 191,40 euros.

- Factura n.º 9120384384, de misma fecha que la anterior, por valor de 14.473,31 euros.

- Factura n.º 9120386860, de 4 de noviembre de 2015, por valor de 17.574,73 euros.

- Factura n.º 9120390639, de 5 de enero de 2016, por valor de 20.676,15 euros.

Todas estas facturas se corresponden con suministros de productos sanitarios efectuados por la empresa N.N.P., S.A., 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. Este procedimiento tiene por objeto la declaración de nulidad 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 (factura n.º 9120390639).

3. Dada la similitud de la cuestión planteada con otros expedientes ya dictaminados por este Organismo, procede señalar de nuevo lo manifestado en dicho Dictamen 452/2015:

«(...) 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. Asimismo, resulta trasladable a este supuesto lo señalado en el reciente Dictamen 297/2015, de 29 de julio, sobre la aplicación prevalente de la causa de nulidad específica, y la no aplicación de la misma al resultar de aplicación el art. 106

LRJAP-PAC, debiendo pagar la Administración a la cesionaria de los derechos de crédito el importe total de las facturas emitidas y no abonadas con los correspondientes intereses moratorios. Así en el citado Dictamen señalábamos:

«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».

5. Por último, la Gerencia del Área de Salud de La Gomera y el resto de Gerencias y Hospitales del Servicio Canario de la Salud -según se desprende de los distintos expedientes de nulidad, 23, dictaminados por este Consejo Consultivo el año pasado (DDCC 133, 134, 135, 156, 157, 181, 189, 248, 272, 297, 313, 314, 315, 316, 325, 326, 328, 388, 394, 452, 460, 474, y 485 de 2015)- se sigue haciendo caso omiso a las indicaciones que se les realiza por su Servicio Jurídico y por este Organismo, pues continúan adquiriendo suministros sin seguir las pautas procedimentales legalmente exigidas y tantas veces recordadas por este Consejo Consultivo.

Por ello, una vez más, se debe reiterar a la Administración sanitaria la improcedencia de tal actuar, que podría evitarse si se hiciese una correcta planificación de su actividad y de la gestión contractual, con total respeto a los principios inspiradores de la contratación pública (publicidad y transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores), sin

duda alguna contribuiría a garantizar la utilización eficiente de los fondos públicos, principios consagrados en el art. 1 TRLCSP.

Ciertamente, una vez determinadas por la Administración sanitaria las necesidades que deben cubrirse -que son previsibles e incluso cuantificables- y concretado el alcance, tanto material como temporal, del objeto de los contratos que se requieren para satisfacerlas, una correcta planificación de las necesidades de contratación permitiría plantear diferentes opciones para cubrirlas (entre ellas, las señaladas en el art. 9.3 TRLCSP), así como ahorrar en los gastos de gestión de la contratación por una posible mejora de precios derivada no sólo por la agregación de demanda, aprovechando las economías de escala, sino también por la mayor concurrencia que permite una contratación abierta y competitiva.

La Administración, al contratar, debe hacer una racional y eficiente utilización de los fondos públicos. Así se dispone en los arts. 1 y 22.1 TRLCSP, señalando este último precepto que:

«Los entes, organismos y entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación».

Además, la Administración con carácter general (art. 3, apartados 1 y 5 LRJAP-PAC) y en el ámbito de la contratación pública, está sujeta a los principios de buena fe, confianza legítima, transparencia, participación y seguridad jurídica.

Así lo señala la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en la Sentencia, de 14 de febrero de 2007, cuando dice:

«Debe significarse que el principio de confianza legítima, que rige las relaciones entre los ciudadanos y la Administración en un Estado social y democrático de Derecho, que proporciona el marco de actuación de los particulares en sus relaciones con los poderes públicos administrativos, caracterizado por las notas de previsibilidad y seguridad jurídica, y cuya normatividad en nuestro ordenamiento jurídico público subyace en las cláusulas del artículo 103 de la Constitución (...).

El contexto aplicativo de estos principios jurídicos se advierte en la exposición de motivos de la citada Ley procedimental administrativa, cuando afirma: «En el título preliminar se introducen dos principios de actuación de las Administraciones Públicas, derivados del de seguridad jurídica. Por una parte, el principio de buena fe, aplicado por la

jurisprudencia Contencioso-Administrativa incluso antes de su recepción por el título preliminar del Código Civil. Por otra, el principio, bien conocido en el Derecho procedimental administrativo europeo y también recogido por la jurisprudencia Contencioso-Administrativa, de la confianza legítima de los ciudadanos en que la actuación de las Administraciones Públicas no puede ser alterada arbitrariamente», debiéndose evitar por la Administración sanitaria toda vulneración de tales principios».

Finalmente, también resulta de aplicación lo establecido en el art. 41.1 LRJAP-PAC, que establece, dentro del marco regulador de toda actividad administrativa y, por tanto, también aplicable a los procedimientos contractuales, la responsabilidad de los titulares de las unidades administrativas en relación con la correcta tramitación de los asuntos que les corresponda, disponiéndose que:

«Los titulares de las unidades administrativas y el personal al servicio de las Administraciones Públicas que tuviesen a su cargo la resolución o el despacho de los asuntos, serán responsables directos de su tramitación y adoptarán las medidas oportunas para remover los obstáculos que impidan, dificulten o retrasen el ejercicio pleno de los derechos de los interesados o el respeto a sus intereses legítimos, disponiendo lo necesario para evitar y eliminar toda anormalidad en la tramitación de procedimientos».

Todo ello ha sido incumplido por la Administración sanitaria tal y como ha quedado patente en la totalidad de los supuestos dictaminados por este Consejo Consultivo en el pasado año, donde se ha procedido a contratar sin una correcta planificación previa que permita lograr una eficiencia y racionalidad en la utilización de los recursos públicos y con total desprecio a los principios reguladores de la contratación pública: transparencia, legalidad, seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima. Este incorrecto proceder no ha sido corregido por la Administración sanitaria en el presente año se continúa remitiendo a este Consejo solicitudes de revisión de oficio de expedientes de contratación que, en síntesis, presentan los mismos defectos que ya los ya dictaminados con anterioridad.

Tal apreciación, no obstante, no impide que en este caso, como en otros anteriores dictaminados por este Consejo Consultivo, se deba concluir que, sin perjuicio de que la Propuesta de Resolución no se considera ajustada a Derecho, pese a concurrir la causa de nulidad del art. 32.c) TRLCSP no procede tal declaración por aplicación de los límites que la revisión de oficio impone en el art. 106 LRJAP-PAC.

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.