



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 1 3 4 / 2 0 1 6

(Sección 1ª)

La Laguna, a 27 de abril de 2016.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución de la declaración de nulidad de los contratos administrativos de suministro de productos farmacéuticos realizados a favor del Complejo Hospitalario Universitario de Canarias por la empresa C., S.L. (cesionaria I.F.E., SAU) (EXP. 117/2016 CA)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. Se interesa por el Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias, a través del escrito de 9 de abril de 2016, registrado de entrada en este Consejo Consultivo de 12 de abril de 2016, dictamen en relación con la Propuesta de Resolución del procedimiento de declaración de nulidad (expediente nº 2016/0009), emitida en forma de borrador de la Resolución definitiva, por la que se pretende declarar la nulidad de los contratos administrativos de suministro suscritos con la empresa C., S.L. cuyos derechos de cobro, correspondientes a las cantidades que constan en las respectivas facturas emitidas entre julio y diciembre de 2015, fueron cedidos por la contratista a la empresa I.F.E., S.A.U.

2. La referida Propuesta de Resolución considera que tales 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), y en la establecida en el art. 32. 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).

* Ponente: Sr. Brito González.

Además, consta en el expediente remitido a este Consejo Consultivo el escrito de la empresa cesionaria de los derechos de cobro de las facturas correspondientes a los suministros efectuados por el que muestra su oposición a tal declaración, ya que entiende que, de acuerdo con la cuantía global de las facturas correspondientes a los suministros realizados entre julio y diciembre de 2015, los contratos suscritos podrían calificarse como menores, lo que no justifica a su criterio la declaración de nulidad que se pretende, añadiendo que entiende que le corresponden también los intereses moratorios generados en relación con las cantidades adeudadas.

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

4. El órgano competente para resolver el presente procedimiento es el Director Gerente del Hospital Universitario de Canarias 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. Por último, 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, lo que tendría lugar el 11 de mayo de 2016, ya que la Resolución de inicio de este procedimiento se emitió el día 11 de febrero de 2016.

II

1. Los antecedentes de hecho más relevantes son los siguientes:

- Entre los meses de julio y noviembre de 2015, se emitieron diversas facturas - ninguna de ellas superior a 18.000 €- por parte de C., S.L. por suministros farmacéuticos por un importe total de 37.149,02 € (incluido el IGIC), conforme obra en el anexo adjunto al informe-memoria del órgano gestor del mismo y a la Resolución de inicio del presente procedimiento, sin tramitación de procedimiento contractual alguno y sin suficiencia de crédito en su momento, omisiones que

reconoce como ciertas la propia Administración tanto en la Resolución de inicio como en la Propuesta de Resolución, considerando la misma que cada entrega constituía un contrato menor, individualizado e independiente.

Por la Gerencia del Hospital Universitario de Canarias se constata, a través de los controles automatizados de su sistema contable (SEFLOGIC), que de manera intermitente y a lo largo de dicho periodo de tiempo le han sido suministrados tales materiales farmacéuticos por la empresa interesada de manera efectiva a entera satisfacción de la Administración y por el valor ya referido, sin que se hayan abonado tales cantidades por parte del Servicio Canario de la Salud.

- Finalmente, consta únicamente en el expediente como documentación demostrativa de los hechos referidos con anterioridad una mera relación detallada de las facturas correspondientes a los suministros referidos y las alegaciones efectuadas por la empresa C., S.L. y la cesionaria de los créditos con ocasión del trámite de audiencia que se otorgó a ambas.

2. En lo que se refiere al procedimiento tramitado, este se inició mediante Resolución nº. 297, de 11 de febrero de 2016, otorgándosele el trámite de audiencia a la empresa contratista referida y a la cesionaria de los referidos derechos de crédito, I.F.E., S.A.U., que presentó escrito de alegaciones, oponiéndose a la declaración de nulidad que se pretende, tal y como ya se hizo mención.

Además, el presente procedimiento administrativo (exp. Nº 2016/0009) cuenta con el informe de la Asesoría Jurídica departamental, y con la Propuesta de Resolución en forma de borrador de la Resolución definitiva del procedimiento.

II

1. La Dirección Gerencia del Complejo Hospitalario Universitario de Canarias y el resto de Hospitales y Gerencias de las distintas Áreas del Servicio Canario de la Salud (según se desprende de los distintos expedientes de nulidad que han sido dictaminados por este Consejo Consultivo: 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) siguen haciendo caso omiso a las indicaciones que realiza su Servicio Jurídico y este Organismo, pues se continúa adquiriendo suministros sin seguir las pautas procedimentales legalmente exigidas y tantas veces recordadas por este Consejo, incoando seguidamente procedimientos de nulidad cuyas Propuestas de Resolución se remiten a este Consejo para preceptivo dictamen.

2. Antes de entrar en el fondo del asunto, conviene recordar a la Administración sanitaria lo señalado en nuestro Dictamen 128/16 sobre su incorrecto proceder al utilizar la declaración de nulidad de los contratos (vía excepcional y de aplicación restrictiva) como forma habitual de *convalidar* la contratación de suministros médicos, realizados con total desprecio a la normativa de aplicación. Dijimos en ese Dictamen:

«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 anomalía 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».

3. Entramos ya en el análisis de los motivos en los que se basa la declaración de nulidad pretendida por la Administración: la falta absoluta de procedimiento y la carencia de consignación presupuestaria previa para realizar las contrataciones.

Sobre la concurrencia del art. 62.1.e) LRJAP-PAC, en nuestro Dictamen 125/2016 señalamos que «la celebración de un contrato administrativo, requiere el cumplimiento de los trámites y las formalidades a que se hace referencia en la normativa aplicable, por lo que la omisión de los mismos, si tienen carácter esencial conlleva la nulidad de pleno derecho del contrato, sin perjuicio de las indemnizaciones que pueden corresponder a quien realizó determinadas prestaciones a favor de la Administración Pública, sea por vía de responsabilidad patrimonial, sea por la de la doctrina del enriquecimiento injusto» (Sentencia del TSJ de Castilla y León, sede Valladolid, de 7 de mayo de 2014).

De la documentación obrante en el expediente, a pesar de lo manifestado por la cesionaria, parece desprenderse la existencia de un fraccionamiento ilegal o fraudulento del contrato, utilizando la contratación menor para eludir los controles procedimentales a los que no está sujeto este singular procedimiento; práctica esta

que constituye una ilegalidad tal y como hemos venido reiterando en los dictámenes anteriormente referenciados y a los que nos remitimos.

Sobre la concurrencia de la causa de nulidad específica y de aplicación prevalente, de carencia de crédito suficiente [art. 32.c) TRLCSP], si bien no consta certificación acreditativa de tal circunstancia, la misma se desprende del informe memoria, trasladado luego a la Propuesta de Resolución, cuando se señala que son «contrataciones realizadas para garantizar la prestación de los servicios asistenciales demandados por al Centro, en un contexto de inexistencia de crédito presupuestario suficiente».

4. No obstante, resulta plenamente aplicable a este supuesto lo indicado en el Dictamen 128/2016, 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».

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.

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