



Consejo Consultivo de Canarias

## DICTAMEN 136/2016

(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 las empresas T.F.E., S.A. y B., S.A. (cesionaria I.F.E., S.A.U.) (EXP. 119/2016 CA)\*.*

## FUNDAMENTOS

### 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 el 12 de abril de 2016, dictamen en relación con la Propuesta de Resolución del procedimiento de declaración de nulidad (expediente nº 2016/0005), emitida en forma de borrador de la Resolución definitiva, por la que se pretende declarar la nulidad de los contratos administrativos de suministro suscritos por el Complejo Hospitalario Universitario de Canarias, HUC, detallados en el Anexo de la Propuesta de Resolución. El referido Anexo señala como contratista a la empresa T.F.E., S.A. por facturas emitidas por importe de 49.302,72 €, si bien dicho Anexo cuantifica el importe total en 59.177,09 €.

2. El órgano competente para resolver el presente procedimiento es el Director Gerente del HUC 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.

---

\* Ponente: Sr. Brito González.

3. El art. 34 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2001, de 14 de noviembre (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, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), 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 (Resolución nº 322).

4. En la Resolución de inicio se acordó la acumulación de los procedimientos correspondientes a la declaración de nulidad de los contratos que obran en el Anexo.

## II

1. Con la finalidad de determinar correctamente el objeto del presente dictamen, es preciso señalar varias cuestiones previas que atañen al procedimiento instruido.

En primer lugar, la Resolución de inicio, el informe memoria y la Propuesta de Resolución no hacen mención alguna a las empresas afectadas por el expediente de nulidad ni al importe de las cantidades comprometidas por el citado expediente. En lugar de seguir las indicaciones realizadas de forma reiterada por este Consejo y por su propia Asesoría Jurídica, la Administración sanitaria, en un intento de simplificación de su tarea pero que complica enormemente la posterior comprensión de todo lo actuado (y el presente expediente es un claro ejemplo de ello), ha optado por elaborar para los expedientes de nulidad contractual una especie de *modelos normalizados* de resoluciones e informes que remiten a los respectivos anexos la concreción subjetiva y objetiva de los expedientes de nulidad afectados, sin señalarse nada de ello en el cuerpo de los citados documentos.

En segundo lugar, en este concreto expediente de nulidad se constata, de los Anexos de la Resolución de inicio del expediente (Resolución 322 de la Dirección Gerencia, de 11 de febrero 2015), del informe-memoria y de la Propuesta de Resolución, que la única empresa que aparece mencionada es T.F.E., S.A.

Sin embargo, en el expediente remitido a este Organismo consta también documentación correspondiente a la contratación con la empresa B., S.A., en

concreto, la Resolución de inicio de un expediente de declaración de nulidad con la misma numeración que la Resolución inicial de este caso y la correspondiente al trámite de audiencia, a la que se acompañan otros anexos («ANEXO Resolución 322/2016» y «Anexo Audiencia») por importe de 9.874,37 €. Cantidad que coincide exactamente con la diferencia entre importe total y el importe contratado con T.F.E., S.A. señalada en el Anexo de la Propuesta de Resolución sometida a dictamen. Ello nos induce a entender que también forman parte del expediente analizado la declaración de nulidad del contrato de suministro suscrito con la empresa B., S.A., lo que resulta además corroborado por los dos documentos contables «RC» efectuados bajo la denominación de «Retención de Crédito por Nulidad» correspondientes a los suministros efectuados por ambas empresas.

Lo anterior se constata, además, por el hecho de que en el expediente consta haberse conferido el trámite de audiencia a ambas empresas, que mostraron su conformidad con el expediente de nulidad incoado, si bien la cesionaria de sus respectivos derechos de cobro, I.F.E., S.A.U., se opuso a la misma, lo que justifica la preceptividad del dictamen de este Organismo [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].

Todos estos argumentos se confirman con el informe emitido por la Asesoría Jurídica departamental, que analiza los suministros efectuados por ambas empresas, si bien en lo que se refiere a los efectuados por B., S.A. viene a señalar que «al respecto de los importes, se aprecia que los servicios acumulados o individuales efectuados de una de las empresas no alcanzan el umbral de los 18.000 euros fijados en el art. 138.3 TRLCSP, para los que en su caso no procedería tramitación de expediente de contratación alguno de cuya omisión pudiera derivar la nulidad que se pretende declarar en el presente, al poderse considerar contratos menores, siempre y cuando no se deba dicho importe a un fraccionamiento permitido por la Ley».

La Propuesta de Resolución, como ya dijimos, solo se refiere (en su Anexo) a la empresa T.F.E., S.A., no justificando en modo alguno el motivo de la *exclusión* de la otra empresa afectada por la nulidad, B., S.A. Tal incorrecta omisión debe ser subsanada dando debida respuesta en el propio texto de la Propuesta de Resolución y en su Anexo a los motivos por los que se excluye a la referida empresa. A ello nos volveremos a referir con posteridad.

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 y que resulta plenamente aplicable en el presente caso. 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 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».

### III

1. La Propuesta de Resolución considera que los contratos son nulos de pleno derecho puesto que se ha incurrido en la causa de nulidad establecida en el art. 62.1.e) LRJAP-PAC y en la establecida en el art. 32.c) TRLCSP.

A este respecto, la empresa cesionaria de los derechos de cobro de las facturas correspondientes a los suministros efectuados por ambas empresas muestra su oposición a tal declaración de nulidad en sendos escritos de fecha 26 de febrero de 2016, ya que entiende que, de acuerdo con la cuantía global de las facturas correspondientes a los suministros realizados entre julio y noviembre de 2015, los contratos suscritos podrían calificarse como menores, reclamando no solo el principal sino también los intereses moratorios generados en relación con las cantidades adeudadas, tal y como ha venido reclamando en los diversos asuntos similares a este en los que dicha empresa ha intervenido como interesada.

2. Entre los meses de julio y noviembre de 2015, se emitieron diversas facturas por parte de las empresas T.F.E., S.A. y B., S.A por suministros farmacéuticos que

ascienden a un importe total de 59.177,09 euros, que se efectuaron sin tramitación de procedimiento contractual alguno y sin suficiencia de crédito en su momento (“en un contexto de inexistencia de crédito presupuestario suficiente”), 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.

Además, afirma la Administración que por la Gerencia del HUC se constató, a través de los controles automatizados de su sistema contable (SEFLOGIC), que de manera intermitente y a lo largo de dicho periodo de tiempo se suministraron por la contratista tales materiales farmacéuticos de manera efectiva y por el valor ya referido, sin que se hayan abonado tales cantidades por parte del Servicio Canario de la Salud.

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. En este punto, como ya señalamos, se deberá completar la Propuesta de Resolución para añadir a la empresa *excluida* con expresa motivación de la concurrencia o no de los motivos de nulidad esgrimidos.

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 en las contrataciones efectuadas con la empresa T.F.E., S.A. 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 esta singular contratación. Práctica esta que constituye una ilegalidad tal y como hemos venido reiterando en los dictámenes anteriormente referenciados y a los que nos remitimos.

Por el contrario, en lo que se refiere a la contratación realizada con la empresa B., S.A. en modo alguno puede desprenderse del análisis de la documentación obrante en el expediente que estemos ante un fraccionamiento ilegal del único suministro efectuado por la misma que, por ende, no supera el límite establecido para la contratación menor

4. Sobre la concurrencia de la causa de nulidad específica y de aplicación prevalente, 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 el centro, en un contexto de inexistencia de crédito presupuestario suficiente». Esta causa de nulidad concurre en todas las contrataciones analizadas objeto de dictamen.

No obstante, resulta plenamente trasladable a este supuesto lo indicado en el Dictamen 128/2016, sobre la aplicación prevalente de la causa de nulidad del art. 32.c) TRLCSP al venir contemplada en la legislación específica y al producirse en primer lugar (para la empresa T.F.E., S.A. exclusivamente) y sobre la improcedencia de la aplicación de causa de nulidad alguna conforme a lo dispuesto en el art. 106 LRJAP-PAC.

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 impide que en este caso, como en otros anteriores dictaminados por este Consejo Consultivo, se deba concluir que la Propuesta de Resolución no se considera ajustada a Derecho pese a concurrir la causa de nulidad del art. 32.c) TRLCSP, si bien no procede tal declaración por aplicación de los límites que la revisión de oficio impone en el art. 106 LRJAP-PAC, debiendo abonar la Administración a los contratistas o, en su caso, a la cesionaria de los derechos de crédito (solo consta debidamente acreditada la cesión a una de las empresas) el importe total de las facturas emitidas y no abonadas con los correspondientes intereses moratorios.

## C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución, que deberá ser complementada conforme se indica en el Fundamento II.1 de este Dictamen, no se considera ajustada a Derecho, por lo que se dictamina desfavorablemente la declaración de nulidad de los contratos suscritos con las empresas T.F.E., S.A. y B., 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.