



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 1 3 9 / 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 del contrato administrativo de suministro suscrito por la Dirección Gerencia del Hospital Universitario de Gran Canaria Doctor Negrín, con N.N.F., S.A. (EXP. 131/2016 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 13 de abril de 2016, con registro de entrada en este Consejo Consultivo de 18 de abril de 2016, dictamen en relación con la Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio (expediente de nulidad 51/T/16/UN/GE/T/0002), por la que se pretende declarar la nulidad del contrato administrativo de suministro suscrito por el Hospital Universitario de Gran Canaria Dr. Negrín con la empresa N.N.F., S.A., correspondiente a la factura nº. 9120375655, por un valor total de 11.119,12 euros.

Es necesario precisar acerca del objeto del presente dictamen que la Resolución de inicio del procedimiento de declaración de nulidad que nos ocupa (Resolución de la Dirección Gerencia del Hospital Dr. Negrín nº 482, de 19 de febrero de 2016) tiene por objeto la declaración de nulidad de una serie de contratos de suministro correspondientes a las facturas que obran en sus Anexos (concretamente, la anteriormente señalada se halla en el Anexo II).

Sin embargo, la Propuesta de Resolución tiene por objeto exclusivamente la declaración de nulidad del contrato de suministro realizado por la empresa N.N.F.,

* Ponente: Sr. Brito González.

S.A., por lo que este Consejo Consultivo únicamente se pronunciará sobre el contrato de suministro correspondiente a tal factura al entender que se ha producido una especie de disgregación (si seguimos la terminología utilizada por la Administración en otros expedientes similares sometidos a dictamen de este Organismo) del expediente inicial para referirnos exclusivamente al suministro realizado por la empresa N.N.F., S.A., que se opuso a la declaración de nulidad. Lo anterior viene avalado por lo señalado en el antecedente de hecho cuarto de la Propuesta de Resolución que señala que la Administración ya declaró la nulidad de los contratos cuyos contratistas mostraron su conformidad en el trámite de audiencia que se les confirió con la Resolución de inicio de este procedimiento de nulidad.

2. De lo manifestado en la Resolución inicial e informes obrantes en el expediente remitido a este Consejo Consultivo, se desprende que la Administración considera que el 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), al haberse producido un fraccionamiento de los contratos de forma fraudulenta (nos remitimos a las explicaciones obrantes en el informe emitido en respuesta a las alegaciones de la contratista), por lo que procedía declarar la nulidad del mismo y acordar su liquidación económica.

3. La empresa N.N.F., S.A. mostró su disconformidad con tal declaración de nulidad en sus escritos de 1 y 7 de marzo de 2016, 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, 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 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 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, 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 19 de mayo de 2016, ya que la Resolución de inicio de este procedimiento se emitió el día 19 de febrero de 2016.

II

1. En cuanto a los antecedentes de hecho, los más relevantes son los siguientes:

- El 1 de junio de 2015, se emitió una factura por parte de la empresas mencionada correspondientes a los suministros sanitarios realizados al Hospital Universitario de Gran Canaria Dr. Negrín por las cantidades ya referidas en el fundamento anterior del presente dictamen, sin tramitación de procedimiento contractual alguno, como se afirma en el informe-memoria emitido por la Dirección de Gestión del mismo, considerando en su momento la Administración que cada entrega constituía un contrato menor, individualizado e independiente.

- Por la citada Dirección Gerencia se constata, a través de los controles automatizados de su sistema contable (TARO, actualmente SEFLOGIC, apartado 8ª "control del contrato menor"), que de manera intermitente y a lo largo de dicho periodo de tiempo le han sido suministrados materiales sanitarios por el importe ya especificado, encontrándose en la relación emitida por dicha Dirección Gerencia (anexo II de la Resolución de inicio) la identificación de la factura objeto del presente expediente de nulidad, la cual no ha sido abonada por parte del Servicio Canario de la Salud a los titulares de los derechos de cobro.

Además, se afirma en el informe relativo a las alegaciones de N.N.F., S.A. que ya se le ha pagado a dicha empresa la factura 9120369444 por importe de 7.412,75 euros, sin que esta sea objeto del presente procedimiento.

2. En lo que se refiere a la tramitación de este procedimiento, se inició mediante Resolución nº 482, de 19 de febrero de 2016, otorgándosele el trámite de audiencia a la empresa contratista, que presentó los mencionados escritos de alegaciones.

- No consta certificado acreditativo de la preceptiva suficiencia de crédito presupuestario para llevar a cabo tal contratación. Por el contrario, sí se adjunta al expediente la documentación relativa a la reserva de crédito para el presente procedimiento de nulidad, referida a diversas cantidades entre la que podría

encontrarse la correspondiente a la factura mencionada (páginas 155 y ss. del expediente).

- Por último, el presente procedimiento administrativo (expediente de nulidad 51/T/16/UN/GE/T/0002) cuenta con el informe de la Asesoría Jurídica departamental y con la Propuesta de Resolución en forma de borrador de la Resolución definitiva.

De todo ello procede referir que la factura mencionada fue objeto del expediente de nulidad 51/T15/UN/GE/T/0011, tramitado por esta Dirección Gerencia, que dio lugar al Dictamen 394/2015, de 23 de octubre, en el que se señaló la caducidad de tal procedimiento.

III

1. La Dirección Gerencia del Hospital Universitario de Canarias Dr. Negrín y el resto de Hospitales del Servicio Canario de la Salud -según se desprende de los distintos expedientes de nulidad que llegan para ser 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, y 125 y 128 de 2016, un total de 25 dictámenes emitidos hasta la fecha- siguen haciendo caso omiso a las indicaciones que les realiza su Servicio Jurídico y este Organismo, pues continúan adquiriendo suministros sin seguir las pautas procedimentales legalmente exigidas y tantas veces recordadas por este Consejo.

Nuevamente, en el informe emitido por la Asesoría Jurídica departamental, de 18 de marzo de 2016, se señala, al igual que en los supuestos anteriores:

«(...) la declaración de nulidad de los contratos por no cumplir las formalidades legalmente establecidas se torna como una excepcionalidad de aplicación restrictiva, sin que en ningún caso pueda erigirse como la forma habitual de contratación de los órganos administrativos (...)» (página 175 del expediente).

2. La Propuesta de Resolución carece de toda mención a las causas legales que justifican la declaración de nulidad que se pretende. No obstante, en el informe emitido con ocasión de las alegaciones realizadas por la empresa contratista se afirma que la de declaración de nulidad pretendida se justifica en que se ha incumplido con lo dispuesto en el art. 86.2 TRLCSP («no podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan»), remitiéndose de forma genérica al art. 62.1 LRJAP-PAC y, obviamente, sin

pronunciarse de forma concreta y precisa acerca de la razón por la que estima que concurre dicha causa de nulidad.

No obstante, la documentación obrante en el expediente permite entender que se ha producido un fraccionamiento contractual ilegal y fraudulento que se encuadraría, en el motivo de nulidad previsto en el art. 62.1.e) LRJAP-PAC, al suponer una vulneración esencial del procedimiento legalmente establecido para contratar con la Administración.

3. Por ello, cabe señalar nuevamente lo ya manifestado en el reciente Dictamen de este Organismo 125/2016, de 21 de abril, según el cual:

«Efectivamente, 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 su 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).

El fraccionamiento irregular de los contratos constituye, por tanto, causa de nulidad de pleno derecho de los mismos (Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Andalucía, informe 14/2014, de 22 de julio). No obstante, ni en expediente remitido a este Consejo ni en la fundamentación contenida en la Propuesta de Resolución queda debidamente acreditado que se haya producido tal fraccionamiento contractual. Por ello, teniendo en cuenta la interpretación restrictiva que debe regir en esta materia, consideramos que no concurre la causa de nulidad prevista en el art. 62.1.e) LRJAP-PAC, debiendo entender que estamos ante contratos menores singularizados, y por tal motivo, tal como alegan los cesionarios, los mismos cumplen con lo dispuesto en los arts. 111 y 138.3 TRLCSP, por lo que se ajustan a Derecho».

4. A todo ello se debe añadir lo reiteradamente manifestado en los dictámenes antes mencionados en relación con la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto al presente asunto, que resulta de aplicación, al operar como límite a la declaración de nulidad, según el art. 106 LRJAP-PAC: («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 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 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 Resolución de inicio (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.

6. Por todo lo expuesto, podemos concluir que la Propuesta de Resolución no se considera ajustada a Derecho, por lo que se dictamina desfavorablemente la declaración de nulidad de los contratos instada por la Administración (exp. 51/T/16/UN/GE/T/0002), pues si bien concurre causa de nulidad -como ya argumentamos, la contemplada en el art. 62.1.e) LRJAP-PAC- no procede su declaración por los motivos expuestos.

En todo caso, deberá procederse al abono a la contratista el importe de las facturas emitidas y no pagadas con los correspondientes intereses moratorios a fin de evitar un enriquecimiento injusto de la Administración sanitaria.

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.F., S.A., pues si bien concurre la causa de nulidad del art. 62.1,e) TRLCSP, no procede su declaración en aplicación del art. 106 LRJAP-PAC.