



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 9 1 / 2 0 1 6

(Sección 1ª)

La Laguna, a 21 de septiembre 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 sanitarios realizados al Hospital Universitario Nuestra Señora de la Candelaria con la empresa F., S.A.U., cuyos derechos de cobro fueron cedidos a la empresa F.E, S.A. (EXP. 276/2016 CA)*.***

F U N D A M E N T O S

I

1. Mediante escrito de 26 de julio de 2016 (registro de entrada en este Consejo Consultivo de 1 de septiembre de 2016), el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias interesa de este Consejo preceptivo dictamen en relación con la Propuesta de Resolución, en forma de borrador de la Resolución definitiva del procedimiento de declaración de nulidad nº 25 bis/2016, por el que se pretende el abono de la cantidad adeudada a resultas de la declaración de nulidad de los contratos de suministro suscritos con la empresa F., S.A., cuyos derechos de cobro correspondientes a las cantidades que constan en las facturas emitidas en 2015 por un monto total de 10.208,44 euros fueron cedidos totalmente a la empresa F.E., S.A., principal interesada en este procedimiento al haberse ejecutado ya los contratos y restar únicamente el pago del precio y, en su caso, los intereses moratorios que correspondan.

Es preciso recordar en relación con la pretensión de nulidad de estas contrataciones, que este Consejo Consultivo ya ha emitido dos Dictámenes previos de forma, el Dictamen 161/2016, de 16 de mayo, y el Dictamen 183/2016, de 8 de junio, a los que nos remitimos.

* Ponente: Sr. Brito González.

2. En la Propuesta de Resolución sometida a dictamen, la Administración afirma que dichos 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).

Asimismo, la empresa cesionaria referida se ha opuesto a tal declaración de forma expresa al haber tenido conocimiento del presente expediente, 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.

3. El órgano competente para resolver el presente procedimiento es la Directora Gerente del Hospital Universitario de Ntra. Sra. de La Candelaria, 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.

4. 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, la cual se produciría en este supuesto el 23 de septiembre de 2016.

II

1. Conforme resulta del nuevo expediente de nulidad incoado, durante el año 2015 la empresa contratista suministró diverso material sanitario por valor de 10.208,44 euros (anexo I del informe-memoria), según afirma la Administración, sin tramitación de procedimiento contractual, considerando dicha Administración que cada entrega constituía un contrato menor, individualizado e independiente. En todo caso, el monto total no supera el límite establecido para la contratación menor.

Por la Gerencia del Hospital Universitario de Ntra. Sra. de La Candelaria se constata a través de los controles automatizados de su sistema contable (TARO,

actualmente SEFLOGIC, apartado 8ª «control del contrato menor»), que realmente de manera intermitente y a lo largo de dicho periodo de tiempo se le han suministrado tales materiales sanitarios por la empresa contratista de manera efectiva y por el valor ya referido, sin que se le hayan abonado tales cantidades por parte del Servicio Canario de la Salud.

2. Además, 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 se encuentra la correspondiente a las facturas objeto de este expediente (documento contable «RC, retención de nulidad»).

3. En lo que a la tramitación del procedimiento se refiere, cabe señalar que el día 23 de junio de 2016 se emitió la Resolución de inicio del presente procedimiento, que tenía por objeto la totalidad de las facturas emitidas por la empresa contratista, cuyos derechos de cobro fueron cedidos a F.E., S.A., quien presentó escrito de alegaciones con ocasión del trámite de audiencia que le fue otorgado.

Constan asimismo el informe-memoria del órgano gestor y el informe de la Asesoría Jurídica departamental.

Finalmente, se emitió la Propuesta de Resolución en forma de borrador de la Resolución definitiva, sin que conste su fecha de emisión, por la que se acuerda la declaración de nulidad de los contratos de suministro (los relacionados en el Anexo por importe total de 10.208,44 euros), procediendo al abono a la empresa cesionaria del importe de los mismos y declarando la no procedencia a los intereses moratorios que reclama la empresa cesionaria «por no concurrir las causas definidas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre ni en el R.D. 429/1993, de 26 de marzo».

III

1. La Propuesta de Resolución, haciendo caso omiso a lo señalado por este Organismo al dictaminar numerosas Propuestas de Resolución similares a esta (Dictámenes nº 133, 134, 135, 156, 157, 161, 181, 189, 248, 272, 297, 313, 314, 315, 316, 325, 326, 328, 388, 394, 452, 460, 474, y 485 de 2015; y 125, 128, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 180, 183, 270 y 271 de 2016), manifiesta únicamente que concurre la causa de nulidad establecida en el art. 62.1.e) LRJAP-PAC, debiendo

haber expresado de forma clara y precisa las razones por la que considera que se ha incurrido en la causa de nulidad referida.

Dichas razones parecen deducirse del informe-memoria y de la Resolución de inicio de este procedimiento, pues la Administración considera que los suministros se realizaron prescindiendo de los preceptivos trámites para una correcta adjudicación y formalización de los contratos.

Así, se señala como tal «la ausencia del procedimiento legalmente establecido por superar el importe de 18.000 euros en cada contratación de forma acumulada (...) Forma parte del presente expediente la declaración de nulidad, respecto del exceso de pedidos que han superado los 18.000 €, dado que hasta ese importe se tramitaron los correspondientes contratos menores» (*sic*).

Con ello, parece deducirse (aunque no se acredita con la documentación obrante en el expediente) que la causa de nulidad del art. 62.1.e) LRJAP-PAC señalada viene dada por la ausencia de procedimiento en la contratación de suministro de productos farmacéuticos suscritos con la empresa mencionada, al superar el importe de 18.000 euros en cada contratación específica, produciéndose un fraccionamiento fraudulento del contrato al superar en el ejercicio correspondiente de forma acumulada el citado importe.

No obstante, en el supuesto analizado no se da ninguna de esas dos circunstancias, pues en la documentación obrante en el expediente (anexo I del informe-memoria) consta que la empresa afectada realizó suministros a la Administración por importe de 10.208,44 euros -inferior al límite legal establecido para los contratos menores-, lo que evidentemente supone un claro supuesto de contrato menor; sin que, además, quede acreditado en modo alguno que se haya producido un fraccionamiento indebido. Tal como se señala en el informe de la Asesoría Jurídica departamental, «la suscripción de diversos contratos menores que podrían conformar el objeto de un único contrato, no implicaría un supuesto de fraccionamiento irregular si la misma adquisición, mediante un único contrato, también hubiera podido llevarse a cabo recurriendo a la suscripción de un contrato menor».

4. Por todo ello, debemos concluir que la calificación como contrato menor de la contratación llevada a cabo con la contratista, dada su cuantía, es correcta, cumpliéndose no sólo con lo dispuesto en el art. 138.3 TRLCSP, sino también con lo establecido en el art. 111 TRLCSP, por lo que, contrariamente a lo señalado en la Propuesta de Resolución, no se ha probado de forma alguna que en este concreto

supuesto se haya incurrido en la causa de nulidad prevista en el art. 62.1.e) LRJAP-PAC.

5. Sin embargo, aunque no proceda la declaración de nulidad del contrato, permanecen vigentes los derechos y obligaciones derivados de la relación contractual efectuada -que no exige formalización expresa al tratarse de un contrato menor- por lo que, al constar acreditado que F., S.A. suministró conforme a lo pactado y a entera satisfacción el material que le fue encargado por la Administración, procede en este caso su abono a la empresa cesionaria (art. 196 TRLCSP) para impedir el enriquecimiento injusto de la Administración sanitaria.

En relación con esta cuestión, este Consejo Consultivo ha señalado en los dictámenes emitidos en asuntos similares, a que hicimos referencia con anterioridad, 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». Requisitos todos que se cumplen en este caso.

6. Si bien se reconoce en la Propuesta de Resolución tal enriquecimiento injusto, por el contrario se niega el derecho de la cesionaria al abono de los intereses moratorios en aplicación del art. 35.1 TRLCSP, con apoyo en las Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 24 de mayo de 2005 y 18 de febrero de 2009, considerando que al tratarse de un contrato nulo su liquidación debe limitarse a la restitución recíproca de las prestaciones.

Sin perjuicio de lo anteriormente señalado sobre la improcedencia en este caso de la declaración de nulidad de los contratos analizados, las sentencias señaladas contemplan supuestos de hecho distinto al que es objeto del presente dictamen. No obstante, conviene recordar que la nulidad de un contrato administrativo puede determinar, como efecto producido por la nulidad de ese contrato viciado, el derecho a la indemnización conforme dispone el art. 35, *in fine*, TRLCSP, según el cual «la parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido».

Ello sucede en el supuesto analizado en el que, citando la Propuesta de Resolución la STS de 11 de enero de 2013, «la causa eficiente de esa lesión tiene su

origen, en una actuación que el órgano administrativo pudo haber evitado». Un correcto y adecuado funcionamiento de la Administración en las contrataciones efectuadas hubiese evitado el daño que se le ha producido a la contratista y, por ende, a la cesionaria de los derechos de cobro que aquélla tenía. Tal incorrecto proceder lleva aparejado el derecho al cobro de la cesionaria de los intereses moratorios correspondientes.

7. Por último, y en relación a todo lo anteriormente dicho, volvemos a reiterar nuestro Dictamen 136/2016, de 27 de abril, en el que señalamos:

«Antes de entrar en el fondo del asunto conviene recordar a la Administración sanitaria lo señalado en nuestro Dictamen 128/2016 sobre su incorrecto proceder al utilizar la declaración de nulidad de los contratos (vía excepcional y de aplicación restrictiva) como la 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 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 los ya dictaminados con anterioridad».

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 instada por la Administración al no concurrir la causa de nulidad alegada por ésta.