



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 9 2 / 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 del procedimiento de declaración de nulidad de los contratos administrativos de suministros suscritos por la Dirección Gerencia del Complejo Hospitalario Universitario Insular Materno Infantil con S.E., S.A., C., S.L., L., S.L. y con N.N.P., S.L. (EXP. 284/2016 CA)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. Se interesa por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias, a través del escrito de 26 de julio de 2016, con registro de entrada en este Consejo Consultivo de 1 de septiembre de 2016, dictamen en relación con la Propuesta de Resolución del procedimiento de declaración de nulidad (expediente de nulidad EN-CHUIMI-14/2016), por el que se pretende declarar la nulidad de los contratos administrativos de suministro y su posterior liquidación suscritos por el Complejo Hospitalario Universitario Insular Materno Infantil (CHUIMI) con las empresas C., S.L., por valor de 3.965 euros, cuyos derechos de cobro se cedieron a I.F., S.A.U.; con L., S.L., por valor de 3.661,20 euros, cedidos su derechos de cobro a F.E., S.A.; con N.N.P., S.L., por valor de 5.345,13 euros; y con S.E., S.A., por valor de 75.942 euros, cuyos derechos de cobro se cedieron a I.F., S.A.U.

2. La Propuesta de Resolución objeto del presente dictamen tiene por finalidad la declaración de nulidad de los contratos de suministros realizados por las referidas empresas contratistas, y en algunos casos cedidos los derechos de cobro a las empresas cesionarias referidas, tramitándose conjuntamente en un único expediente al haberse llevado a cabo, *de facto*, la acumulación de dichos procedimientos sin

* Ponente: Sr. Brito González.

concurrir los requisitos materiales y formales exigidos por el art. 73 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC).

3. De lo manifestado en la Resolución inicial, en el informe-memoria Dirección de Gestión del CHUIMI y en la Propuesta de Resolución se desprende, pues nada concreto se dice sobre ello salvo una mención a la infracción del art. 86.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que la Administración 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, al haberse producido un fraccionamiento de los contratos de forma fraudulenta, por lo que procedía declarar la nulidad del mismo y acordar su liquidación económica.

4. Las empresas cesionarias de los derechos de cobro y la empresa contratista que no cedió tales derechos (N.N.P., S.L.) mostraron su disconformidad con tal declaración de nulidad en sus escritos, que obran en el expediente remitido a este Consejo Consultivo (si bien no consta documentación alguna acreditativa de dicha cesión), 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.

5. El órgano competente para resolver el presente procedimiento es el Director Gerente del CHUIMI 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.

6. 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 23 de septiembre de 2016, ya que la Resolución de inicio de este procedimiento se emitió el día 23 de junio de 2016.

II

1. Conforme resulta del expediente de nulidad incoado, durante los años 2015 y 2016, las empresas contratistas suministraron en conjunto diverso material sanitario por valor total de 91.420,37 euros (Anexo I del informe-memoria emitido por la Dirección de Gestión del CHUIMI) «sin llevar a cabo los trámites preceptivos para una correcta adjudicación y formalización del correspondiente contrato y sin que ello sea imputable al contratista interesado», considerando dicha Administración que cada entrega constituía un contrato menor, individualizado e independiente. Esos suministros fueron realizados a entera satisfacción y su restitución recíproca resulta imposible, debiendo subsanarse los vicios procedimentales y proceder al pago de los citados suministros a fin de evitar el enriquecimiento injusto de la Administración.

2. No consta certificado acreditativo de la preceptiva suficiencia de crédito presupuestario para llevar a cabo tal contratación. Por el contrario, sí obra en el 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 que tenía por objeto la declaración de nulidad de los contratos correspondientes a las facturas emitidas por las empresas contratistas señaladas en el Anexo I de la misma, figurando el importe total de los suministros efectuados y las cesiones de los derechos de cobro efectuadas.

Conferido trámite de audiencia, fueron presentados escritos de alegaciones por la empresa N.N.P., S.L. y por las empresas cesionarias de los derechos de cobro F.E., S.A. y I.F., S.A.U., S.A.

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

Finalmente, se emitió la Propuesta de Resolución, sin que conste su fecha de emisión, por la que se acuerda la declaración de nulidad y posterior liquidación de los contratos de suministro por el importe y a favor de las entidades detalladas en el Anexo I, respecto de las facturas relacionadas en el Anexo II de la misma.

III

1. En la Propuesta de Resolución, haciendo caso omiso a lo señalado por este Organismo al dictaminar 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), no se llega siquiera a manifestar que concurre la causa de nulidad establecida en el art. 62.1.e) LRJAP-PAC, debiendo haber expresado de forma clara no sólo su concurrencia sino, también, las razones por la que considera que se ha incurrido en la causa de nulidad referida.

Dichas razones parecen deducirse del informe-memoria, de la Resolución de inicio y de la propia Propuesta de Resolución de este procedimiento, pues parece que la Administración entiende que los suministros se realizaron prescindiendo de los preceptivos trámites para una correcta adjudicación y formalización de los contratos y que ha existido un fraccionamiento indebido contraviniendo el art. 86.2 TRLCSP.

2. A la hora de entrar en el fondo del asunto, es preciso hacer una distinción entre los distintos suministros realizados, pues los efectuados por S.E., S.A. superan los 18.000 euros, límite establecido para la contratación menor en el art. 138.3 TRLCSP, mientras que las cuantías del resto de contratos de suministros son inferiores a tal cantidad, si bien aquí hay también que distinguir los suministros realizados por N.N.P., S.L. y L., S.L. (donde cada empresa emite una sola factura correspondiente a un único suministro) de los suministros efectuados por C., S.A. (que emite cinco facturas).

IV

1. En lo que se refiere al contrato de suministro ejecutado por S.E., S.A., cuyos derechos de cobro fueron cedidos a I.F., S.A.U. por valor de 75.942 euros (IGIC incluido), resulta de plena aplicación lo indicado reiteradamente por este Consejo Consultivo en los dictámenes anteriormente señalados sobre el fraccionamiento fraudulento de los contratos:

«(...) la Junta Consultiva de Contratación Administrativa considera que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 86 TRLCSP, el fundamento de la prohibición de fraccionar el objeto de los contratos del sector público se encuentra en evitar que a través de la misma se eluda la aplicación de ciertas normas cuya exigibilidad depende del valor estimado del contrato (publicidad o procedimiento de adjudicación), lo cual implica que la finalidad última de la ley no es agrupar en un solo contrato varias prestaciones de distinta o idéntica naturaleza, sino impedir el fraude de ley señalado. Por todo ello, no debe interpretarse tal precepto como que

hay obligación de integrar en un solo contrato dos o más prestaciones, aunque sean similares y puedan ejecutarse de forma conjunta, si entre ellas no existe un vínculo operativo y es perfectamente posible no sólo contratarlas por separado sino incluso ser objeto de explotación en forma independiente.

(...) la Junta Consultiva de Contratación ha considerado que: "(...) Cuando conforme al criterio anteriormente expuesto proceda integrar en un solo contrato dos o más prestaciones, solo cabrá la división en lotes si concurre alguno de los supuestos legalmente previstos en el apartado tercero del art. 86 TRLCSP. Los referidos supuestos son dos; el primero, se refiere a la necesidad de que cada lote sea susceptible de utilización o aprovechamiento separado y constituya por si solo una unidad funcional; el segundo, es el relativo a la naturaleza del objeto, el cual que deberá interpretarse en el sentido de que se permitirá la división en lotes cuando las propias cláusulas del contrato o la finalidad que se pretende conseguir con él lo exijan", criterio doctrinal que también se ha de tener en cuenta en el presente asunto».

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta evidente que en este caso la Gerencia del CHUIMI debió integrar todos los suministros farmacéuticos en un solo contrato que, a su vez, pudo dividirse para su cumplimiento en lotes pues se daban los requisitos del art. 86.2 TRLCSP (conjunto de prestaciones entre las que existía un vínculo operativo), ya que la empresa contratista mencionada suministró unos mismos tipos de productos farmacéuticos a la Administración para cubrir sus necesidades a lo largo de un año (contabilizados en dos ejercicios distintos, 2015 y 2016).

En este sentido, este Consejo Consultivo ha manifestado en sus dictámenes anteriormente referenciados que no se debe confundir un contrato único cuya prestación se divida en lotes con el fraccionamiento del objeto de un contrato resultando varios contratos independientes, y en este caso menores, para evitar las normas de publicidad y concurrencia establecidas, pues la contratación menor únicamente se encuentra justificada por la necesidad de simplificación en determinados supuestos en que debe prevalecer la agilidad para atender necesidades de importe y duración reducidas.

El 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, de acuerdo con lo que se ha señalado anteriormente, supone una alteración de las normas de publicidad y de los procedimientos de adjudicación que se hubieran tenido que aplicar, lo que constituye una omisión esencial del procedimiento de licitación de fundamental importancia al servir como garantía de transparencia y publicidad en la selección del contratista.

Por lo tanto, concurre la causa de nulidad alegada ya que se contrató con S.E., S.A., prescindiendo por completo de las normas procedimentales de la contratación administrativa.

2. No obstante lo anterior, resulta plenamente trasladable a este supuesto lo indicado en el Dictamen 128/2016 sobre la improcedencia de aplicar la causa de nulidad señalada en aplicación de lo dispuesto 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 este caso, es evidente que la declaración de nulidad choca frontalmente con los derechos adquiridos por la contratista afectada por las contrataciones realizadas a resultas, precisamente, de la ejecución de dichas contrataciones.

3. No procediendo la declaración de nulidad de los contratos, siguen no obstante en vigor los derechos y obligaciones derivados de la relación contractual establecida, por lo que procede la liquidación de los mismos suscritos con S.E., S.A., cuyos derechos de cobro fueron cedidos a la empresa I.F., S.A.U., S.A., al haberse recibido los suministros sanitarios a satisfacción de la Administración y constando acreditado que el precio pactado no se ha abonado ni a la contratista ni a la cesionaria, por lo que resulta obligado su pago para impedir con ello el enriquecimiento injusto por parte de la Administración sanitaria.

4. Finalmente, cabe señalar que si bien la Propuesta de Resolución reconoce el derecho al cobro a favor de la cesionaria de las facturas que le fueron cedidas por la contratista, dicho reconocimiento se limita al principal de la cantidad adeudada (importe total de las facturas), lo que no se ajusta a Derecho, por lo que en consonancia con lo solicitado por la cesionaria procede, además, que se le abonen los intereses moratorios que correspondan.

V

1. En lo que se refiere a la declaración de nulidad de los contratos de suministro realizados por L., S.L., C., S.L. (que cedieron sus derechos de cobro en la forma mencionada con anterioridad) y N.N.P., S.L. (la cual no cedió su derechos de cobro), cabe señalar, como dijimos, que ninguno de los suministros contratados supera el límite legal de los 18.000 euros; constatándose del expediente que tanto L., S.A. como N.N.P., S.L. emitieron respectivamente una única factura correspondiente a un único procedimiento, y que, con respecto a las facturas emitidas por C., S.L., no ha

quedado en modo alguno acreditado que se haya producido un fraccionamiento ilegal de los contratos de suministro, cuyos importes, individual o conjuntamente considerados, no superan el umbral permitido para la contratación menor; siendo de aplicación lo que la Asesoría Jurídica departamental ha señalado en asuntos similares: «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».

Por ello, se debe manifestar que, al contrario de lo señalado en el Fundamento anterior, en estos supuestos no concurre la causa de nulidad del art. 62.1.e) LRJAP-PAC señalada implícitamente en la Propuesta de Resolución, debiendo concluir que la calificación como contratos menores de la contratación llevada a cabo con los contratistas, 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.

2. Sin embargo, tal y como se señaló en el Fundamento anterior, al no proceder la declaración de nulidad de los contratos analizados permanecen vigentes los derechos y obligaciones derivados de los mismos, por lo que, al constar acreditado que las tres empresas suministraron conforme a lo pactado y a entera satisfacción el material que le fue encargado por la Administración sanitaria, procede su abono a las empresas interesadas (art. 196 TRLCSP) para impedir con ello un enriquecimiento injusto por parte de la Administración sanitaria, siendo de aplicación al presente supuesto la doctrina relativa al enriquecimiento injusto manifestada en los dictámenes antes mencionados en los que este Consejo Consultivo ha señalado 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” (DCC 38/2014, DCC 89/2015, DCC 102/2015 entre otros), requisitos que se cumplen en este caso».

VI

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 128/16 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 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"».

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 S.E., S.A. (Fundamento IV de este Dictamen) y con las empresas L., S.L., C., S.L. y N.N.P., S.L. (Fundamento V de este Dictamen).