



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 1ª)

La Laguna, a 19 de diciembre de 2016.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias en relación con la ***Propuesta de Orden resolutoria de la declaración de nulidad de los contratos administrativos de suministro de productos sanitarios realizados a favor del Hospital Universitario de Gran Canaria Dr. Negrín por las empresas L., S.L. y M.T., S.A., cuyos derechos de cobro se cedieron a F.E., S.A. (EXP. 447/2016 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 1 de diciembre de 2016, con registro de entrada en este Consejo Consultivo de fecha 12 de diciembre de 2016, dictamen en relación con la Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio (51/T/16/NU/GE/T/0023 expte. 0023/2016), por la que se pretende declarar la nulidad de los contratos administrativos de suministro suscritos por el Hospital Universitario de Gran Canaria Dr. Negrín con las empresas L., S.L., y M.T., S.A., cuyos derechos de cobro (8.543,00 euros y 3.640,00 euros respectivamente), fueron cedidos a la empresa F.E., S.A., que se opuso a la declaración de nulidad pretendida por la Administración, constando en el expediente los documentos acreditativos de dichas cesiones de crédito, alegadas por las contratistas y reconocidas por la Administración.

La anterior solicitud se complementa mediante escrito de fecha 13 de diciembre de 2016, con registro de entrada en este Consejo Consultivo de fecha 14 de diciembre de 2016, en el que se viene a señalar que la solicitud de dictamen que se había solicitado lo es por el procedimiento de urgencia, solicitando que el dictamen

* Ponente: Sr. Brito González.

sea emitido antes del 22 de diciembre de este mes y fundamentando la urgencia, a efectos de la exigencia de motivación que impone el art. 20.3 de la Ley de este Consejo, en la «proximidad del cierre del ejercicio económico y la necesidad de que una vez realizados todos los trámites oportunos, se proceda a la propuesta de pago de las facturas que integran el citado expediente, dentro del presente ejercicio presupuestario, ya que en caso contrario, el importe reservado para el abono de las facturas afectadas quedaría pendiente de aplicación a presupuesto con el consiguiente perjuicio tanto al Tesoro de la CAC como a los acreedores afectados».

Este Consejo, respondiendo como en otras ocasiones a este tipo de solicitudes, procede a emitir el presente dictamen en el plazo solicitado.

2. En la referida Propuesta de Resolución la Administración considera que tales contratos son nulos de pleno derecho, pero, como posteriormente se referirá, sin que en ella se especifique la concreta causa de nulidad en la que se basa la declaración que se pretende. Sin embargo, se deduce que posiblemente la Administración considera que la causa de nulidad de la que adolecen tales contratos es la establecida en el art. 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP). Nada se dice de la existencia de partida presupuestaria suficiente consignada previamente que constituye una específica causa de nulidad contractual, por lo que nos ceñiremos al estudio del motivo de nulidad argumentado por la Administración; sin perjuicio de que su concurrencia, como reiteradamente ha señalado este Consejo implicaría su aplicación prevalente por razones de temporalidad y especificidad.

3. Asimismo, consta en el expediente los escritos de las empresas cedentes y cesionaria de los derechos de cobro de las facturas correspondientes a los suministros efectuados oponiéndose a tal declaración; pero, como ya adelantamos, los de las empresas cedentes no se pueden considerar verdaderos escritos de oposición, pues, si bien se formula en ellos, su único objeto es el informar acerca de la mencionada cesión, sin embargo la empresa cesionaria sí se opone formal y materialmente a la declaración de nulidad pretendida.

4. De conformidad con 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 en la fecha en que se efectuaron los suministros, es preceptivo el dictamen de este Consejo Consultivo.

5. El órgano competente para resolver el presente procedimiento es la Dirección Gerencia del citado Hospital, 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. Por último, el art. 34 TRLCSP remite a la regulación de la nulidad y anulabilidad, incluidos el correspondiente procedimiento de revisión de oficio, contenida en la citada Ley 30/1992, especialmente en su art. 102.5, regulándose actualmente esta materia en el art. 106.5 LPACAP, que dispone que cuando estos procedimientos se hubieran iniciado de oficio, como es el caso, el transcurso del plazo de seis meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá su caducidad, lo que tendría lugar el 4 de abril de 2017, puesto que la Resolución de inicio se emitió el 4 de octubre de 2016.

II

Los antecedentes de hecho más relevantes conforme resulta del expediente remitido (sin numerar todas las páginas correlativamente, lo que impide una correcta identificación de los documentos) son los siguientes:

- Durante el año 2016 se emitieron diversas facturas por parte de las empresas contratistas L., S.L., por valor total de 8.543,00 euros y M.T., S.A., por una cuantía total de 3.640,00 euros, correspondientes a los suministros sanitarios realizados al referido Hospital, sin tramitación de procedimiento contractual alguno como se afirma en el informe-memoria emitido por la Dirección de Gestión del mismo, considerando la Administración, en su momento, que cada entrega constituía un contrato menor, individualizado e independiente.

- Por la Directora Económica Financiera de la citada Dirección Gerencia que emite informe en el que 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 se le han suministrado materiales sanitarios por los importe ya especificados, encontrándose identificadas las facturas objeto del presente expediente de nulidad.

Los derechos de crédito correspondiente a tales contratos se cedieron por las empresas contratistas a la empresa F.E., S.A., los cuales no han sido abonados por el Servicio Canario de la Salud.

- En lo que se refiere a la tramitación del procedimiento objeto de análisis, este se inició mediante Resolución nº 3360, de 4 de octubre de 2016, la cual comprendía a la totalidad de las empresas incluidas en sus anexos I y II, otorgándoseles el trámite de audiencia a las empresas contratistas, que no formularon alegaciones, salvo las dos ya mencionadas, en el modo ya referido, y su cesionaria que sí presentó escritos de alegación oponiéndose a la declaración de nulidad pretendida, como se dijo. Consta asimismo informe de la Directora Económica Financiera dando respuesta a las alegaciones efectuados por las citadas empresas.

- No consta certificado acreditativo de la preceptiva suficiencia de crédito presupuestario para llevar a cabo tales contrataciones. Por el contrario, sí se ha efectuado reserva de crédito para el presente expediente de nulidad.

- Además, el presente procedimiento administrativo (51/T/16/NU/GE/T/0023 expd. 0023/2016)) cuenta con el informe de la Asesoría Jurídica Departamental (en el que se señalan los varios defectos de tramitación y sobre el fondo del asunto) y la Propuesta de Resolución definitiva.

- Finalmente, se dictó la Resolución de la Gerencia de dicho Hospital 4041/2016, de 16 de noviembre, por la que se declaró la nulidad de los contratos administrativos de suministros, servicios y gestión de servicios incluidos en los anexos V y VI de la misma, estando excluidos de ellos los contratos correspondientes a L., S.L., y M.T., S.A. (página 213 del expediente).

III

1. En la Propuesta de Resolución, haciendo caso omiso a lo señalado por este Organismo al dictaminar anteriores Propuestas de Resolución similares a ésta (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, 271, 290, 291, 292, 310, 327 y 328 de 2016), sólo se indica que concurre una de las causas de nulidad establecida en el art. 47.1 LPACAC, sin siquiera especificar la causa concreta en la que se basa la declaración de nulidad que se pretende, debiendo, además, haber expresado de forma clara y precisa las razones por la que considera que se ha incurrido en la causa de nulidad referida.

De la lectura del expediente parece deducirse que la causa de nulidad en la que se incurre es la prevista en el art. 47.1.e) LPACAP, al producirse una ausencia de procedimiento en la contratación de suministro de productos farmacéuticos pues se considera en relación con las dos empresas contratistas que se superó en cada contratación específica el importe de 18.000 euros, produciéndose un fraccionamiento fraudulento del contrato (art. 86.2 TRLCSP) al superar en el ejercicio correspondiente de forma acumulada el citado importe, evitando con ello los mayores controles exigidos en el procedimiento ordinario de contratación. Por el contrario, nada se dice de la existencia de partida presupuestaria suficiente consignada previamente que constituye una específica causa de nulidad contractual, por lo que nos ceñiremos al estudio del motivo de nulidad argumentado por la Administración; sin perjuicio de que su concurrencia, como reiteradamente ha señalado este Consejo implicaría su aplicación prevalente por razones de temporalidad y especificidad.

De la documentación obrante en el expediente -por ejemplo en los anexos de la Propuesta de Resolución que dio lugar a la Resolución definitiva- consta que con L., S.L., se contrató por valor total de 8.543,00 euros y que con M.T., S.A. se contrató por valor total de 3.640,00 euros. Sin embargo, igualmente consta en el expediente (si bien en folios sin numerar, situados entre las páginas 33 y 38 del expte.), dos Anexos VII, sobre ambos proveedores, L., S.L., y M.T., S.A., conteniendo la relación de las facturas tramitadas durante el ejercicio 2016 (hasta el 29 de noviembre) que dan a entender que se ha producido el fraccionamiento contractual alegado pues el importe total de ambos anexos supera con creces no sólo el importe de los contratos que se pretenden anular sino, también, el importe máximo fijado como límite legal para la contratación menor.

Ello viene corroborado por lo señalado en el informe de la Directora Técnico Financiera del Servicio Canario de la Salud (páginas 233 y siguientes del expte.) en el que se señala:

«(...) Las facturas sobre las que recae la presente declaración de nulidad obedecen a un fraccionamiento real de contratos, que de haberse seguido el procedimiento normal de contratación administrativa, serían objeto de tratamiento conjunto y unificado sin que pudieran ser considerados como contratos independientes cumpliendo así el art. 86.2 del TRLCSP.

Ambos proveedores han tenido al día de la fecha un volumen de negocio superior a los 18.000 euros tal y como hacemos constar en nuestro Anexo VII y Anexo VIII (por un importe de

75.223,58 € y 140.141,74 €, respectivamente) en el que relacionamos las facturas presentadas por compras directas por ambos proveedores, cuyos pagos se han realizado directamente o previo trámite de declaración de nulidad de contratos administrativos».

2. 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 reducida.

Estamos ante una figura a la que se puede recurrir únicamente si no se contraviene la normativa en materia de contratación pública y, específicamente, la prohibición de fraccionar el objeto de los contratos para eludir la aplicación de aquella normativa; y si existe duda sobre la concurrencia de los requisitos que hacen posible la conclusión de contratos menores, la Administración tiene que reconducir el procedimiento de contratación a las normas generales.

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, constituye una ilegalidad pues se alteran las normas de publicidad y concurrencia relativas a 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.

3. En todo caso, del mismo modo que concluimos en los dictámenes anteriormente referenciados y a los que nos remitimos, podemos concluir que en este asunto concurre la causa de nulidad alegada ya que se contrató con las empresas ya mencionadas prescindiendo por completo de las normas procedimentales de la contratación administrativa.

No obstante, resulta plenamente trasladable a este supuesto lo indicado reiteradamente por este Consejo (por todos, DCCC 128/2016) sobre la improcedencia de aplicación de esa causa de nulidad conforme a lo dispuesto en el art. 110 LPACAC, 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 los contratistas y, singularmente, por la cesionaria de los derechos de cobro derivados de las contrataciones fraudulentamente realizadas.

4. Aún no procediendo la declaración de nulidad radical de los contratos, siguen en vigor los derechos y obligaciones derivados de la relación contractual establecida *de facto*, por lo que procede la liquidación de los mismos suscritos con L., S.L. y M.T., S.A., cuyos derechos de cobro fueron cedidos a la empresa F.E., S.A., al haberse prestado suministros sanitarios a satisfacción de la Administración y constando acreditado que el precio pactado no se ha abonado ni a los contratistas ni a la cesionaria, por lo que resulta obligado su pago para impedir con ello un enriquecimiento injusto por parte de la Administración sanitaria.

En relación con esta cuestión, este Consejo Consultivo ha señalado que «En 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» (DDCCC nº 38/2014, 89/2015 y 102/2015, entre otros), requisitos que se cumplen en este caso, por lo cual es también aplicable a este supuesto.

La Propuesta de Resolución nada señala sobre este particular ni sobre el derecho de la cesionaria al abono de los intereses moratorios. Por ello, 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, conforme al 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 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.

5. 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» [actualmente, art. 3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público].

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 [actualmente, art. 20 LPACAP] 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 en base a los motivos indicados en el Fundamento III, por lo que se dictamina desfavorablemente

la declaración de nulidad de los contratos llevados a efecto con las empresas L., S.L., y M.T., S.A., pues si bien concurre la causa de nulidad del art. 47.1,e) LPACAP, no procede su declaración en aplicación del art. 110 de la misma.