



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 1ª)

La Laguna, a 27 de diciembre de 2016.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de del procedimiento de declaración de nulidad de los contratos administrativos de servicios realizados al Hospital Universitario Nuestra Señora de la Candelaria por la empresa I.S., S.L., cuyos derechos de crédito han sido cedidos a la empresa F.E., S.A. (EXP. 457/2016 CA)\*.*

## F U N D A M E N T O S

### I

1. Mediante escrito de 16 de diciembre de 2016 (registrado de entrada en este Consejo Consultivo en dicha fecha), 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 29 ter/2016, por el que se pretende el abono de la cantidad adeudada a resultas de la declaración de nulidad de los contratos de servicios suscritos con la empresa I.S., S.L., cuyos derechos de cobro, correspondientes a las cantidades que constan en las facturas emitidas en 2015 por un monto total de 109.812,52 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.

La anterior solicitud se complementa mediante escrito de fecha 16 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, requiriendo que el dictamen sea emitido antes del 31 de diciembre de este mes y fundamentando la urgencia, a

---

\* Ponente: Sr. Brito González.

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 el día 31 de diciembre de 2016 y con la finalidad de aplicar los créditos retenidos, pues de no producirse tal cosa antes del 31 de diciembre dejarían de ejecutarse en el presupuesto de 2016 que se les ha asignado, sin que exista garantía presupuestaria para el ejercicio 2017.

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

Por último, es preciso recordar en relación con la pretensión de nulidad de estas contrataciones que este Consejo Consultivo ya ha emitido un Dictamen previo de forma (Dictamen 204/2016, de 27 de junio), y un Dictamen de fondo (Dictamen 327/2016, de 6 de octubre), a los que nos remitimos.

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. 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

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 (HUNSC), 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.

4. 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 14 de mayo de 2017, puesto que la Resolución de inicio se emitió el 14 de noviembre de 2016.

## II

1. Conforme resulta del nuevo expediente de nulidad incoado, especialmente en el anexo II del informe propuesta del Director de Gestión justificativa de la prestación de servicios obrante en el expediente durante los años 2015 y 2016 la empresa contratista prestó servicios al HUNSC por un valor de 109.812,52 euros, aportándose relación de las dos facturas emitidas por idéntico importe una correspondiente al diciembre de 2015 y otra al mes de enero de este año (no obstante, en algunos informes se refieren a otro periodo temporal, noviembre-diciembre de 2015).

2. Otro dato a tener en cuenta nos lo da el informe memoria obrante en el expediente se afirma que la empresa I.S., S.L.U., fue adjudicataria del contrato, con número de expediente 55/M/14/SS/GE/A/0010, para la prestación del servicio de mantenimiento de las instalaciones de producción de agua de climatización, agua caliente sanitaria, producción y distribución de aire acondicionado, renovación ambiental y frío industrial del HUNSC, pero retrasándose su tramitación por las causas expuestas en dicho informe y, dado que no se admitían más prórrogas, se realizó la prestación de forma efectiva por dicha empresa prescindiéndose de la tramitación del correspondiente procedimiento contractual dado que «la prestación del servicio es obligatoria y crítica para garantizar la actividad asistencial en el centro hospitalario».

Por esa razón, continúa señalando el citado informe, «se decide que la empresa realice la prestación manteniendo las condiciones económicas que rige el contrato (...) y que la sea abonada la misma cuantía mensual por la prestación».

3. En coherencia con la documentación aportada al expediente, entendemos que estamos ante un contrato de servicios de los especificados en el art. 10 TRLCSP.

Por la Gerencia del HUNSC se constata que se le han prestado los servicios contratados 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. No obstante, ambas facturas superan, individualmente consideradas, los

18.000 €, límite para la contratación menor de esta modalidad contractual (art. 138.3 TRLCSP).

4. 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 crédito de nulidad, tipo de expediente: 04 SERVICIOS»).

Sin embargo en el informe propuesta del Director de Gestión, después de señalar que se contrató prescindiendo del procedimiento legalmente establecido [art. 32,a) TRLCSP en relación con el art. 47.1,e) LPACAP] se manifestó que se contrató sin «la preceptiva retención del crédito necesario para la prestación del servicio»; dato éste que no consta en el informe memoria, ni en la Resolución de inicio, ni en la Propuesta de Resolución, y que supondría, si efectivamente fue cierto, la concurrencia de otro motivo de nulidad establecido en el art. 32,c) TRLCSP y que sería, por su especificidad y temporalidad de aplicación preferente.

5. En lo que a la tramitación del procedimiento se refiere, cabe señalar que el día 14 de noviembre de 2016 se emitió la Resolución de inicio 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.

Consta asimismo el informe del Director de Gestión, propuesta el informe-memoria del Jefe del Servicio 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 servicios (los correspondientes a las dos facturas relacionadas en el Anexo I), procediendo al abono a la empresa cesionaria del importe de los mismos y sin hacer referencia alguna a la procedencia a los intereses moratorios que reclama la empresa cesionaria.

### III

1. Nada se dice en la Propuesta de Resolución de la existencia de partida presupuestaria suficiente consignada previamente que constituye una específica causa de nulidad contractual, y cuya existencia parece deducirse, como ya señalamos, del informe propuesta justificativa emitido por el Director de Gestión,

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.

2. 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 la causa de nulidad establecida en el art. 47.1.e) LPACAC, omisión del procedimiento legalmente establecido, pero sin haber expresado de forma clara y precisa, en el propio texto de la Propuesta de Resolución, las razones por la que considera que se ha incurrido en la causa de nulidad referida.

Esta insuficiencia de justificación en la Propuesta de Resolución cobra en el presente caso una mayor relevancia pues si de la lectura del expediente parece deducirse que se incurre en la causa de nulidad señalada en la Propuesta de Resolución [la prevista en el art. 47.1.e) LPACAP], esta causa de nulidad no queda suficientemente explicitada en la fundamentación de la misma.

De la documentación obrante en el expediente -por ejemplo en el anexo II del informe propuesta justificativa- consta que con la empresa I.S., S.L.U. se contrató por valor total de 109.812,52 euros. Sin embargo, igualmente consta en tal anexo II, que tal cantidad es el resultado de dos facturas emitidas por valor de 54.906,26 euros que dan a entender que se ha producido el fraccionamiento contractual alegado pues su importe total e incluso el individual de cada factura supera con creces el importe máximo fijado como límite legal para la contratación menor. Ello indica que se ha producido una contratación de los servicios referidos sin seguirse el procedimiento establecido al superarse en la contratación realizada el importe de 18.000 euros, produciéndose un fraccionamiento fraudulento del contrato (art. 86.2 TRLCSP) evitando con ello los mayores controles exigidos en el procedimiento ordinario de contratación.

Sin embargo, también consta en el expediente la justificación de las contrataciones llevadas a cabo por la tramitación de emergencia motivada por la suspensión del procedimiento de tramitación incoado y la obligatoria necesidad de prestación del servicio. Sin embargo, esta emergencia no significa una ausencia total

de trámites, pues si bien se excluye la obligación de tramitar expediente de contratación, no exime a la Administración de adoptar el acuerdo de tramitación de la contratación de emergencia que incluirá la oportuna retención de crédito o documentación justificativa de expediente de modificación de crédito (art. 113 TRLCSP). No consta en el expediente remitido a este Consejo que se hayan realizado estos trámites.

En ambos supuestos queda patente que no se ha seguido el procedimiento legalmente establecido concurriendo, por tanto, la causa de nulidad del art. 47.1,a) LPACAP ya que se contrató con I.S., S.L. prescindiendo por completo de las normas procedimentales de la contratación administrativa. No obstante deberá complementarse la fundamentación de la Propuesta de Resolución justificando adecuadamente la citada nulidad en los términos indicados.

4. Sin embargo, tal como hemos señalado con reiteración (por todos, Dictamen 327/2016) no procede, la aplicación de esa causa de nulidad conforme a lo dispuesto en el art. 110 LPACAP, según el cual «las facultades de revisión establecidas en este Capítulo, no podrán ser ejercidas 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 y, singularmente, por la cesionaria de los derechos de cobro derivados de las contrataciones fraudulentamente realizadas a resultas.

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 I.S., S.L. y cuyos derechos de cobro fueron cedidos parcialmente a la empresa F.E., S.A., al haberse prestado servicios 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 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» (DCCC 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, salvo una escueta mención referida a la no concurrencia de los requisitos legalmente exigibles para indemnizar por daños y perjuicios a la interesada. 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 aquella tenía. Tal incorrecto proceder lleva aparejado el derecho al cobro de la cesionaria de los intereses moratorios correspondientes.

## C O N C L U S I Ó N

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 pretendida por la Administración, 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.