



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 4 9 / 2 0 1 7

(Sección 1ª)

La Laguna, a 13 de julio de 2017.

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 y servicios realizados a favor del Complejo Hospitalario Universitario Insular Materno-Infantil realizados por las empresas (...), (...), (...), (...), (...), (...) y (...) (EXP. 227/2017 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 9 de junio de 2017, con registro de entrada de fecha 16 de junio de 2017, dictamen de este Consejo en relación con la Propuesta de Resolución, de fecha 31 de marzo de 2017, del procedimiento de revisión de oficio (expediente de nulidad nº EN-CHUIMI-02/2017), por la que se pretende declarar la nulidad de los contratos administrativos de suministro y de servicios realizados por el Complejo Hospitalario Universitario Insular Materno-Infantil con las empresas (...) por valor de 52.724,20 euros y las empresas (...), (...), (...), (...), (...) y (...), por un valor total de 182.544,71 euros, cuyos derechos de cobro, correspondientes a las cantidades que constan en las respectivas facturas emitidas entre junio y diciembre de 2016, fueron cedidos a la empresa (...).

Además, es necesario precisar que este procedimiento de declaración de nulidad tiene por objeto una serie de contratos de suministro y servicios celebrados con la totalidad de la empresas que obran en el anexo I de su Resolución de inicio, por un valor total de 951.082,05 euros, pero en el que sólo se opusieron algunas empresas - las anteriormente referidas-, lo que dio lugar a la Resolución, complementaria de la

* Ponente: Sr. Brito González.

anterior, de 29 de mayo de 2017, por la que se desagregan del procedimiento de nulidad, los servicios y suministros realizados correspondientes a las empresas que mostraron su oposición a la declaración de nulidad pretendida por la Administración: (...) por valor de 52.724,20 euros y los adjudicados a las empresas que cedieron sus derechos de cobro a (...), cuyo valor en total asciende a 182.544,71 euros.

2. En la referida Propuesta de Resolución la Administración considera que tales contratos son nulos de pleno derecho, al haberse producido un fraccionamiento fraudulento de los contratos para omitir los trámites procedimentales correspondientes al procedimiento ordinario y que no son de aplicación a los contratos menores. Por ello se afirma 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), pues nada se dice de la existencia de partida presupuestaria suficiente consignada previamente que constituye una específica causa de nulidad contractual.

3. Asimismo, como ya se señaló, constan en el expediente los escritos de oposición de (...) e (...), añadiéndose en esta última que les corresponden los intereses moratorios generados en relación con las cantidades adeudadas.

Por tanto, 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, es preceptivo el Dictamen de este Consejo.

4. Además, coincidiendo con los Servicios Jurídicos, es necesario precisar que la Administración sanitaria, una vez más y pese a lo que se le ha manifestado reiteradamente por este Consejo Consultivo en los Dictámenes ya emitidos en supuestos similares (DDCC 133, 134, 135, 156, 157, 181, 189, 248, 272, 297, 313, 314, 315, 316, 325, 326, 328, 388, 394 y 452, todos de 2015), ha acumulado incorrectamente los expedientes señalados sin acuerdo expreso de acumulación y sin poder efectivamente realizarla al tratarse no solo de distintas empresas sino, también, de objetos dispares (suministros y servicios).

5. El órgano competente para resolver el presente procedimiento es la Dirección Gerencia del citado Complejo Hospitalario, 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, precepto que no está en vigor, siendo aplicable lo dispuesto en el art. 106.5 LPACAP, sí tenemos en cuenta que el procedimiento se inició mediante la Resolución 823/2017, de 17 de febrero. Así, este precepto 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 17 de agosto de 2017.

II

Los antecedentes de hecho más relevantes son los siguientes:

- Entre los meses de junio y diciembre de 2016, se emitieron diversas facturas por parte de las referidas empresas mencionadas correspondientes a los suministros sanitarios y servicios prestados al Complejo Hospitalario 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 la Administración, en su momento, 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 se le han suministrado materiales sanitarios y prestados los servicios por los importe ya especificados, encontrándose en la relación emitida por dicha Dirección Gerencia (anexos I y II del expediente) la identificación de las facturas objeto del presente expediente de nulidad, las cuales no han sido abonadas parte del Servicio Canario de la Salud a los titulares de los derechos de cobro, así como una relación del historial de pedidos de material sanitario y servicios prestados durante el año 2016.

- En lo que se refiere a la tramitación del procedimiento objeto de análisis, este se inició mediante Resolución nº 823, de 17 de febrero de 2017 (que no cita la causa de nulidad que le sirve de fundamento), otorgándosele el trámite de audiencia a las

empresas contratistas. Tal como ya se expuso, hubo dos empresas que sí presentaron escritos de alegaciones oponiéndose a la declaración de nulidad pretendida, como se dijo, si bien (...) no aporta – según el expediente remitido a este Consejo- documentación alguna correspondiente a la acreditación de la cesión de derecho de cobro mencionada (en todo caso, la Administración sanitaria da por buena la cesión de derechos efectuada).

- 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 (páginas 35 a 42 del expediente).

- Además, el presente procedimiento administrativo (exp. nº EN-CHUIMI-02/2017) cuenta con el informe de la Asesoría Jurídica departamental y la Propuesta de Resolución definitiva.

III

1. La Dirección Gerencia del Complejo Hospitalario 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, (55 dictámenes emitidos hasta la fecha)- siguen haciendo caso omiso a las indicaciones que les realiza su Servicio Jurídico y este Organismo, pues continúan realizando contrataciones sin seguir las pautas procedimentales legalmente exigidas y tantas veces recordadas por este Consejo.

Así, en el informe emitido por la Asesoría Jurídica departamental sobre el asunto que nos ocupa, de 29 de marzo de 2017, se señala:

«En este punto es de informar que, conforme reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo que es también criterio del Consejo Consultivo de Canarias (Dictamen 128/2016), la declaración de nulidad de los contratos por no cumplir las formalidades legalmente establecidas, es una posibilidad excepcional, de aplicación restrictiva, sin que en ningún caso, pueda erigirse como la forma habitual de contratación de los órganos administrativos».

2. 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.

Así, en la Propuesta de Resolución, haciendo caso omiso a lo señalado por este Organismo reiteradamente en supuestos similares, sólo se indica que concurre una de las causas de nulidad establecida en el art. 47.1 LPACAC, la de su apartado e), pero sin expresar 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, de la Resolución de inicio de este procedimiento y de la Propuesta de Resolución, donde se aduce el fraccionamiento ilegal de los contratos (art. 96.2 TRLCSP), 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 en ese informe que «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».

Con ello parece deducirse (aunque no se acredita suficientemente con la documentación obrante en el expediente, pues únicamente consta el historial de pedidos y servicios realizados en el ejercicio 2016, sin que conste si esos pedidos se efectuaron ni las facturas, en su caso, correspondientes a los mismos) que la causa de nulidad del art. 47.1.e) LPACAP señalada viene dada por la ausencia de procedimiento en la contratación de suministro de productos farmacéuticos y servicios suscritos con las empresas mencionadas, 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 que opera como límite legal para esa modalidad contractual.

3. En todo caso, del mismo modo que concluimos en los dictámenes anteriormente referenciados 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, salvo en aquellos casos en lo que la cuantía del contrato no superó los 18.000 euros [(...), factura por valor de 330,75 euros y (...) factura por

4.186 euros], en los que, obviamente, la contratación no requería de esa tramitación procedimental al tratarse de contratos menores.

4. No obstante, resulta plenamente trasladable a este supuesto lo indicado reiteradamente por este Consejo (por todos, DCCCC 128/2016 y 430/2016) 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 las contratistas y, singularmente, por la cesionaria de los derechos de cobro derivados de las contrataciones fraudulentamente realizadas.

5. Además, siguen en vigor los derechos y obligaciones derivados de la relaciones contractuales establecidas de facto, por lo que procede la liquidación de las mismas al haberse efectuado suministros sanitarios y prestado servicios a satisfacción de la Administración y constando acreditado que el precio pactado no se ha abonado ni a las contratistas ni a la cesionaria de los derechos de cobro, 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 indicado 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» (DCCCC nº 38/2014, 89/2015, 102/2015 y 430/2016 entre otros), requisitos que se cumplen en este caso, por lo cual es también aplicable a este supuesto.

6. Si bien reconoce la Propuesta de Resolución tal enriquecimiento injusto, por el contrario no se hace referencia alguna al 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.

7. Por último, y en relación a todo lo anteriormente dicho, volvemos a reiterar nuestros Dictámenes 136/2016, de 27 de abril y 430/2016, de 19 de diciembre, en los 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 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 ya 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 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.