



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 6 8 / 2 0 1 7

(Sección 1ª)

La Laguna, a 19 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 del procedimiento de declaración de nulidad de los contratos administrativos de suministro de productos sanitarios realizados a favor del Hospital Universitario de Gran Canaria Dr. Negrín por la empresa (...) (EXP. 247/2017 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 25 de junio de 2017, con registro de entrada en este Consejo Consultivo de fecha 30 de junio de 2017, dictamen en relación con la Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio (51/T/17/NU/GE/T/0003), por la que se pretende declarar la nulidad del contrato administrativo de suministro suscrito por el Hospital Universitario de Gran Canaria Dr. Negrín con la empresa (...) relativo a una factura cuyo valor asciende a 8.446,55 euros, si bien consta en el expediente que el volumen de negocios entre dicha empresa y el Hospital ha sido de 44.782,02 euros durante el año 2016, de lo cual tiene constancia este Consejo Consultivo, ya que no es el primer asunto de esta naturaleza teniendo por objeto contrato suscritos por ambas partes durante el año 2016 sobre el que se dictamina (DCCC 139/2016).

2. En la referida Propuesta de Resolución la Administración considera que la contratación efectuada es nula de pleno derecho, pero, como posteriormente se referirá, sin que, una vez más, en ella se especifique la concreta causa de nulidad en la que se basa la declaración que se pretende. Sin embargo, del expediente se deduce que la Administración considera que la causa de nulidad de la que adolecen

* Ponente: Sr. Brito González.

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). Así en el informe memoria del órgano gestor del Hospital en el que se señala que «estas adquisiciones fueron realizadas omitiendo los trámites preceptivos para una correcta adjudicación y formalización del contrato, incurriendo por tanto, en causas de nulidad contractual que estipula el art. 32 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector público (...), sin que ello sea imputable al contratista interesado».

Asimismo, nada se dice de la existencia de partida presupuestaria suficiente consignada previamente que constituye una específica causa de nulidad contractual art. 32.1,c) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, salvo una mera mención en el citado Informe-Memoria a que la insuficiencia de crédito presupuestario para gasto corriente justifica la contratación que se califica de indeseada y excepcional, por lo que nos ceñiremos al estudio del motivo de nulidad argumentado por la Administración; sin perjuicio de que su concurrencia (la inexistencia de crédito presupuestario suficiente), como reiteradamente ha señalado este Consejo implicaría su aplicación prevalente por razones de temporalidad y especificidad.

3. Consta en el expediente el escrito de la empresa contratista oponiéndose formal y materialmente a la declaración de nulidad pretendida y lo hace en relación con la factura de 8.446,65 euros de fecha 1 de septiembre de 2016.

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) TRLCSP el Dictamen es preceptivo.

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 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 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.

II

1. Los antecedentes más relevantes conforme resulta del expediente remitido a este Consejo son los siguientes:

- El 1 de septiembre de 2016 se emitió factura por parte de la empresa contratista (...), por una cuantía total de 8.446,55 euros (con la salvedad del volumen general de negocios efectuados durante el año 2016, ya referida), 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.

- En lo que se refiere a la tramitación del procedimiento objeto de análisis, este se inició mediante Resolución nº 395, de 2 de febrero de 2017, la cual comprendía a la totalidad de las empresas incluidas en sus anexos I y II por un monto total de 534.097,32 €, deduciéndose -pues no consta acreditado- que se le otorgó el trámite de audiencia a las empresas contratistas, que no formularon alegaciones, salvo la ya mencionada y en el modo ya referido.

Consta asimismo informe de la Directora Económica Financiera dando respuesta a las alegaciones efectuados por la citada empresa.

- 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/0003) cuenta con el informe de la Asesoría Jurídica Departamental (en el que se señalan varios defectos de tramitación y sobre el fondo del asunto) y la Propuesta de Resolución definitiva.

- A su vez, se dictó la Resolución de la Gerencia de dicho Hospital 960/2017, de 17 de marzo, por la que se declaró la nulidad de los contratos administrativos de suministros, servicios y gestión de servicios incluidos en los anexos de la misma, estando excluidos de ellos el contrato correspondientes a la mencionada factura emitida por (...), por importe de 8.446,55 € y los contratos correspondientes a los suministros efectuados por la empresa (...); esta última empresa no formuló oposición a la nulidad pretendida, constando en el Anexo IV de dicha Resolución la relación de facturas emitidas por la misma por un monto total de 18.169,20 €. En el Resuelvo Tercero de la citada Resolución se acuerda la remisión de todas las facturas al Consejo Consultivo para la emisión del preceptivo Dictamen sobre su nulidad pues «no han atendido en el plazo de trámite de audiencia la solicitud de conformidad al inicio del expediente de declaración de nulidad o, presentaron oposición al inicio del expediente que nos ocupa, respectivamente».

- Consta en el expediente el Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 5 de Las Palmas de Gran Canaria de fecha 29 de marzo de 2017 (procedimiento ordinario nº 79/2017) por el que se ordena la ejecución de la medida cautelar solicitada por la demandante, (...), consistente en el pago inmediato de la cantidad correspondiente al volumen de negocios con el Hospital durante el año 2016 (44.263 euros), en la que se incluye la cantidad de la factura objeto del presente procedimiento.

- El día 5 de mayo de 2017, se dictó la Resolución de la Dirección Gerencia del referido Hospital número 1693/2017 por la que no sólo se acuerda llevar a término dicha resolución judicial (Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 5 de Las Palmas de Gran Canaria) procediendo al pago de lo adeudado al contratista, sino que también se resuelve «Dejar sin efecto el RESUELVO tercero de la Resolución número 960 de 17 de marzo de 2017, de declaración de nulidad de contratos administrativos, número de expediente (51/T/16/NU/GE/T/0003), suscritos por esta Dirección Gerencia mediante el que se remitía dicho expediente al Consejo Consultivo de Canarias en lo que se refiere al proveedor (...)»

2. La Propuesta de Resolución sometida a Dictamen, de una forma un tanto contradictoria con las dos Resoluciones de la Gerencia hospitalaria anteriormente

señaladas, viene a proponer, reactivando la Resolución por la que desistía («dejaba sin efecto») el expediente de declaración de nulidad del contrato de suministro efectuado por (...) y a reconocer, en cumplimiento del mandato judicial anteriormente señalado, la liquidación económica efectuada a dicho contratista procediendo al pago de la factura emitida. Sin embargo, nada se dice en la citada Propuesta sobre la otra empresa, (...), que si bien no ha realizado su oposición expresa a la nulidad pretendida, tampoco ha manifestado su conformidad con la misma, lo que supone, y así lo entiende también la propia Administración sanitaria, como ha señalado este Consejo en otras ocasiones, su oposición y por tanto, la preceptividad del Dictamen de este Consejo Consultivo sobre su nulidad.

3. Debemos por tanto diferenciar las dos contrataciones. La primera, la efectuada con (...), en la que si bien alega dicha empresa que no supera el umbral de 18.000 € establecido como límite para la contratación menor, del expediente remitido se constata que ha habido un fraccionamiento de los distintos suministros realizados que da a entender que se ha producido un fraccionamiento ilegal del contrato (art. 86.2 TRLCSP) al superar en el ejercicio correspondiente de forma acumulada el citado importe que opera como límite legal para esa modalidad contractual y que se incardina en el supuesto de nulidad recogido en el art. 47.1.e) LPACAP.

Por otro lado, en lo que se refiere a la contratación efectuada con la empresa (...), debemos recordar en primer lugar que los suministros efectuados por ésta fueron excluidos expresamente de la declaración de nulidad efectuada por la Resolución de la Gerencia de dicho Hospital 960/2017, de 17 de marzo, por lo que la Propuesta de Resolución analizada deberá hacer mención a los mismos incorporándolos a la declaración de nulidad pretendida conforme a lo señalado en la citada Resolución.

Dicho lo anterior, debemos también señalar que igualmente concurre la causa de nulidad del art. 47.1.e) LPACAP, pues las contrataciones efectuadas, por importe de 18.169,20 €, superan el límite legal de la contratación menor, que no procedía, omitiendo con ello la tramitación por el procedimiento legalmente establecido.

4. En todo caso, hemos concluido en reiteradas ocasiones (por todos, DCCC 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, especialmente con el que aún no ha cobrado los suministros realizados, la empresa (...) que, como ya dijimos, ha resultado excluida de la Propuesta de Resolución que se dictamina.

5. Aún no procediendo la declaración de nulidad de los contratos, siguen en vigor los derechos y obligaciones derivados de las relaciones contractuales establecidas con la empresa (...) (a la otra empresa, (...) ya le ha sido abonada la factura reclamada en ejecución judicial). No constando acreditado que las facturas emitidas le hayan sido abonadas, procede su pago al haberse efectuado los suministros sanitarios correspondientes a satisfacción de la Administración 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).

CONCLUSIONES

1. De conformidad con lo señalado en el Fundamento II.3, la Propuesta de Resolución deberá incorporar todo lo referente a las contrataciones realizadas con la empresa (...).

2. La Propuesta de Resolución no se considera ajustada a Derecho con base en los motivos indicados en el Fundamento II, 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.