



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 8 5 / 2 0 1 7

(Sección 1ª)

La Laguna, a 27 de julio de 2017.

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 suministro realizados al Hospital Universitario Nuestra Señora de la Candelaria por la empresa (...)*** (EXP. 280/2017 CA)*.

F U N D A M E N T O S

I

1. Mediante escrito de 17 de julio de 2017, con registro de entrada en este Consejo Consultivo el día 21 de julio de 2017, 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 nº 51/2017 por el que se pretende la declaración de nulidad de los contratos de suministro suscritos con la empresa (...), cuyos derechos de cobro correspondientes constan en las facturas emitidas entre abril y junio 2016 por un monto total de 20.670,52 euros.

2. En la Propuesta de Resolución sometida a dictamen, la Administración declara la nulidad de pleno derecho de los contratos de suministro 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). Además, se acuerda en la misma la liquidación de dichos contratos por el importe de las facturas emitidas, declarando la no procedencia de indemnización alguna al no concurrir las causas definidas en la Ley 39/2015.

* Ponente: Sr. Brito González.

3. Asimismo, la empresa contratista referida se ha opuesto a tal declaración de forma expresa, 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.

4. El órgano competente para resolver el presente procedimiento es el Director 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 Regulador de la Actividad Económico Financiera del Servicio Canario de la Salud.

5. 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, 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 6 de septiembre de 2017, puesto que la Resolución de inicio se emitió el 6 de marzo de 2017.

II

1. En el expediente de nulidad incoado figura el informe propuesta del Director de Gestión justificativo de la prestación de servicios durante el año 2016 que, en su «anexo I: Listado de Facturas», indica que la empresa contratista suministró al HUNSC productos farmacéuticos por un valor de 20.670,52 euros, aportándose relación de las tres facturas emitidas la primera correspondiente al mes de abril de 2016 y las dos restantes a los meses de mayo y junio de 2016 respectivamente. Sin embargo, en el «anexo II: Listado de Compras de Productos Farmacéuticos» realizadas con la empresa (...) figura como compras realizadas a esta empresa suministros por importe de 102.678,01 €, debidamente desglosados por lotes conforme a los productos suministrados.

2. Por la Gerencia del Hospital Universitario de Ntra. Sra. de La Candelaria se constata a través de los controles automatizados de su sistema contable (TARO,

actualmente SEFLOGIC, apartado 8ª «control del contrato menor»), que realmente de manera intermitente y a lo largo de dicho periodo de tiempo se le han suministrado tales materiales sanitarios por la empresa contratista de manera efectiva y por el valor ya referido, sin que se le haya abonado su importe por parte del Servicio Canario de la Salud.

3. No consta, como oportunamente señala el informe propuesta del Director de Gestión, 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 nulidad»).

4. El procedimiento de nulidad se inició el 6 de marzo de 2017 mediante la Resolución de la Dirección Gerencia del HUNSC nº 100/2017.

Consta el informe propuesta justificativa del Director de Gestión del HUNSC, que a la interesada se le otorgó el trámite de vista y audiencia, formulando alegaciones 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 suministros (los correspondientes a las tres facturas relacionadas en el Anexo I).

III

1. En primer lugar, es necesario precisar, como se ha hecho en otras ocasiones, que 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 inexistencia 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.

Asimismo, 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; 125, 128, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 180, 183, 270, 271, 290, 291, 292, 310, 327, 328, 430, 433 y 440 de 2016, y 249 y 268 de 2017), 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; máxime cuando figuran en el expediente -anexo II del informe propuesta justificativa emitido por el Director de Gestión- datos que hacen suponer que se ha producido un fraccionamiento fraudulento en la contratación efectuada con la empresa (...), del que nada se dice, y que viene a constatar la contratación de suministros por un importe total que supera con creces el importe máximo fijado como límite legal para la contratación menor.

No obstante, cabe señalar que la declaración de nulidad se circunscribe a los suministros que constan en el anexo I del informe propuesta justificativa, por importe total de 20.670,52 euros, resultado de tres facturas emitidas, que dan a entender que se ha producido un fraccionamiento contractual fraudulento al superarse en la contratación realizada el importe de 18.000 euros (art. 86.2 TRLCSP), evitando con ello los mayores controles exigidos en el procedimiento ordinario de contratación. Lo sucedido implica la concurrencia de la causa de nulidad esgrimida por la Administración, art. 47.1.e) LPACAP, pues se contrató con (...) prescindiendo por completo de las normas procedimentales de la contratación administrativa.

Deberá, por tanto, complementarse la fundamentación de la Propuesta de Resolución justificando adecuadamente la citada causa nulidad en los términos anteriormente indicados.

2. Sin embargo, tal como hemos señalado con reiteración en los dictámenes ya referidos, 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 supuesto, es evidente que la declaración de nulidad choca frontalmente con los derechos adquiridos por la contratista que ha suministrado a satisfacción de la Administración los pedidos que ésta le realizó y cuyo importe no ha sido abonado. Por tanto, siguen en vigor los derechos y obligaciones derivados de la relación

contractual establecida de facto, por lo que procede la liquidación de los mismos con (...), resultando obligado el pago de lo adeudado para impedir un enriquecimiento injusto por parte de la Administración sanitaria.

3. 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).

Estos requisitos se cumplen en este caso, si bien la Propuesta de Resolución nada señala sobre este particular, salvo una escueta mención, en modo alguna acreditada, 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 que habrá de ser debidamente cuantificado en la liquidación que se efectúe de los intereses moratorios correspondientes.

4. Por último, no podemos pasar por alto en relación al incorrecto proceder de la Administración, lo señalado en el informe de la Asesoría Jurídica departamental, sobre el carácter excepcional y, por tanto, de aplicación restrictiva, de las nulidades contractuales, que la Administración sanitaria ha convertido en práctica habitual conculcando los principios rectores de la contratación pública; práctica del todo incorrecta y que ha sido reiteradamente señalada por este Consejo Consultivo (por todos, DDCC 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».

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 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.