



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 2 5 / 2 0 1 7

(Sección 1ª)

La Laguna, a 28 de septiembre 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 de productos sanitarios realizados al Complejo Hospitalario Universitario Insular Materno-Infantil por la empresa (...) (EXP. 310/2017 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 11 de agosto de 2017, con registro de entrada de fecha 1 de septiembre de 2017, dictamen de este Consejo en relación con la Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio (expediente de nulidad nº EN-CHUIMI-10/2017), por la que se pretende declarar la nulidad del contrato administrativo de suministro realizado por el Complejo Hospitalario Universitario Insular Materno-Infantil (CHUIMI) con la empresa (...) por un valor total de 29.980,43 euros.

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 146.520,03 euros, pero en el que sólo se opuso la empresa anteriormente referida.

2. En la 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

* Ponente: Sr. Brito González.

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 (si bien en la Resolución de inicio del expediente se hace referencia a la omisión de fiscalización previa y a la inexistencia de crédito).

3. Asimismo, como ya se señaló, constan en el expediente el escrito de oposición de (...).

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 lo manifestado por los Servicios Jurídicos Departamentales, 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, esta vez con acuerdo expreso de acumulación, pero sin poder efectivamente realizarla al tratarse «contrataciones por diferentes contratistas, con objetos diferentes, cuantías diferentes, fechas diferentes, y diferentes son también las facturas acreditativas expedidas por los distintos contratistas».

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 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 2651/2017, de 18 de mayo. 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 18 de noviembre de 2017.

II

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

- Durante los meses de febrero y abril de 2017, se emitieron diversas facturas por parte de la mencionada empresa correspondientes a los suministros sanitarios prestados al Complejo Hospitalario por la cantidad 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 por los importe ya especificados, encontrándose en la relación emitida por dicha Dirección Gerencia (anexo I del informe-memoria) la identificación de las facturas objeto del presente expediente de nulidad, las cuales no han sido abonadas por el Servicio Canario de la Salud a las empresas contratistas.

- En lo que se refiere a la tramitación del procedimiento objeto de análisis, este se inició mediante Resolución n.º 2651/2017, de 18 de mayo de 2017, otorgándosele el trámite de audiencia a las empresas contratistas. Tal como ya se expuso, (...) sí presentó escrito de alegaciones oponiéndose a la declaración de nulidad pretendida.

- Mediante Resolución nº 4195/2017, de 3 de agosto se acuerda la desagregación del procedimiento acumulado de la empresa que formuló oposición a dicha declaración de nulidad.

- 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 19 a 22 del expediente).

- Además, el presente procedimiento administrativo cuenta con el informe de la Asesoría Jurídica departamental, de 25 de julio de 2017 (en este informe se hace referencia también a otras empresas, si bien, acertadamente, la Propuesta de Resolución sometida a Dictamen, fechada en agosto de 2017, se ciñe solo a (...)).

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, (58 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.

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-memoria justificativa emitido por el Director de Gestión y la resolución de inicio del citado expediente, 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 LPACAP, 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.

No obstante, dichas razones parecen deducirse (ya que tal circunstancia no se acredita suficientemente con la documentación obrante en el expediente, pues únicamente consta el historial de pedidos realizados en el ejercicio 2017, sin que conste si esos pedidos se efectuaron ni las facturas, en su caso, correspondientes a los mismos) del informe-memoria, de la Resolución de inicio de este procedimiento y de la Propuesta de Resolución, donde se aduce un fraccionamiento ilegal de los contratos -sin citar expresamente el art. 86.2 TRLCSP-, pues la Administración

considera que los suministros se realizaron prescindiendo de los preceptivos trámites para una correcta adjudicación y formalización de los contratos, incurriendo en la causa de nulidad del art. 47.1.e) LPACAP. Más concretamente, ha habido una ausencia de procedimiento en la contratación de suministro de productos farmacéuticos suscrito con la empresa mencionada, al superar el importe de 18.000 euros en algunas de las contrataciones efectuadas y, obviamente, en el total de las mismas, 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 la empresa ya mencionada 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, DDCCC 128 y 430/2016 y 249/2017) 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 la contratista y también podría afectar a la endosataria de los derechos de crédito señalados en el citado Anexo I (no consta en el expediente ningún dato más referente a dicha cesión).

4. 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 a satisfacción de la Administración y constando acreditado que el precio pactado no se ha abonado a las contratista, 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, 430/2016 y 249/2017 entre otros), requisitos que se cumplen en este caso, por lo cual es también aplicable a este supuesto.

5. Si bien reconoce la Propuesta de Resolución tal enriquecimiento injusto, por el contrario no se hace referencia alguna al derecho 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* y 216 TRLCSP. 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. Tal incorrecto proceder lleva aparejado el derecho al cobro de la contratista de los intereses moratorios correspondientes.

6. Por último, y en relación a todo lo anteriormente dicho, volvemos a reiterar nuestro reciente Dictamen 249/2017, de 13 de julio, 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», todo lo cual resulta ser de aplicación al presente asunto».

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución no se considera ajustada a Derecho con base en 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.