



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 391/2017

(Sección 1ª)

La Laguna, a 25 de octubre 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 a favor del Complejo Hospitalario Universitario Insular Materno-Infantil realizados por las empresas (...) y (...) (EXP. 365/2017 CA)**.

FUNDAMENTOS

I

1. Se interesa por el Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias, a través del escrito de 19 de septiembre de 2017, con registro de entrada en este Consejo Consultivo de fecha 21 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-14/2017), por la que se pretende declarar la nulidad de los contratos administrativos de suministro realizados por el Complejo Hospitalario Universitario Insular Materno-Infantil (CHUIMI) con las empresas (...) por valor de 2.581,88 euros y (...) por valor total de 7.068 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 las empresas que obran en el anexo I de su Resolución de inicio, por un valor total de 1.679.621,88 euros, pero en el que sólo se opusieron las empresas anteriormente referidas.

2. En la Propuesta de Resolución analizada la Administración considera que tales contratos son nulos de pleno derecho al haberse omitido los trámites

* Ponente: Sr. Brito González.

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), pero 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 (...) y (...), manifestando ambas 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. 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), a los que se hizo referencia en el reciente Dictamen de este Consejo Consultivo 249/2017, de 13 de julio en relación con una declaración de nulidad de contratos suscritos por el CHUIMI, ha acumulado incorrectamente los expedientes señalados al tratarse no solo de distintas empresas sino, también, de objetos dispares (suministros y servicios).

Además, en la Propuesta de Resolución no se hace distinción alguna entre las cantidades adeudadas a ambas empresas, sino que de facto se vuelve a acumular, remitiéndose a sus anexos para poder identificarlas a ambas correctamente.

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, 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.

En este caso, se producirá el 21 de diciembre de 2017, ya que el presente procedimiento se inició a través de la Resolución nº 3497/2017, de 21 de junio.

II

1. Los antecedentes de hecho más relevantes, conforme resulta del expediente remitido, son los siguientes:

- En los meses de mayo y junio de 2017, se emitieron por parte de las referidas empresas tres facturas (con la siguiente numeración, 649151714, 649151731 y 7017133710) correspondientes a los suministros sanitarios efectuados al Complejo Hospitalario por las cantidades ya referidas en el Fundamento I.1 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 en el anexo I de la Resolución de inicio, la identificación de las facturas objeto del presente expediente de nulidad, las cuales no han sido abonadas por 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 2017.

2. En lo que se refiere a la tramitación del procedimiento objeto de análisis, este se inició mediante Resolución nº 3497, de 21 de junio de 2017, 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.

Mediante Resolución 4683/2017, de 7 de septiembre (según refiere la Propuesta de Resolución) se produce la desagregación de las contrataciones realizadas con las empresas que se opusieron a la nulidad pretendida.

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 (exp. nº EN-CHUIMI-14/2017) cuenta con el informe de la Asesoría Jurídica departamental y la Propuesta de Resolución definitiva objeto de dictamen.

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 (más de 60 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, 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.

Dichas razones parecen deducirse del informe-memoria de la Resolución de inicio de este procedimiento y de la Propuesta de Resolución, donde se aduce que los suministros se realizaron prescindiendo de los preceptivos trámites para una correcta adjudicación y formalización de los contratos.

Con ello parece deducirse 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 suscritos con las empresas mencionadas, al superar el importe de 18.000 euros en cada contratación específica, produciéndose, además, 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.

Sin embargo, como ya se ha manifestado, se contrató con (...) por valor de 2.581,88 euros y (...) por valor total de 7.068 euros, en los que, obviamente, la contratación no requería de esa tramitación procedimental al no superar, conjunta o separadamente, el umbral máximo fijado para los contratos menores. Lo anterior implica que nos hallamos ante un supuesto de contratación menor (art. 138.3 TRLCSP); sin que, además, la Administración haya acreditado en modo alguno que se produjo un fraccionamiento indebido, por lo que no existe fundamento alguno que justifique la declaración de nulidad con respecto a las contrataciones efectuadas con ambas empresas.

3. Además, también es aplicable a este caso lo manifestado por este Consejo Consultivo (por todos, DDCC 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».

Resulta evidente que la declaración de nulidad pretendida choca frontalmente con los derechos adquiridos por las contratistas. Por tanto, 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 constanding acreditado que el precio pactado no se ha abonado a las contratistas, 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» (DDCCC 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.

En la Propuesta de Resolución no se hace referencia alguna al enriquecimiento injusto (si bien al mismo se refiere el informe-memoria de gestión) limitándose a señalar el derecho de las contratistas al abono de las facturas adeudadas, sin incluir los intereses moratorios que reclaman las citadas empresas. 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 les ha producido a las contratistas. Tal incorrecto proceder lleva aparejado el derecho al cobro de las empresas contratistas de los intereses moratorios correspondientes.

4. Por último, debemos reiterar, tal como se hace en el informe de la Asesoría Jurídica departamental, 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, 430/2016, de 19 de diciembre y 285/2017, de 27 de julio), 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.