



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 1ª)

La Laguna, a 30 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 y prestación de servicios realizados al Hospital Universitario Nuestra Señora de la Candelaria por las empresas (...) y (...), habiendo cedido esta última sus derechos de cobro a (...) (EXP. 368/2017 CA)\*.*

## F U N D A M E N T O S

### I

1. Mediante escrito de 21 de septiembre de 2017, con registro de entrada en este Consejo Consultivo el día 25 de septiembre 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 HUNSC 05/2017 por el que se pretende la declaración de nulidad de los contratos de suministro suscritos por el Hospital Universitario Nuestra Señora de la Candelaria (HUNSC) con las empresas (...), por valor total de 136.720,51 euros y (...), por un total de 4.867,20 euros, la cual cedió sus derechos de cobro a (...).

Es necesario precisar que el procedimiento se inició para declarar nulos contratos por valor de 4.985.449,15 euros suscritos con la empresas contratistas que constan en los anexos I y II del Informe-Memoria de la Dirección de Gestión del HUNSC, pero este Consejo Consultivo solo conocerá de lo que se refiere a las empresas que mostraron su disconformidad con el mismo.

---

\* Ponente: Sr. Brito González.

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).

3. Constan en el expediente los escritos de (...) y de (...) oponiéndose formal y materialmente a la declaración de nulidad pretendida. 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 Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), el dictamen es preceptivo.

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

5. 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 referidos a la contrataciones realizadas por el HUNSC (por todos, DDCC 326 y 327 de 2017), ha acumulado incorrectamente los expedientes señalados, esta vez con acuerdo expreso de acumulación, pero sin poder efectivamente realizarla al tratarse no solo de distintas empresas sino, también, de objetos dispares, teniendo como único nexo común el ámbito sanitario en el que se encuadran.

6. Por último, el art. 34 TRLCSP remite a la regulación de la nulidad y anulabilidad, incluido 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, lo que tendría lugar el 4 de febrero de 2018, puesto que la Resolución de inicio se emitió el 4 de agosto de 2017.

## II

En lo que a la tramitación del procedimiento de nulidad se refiere, del expediente remitido a este Consejo destacamos lo siguiente:

- Entre los meses de mayo y julio de 2017 se emitieron diversas facturas (relacionadas en el Anexo 2 de la Propuesta de Resolución) por parte de las empresas contratistas (...), por valor total de 136.720,51 euros y (...), por un total de 4.867,20 euros, la cual cedió sus derechos de cobro a (...), correspondientes a los suministros sanitarios realizados al HUNSC, sin tramitación de procedimiento contractual alguno y sin la preceptiva cobertura presupuestaria, tal y como se afirma en el informe-memoria y en la resolución de inicio emitidos por la Dirección de Gestión del HUNSC.

- Por los órganos competentes de la Dirección de Gestión del HUNSC 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 importes ya especificados, encontrándose identificadas las facturas objeto del presente expediente de nulidad.

El procedimiento objeto de análisis se inició mediante Resolución nº 681/2017, de 4 de agosto de 2017, la cual comprendía a la totalidad de las empresas a las que se hace referencia directa, por un monto total de 4.985.449,15 euros, deduciéndose - pues no consta acreditado- que se le otorgó el trámite de audiencia a las empresas contratistas, que no formularon alegaciones, salvo las ya mencionadas, quienes además solicitaron el abono de los intereses moratorios.

- Mediante Resolución nº 700/2017, de 8 de septiembre, la Dirección Gerencia procedió a declarar la nulidad de los contratos objeto del expediente a excepción de los que son objeto del presente dictamen que fueron desagregados del expediente original.

- 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, consta 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, bajo la denominación «Propuesta de Resolución mediante la que se procede al abono de cantidad adeudada por declaración de nulidad», sin que conste

su fecha de emisión, por la que se acuerda la declaración de nulidad y la liquidación de los contratos de suministros [los correspondientes a las empresas proveedoras relacionadas sus anexos) y sin que tampoco se haga mención alguna a la cesión de los derechos de cobro realizada por (...) en favor de (...)].

### III

1. La Dirección Gerencia del HUNSC 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 70 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 tantas veces recordadas por este Consejo.

A ello se añade, como ya indicamos, que en el informe-memoria del Director Gerente y en la resolución que da inicio a este procedimiento de nulidad se indica que en el presente supuesto la falta de suficiencia presupuestaria para abordar la contratación derivó en falta de cobertura contractual, como ya se refirió anteriormente, lo que nos indica que el expediente estaba viciado de nulidad desde su inicio conforme dispone el art. 32.c) TRLCSP. La concurrencia de esta causa de nulidad con la esgrimida en la Propuesta de Resolución -la establecida en el art. 47.1,e) LPACAP en relación con el art. 86.2 TRLCSP- como reiteradamente ha señalado este Consejo, implicaría su aplicación prevalente por razones de temporalidad y especificidad, lo que debe tener reflejo en la Propuesta de Resolución.

Sin embargo, se ha de precisar que los dos contratos suscritos con (...), por un total de 4.867,20 euros, la cual cedió sus derechos de cobro a (...), son contratos menores y, por ello, no se ha incurrido en la causa de nulidad del 47.1,e) LPACAP; pero sí se ven afectados de manera directa por la insuficiencia presupuestaria, pues en todas las contrataciones analizadas, incluidas estas dos últimas, concurre la causa de nulidad prevista en el art. 31.1,c) TRLCSP. Lo anterior hace preciso que se refleje adecuadamente en la Propuesta de Resolución tales circunstancias.

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 las contratistas que han 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 (...) y (...), 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, por ejemplo, en su reciente Dictamen 285/2017, de 27 de julio, 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».

Estos requisitos se cumplen en este caso, si bien la Propuesta de Resolución nada señala sobre este particular. 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 los contratistas 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 en el Dictamen anteriormente referido, entre otros muchos, en el que se señaló:

«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 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 causas de nulidad del art. 31.1,c) TRLCSP [y la del art. 47.1,e) LPACAP en algunas de las contrataciones efectuadas], no procede su declaración en aplicación del art. 110 LPACAP.