



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 1ª)

La Laguna, a 14 de noviembre 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 material sanitario realizados al Hospital Universitario Nuestra Señora de la Candelaria por las empresas (...), por un valor total de 9.450 euros, y (...) por valor de 6.066,80 euros (EXP. 395/2017 CA)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. Mediante escrito de 10 de octubre de 2017, con registro de entrada en este Consejo Consultivo el día 13 de octubre de 2017, el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias interesa de este Consejo Consultivo preceptivo dictamen en relación con la Propuesta de Resolución del procedimiento HUNSC 09/2017 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 un valor total de 9.450 euros, y (...) por valor de 6.066,80 euros.

2. En la Propuesta de Resolución sometida a dictamen, la Administración declara la nulidad de pleno derecho de los contratos de suministro al señalar 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, las empresas contratistas referidas se han opuesto a tal declaración de forma expresa a través de sus escritos de alegaciones incorporados al expediente remitido a este Organismo, por lo que, al amparo de lo dispuesto en los arts.

* Ponente: Sr. Brito González.

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.

Es necesario precisar que, nuevamente, el procedimiento se inició para declarar nulos contratos suscritos con varias empresas por valor de 1.068.966,82 euros, las que constan en el anexo I del Informe-Memoria de la Dirección de Gestión del HUNSC, pero este Consejo Consultivo solo conocerá de lo que se refiere a las dos únicas empresas que mostraron su disconformidad oponiéndose a la declaración de nulidad que se pretende.

3. 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 (por todos, Dictamen 406/2017, de 30 de octubre) y por los Servicios Jurídicos Departamentales, 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.

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. Asimismo, el art. 34 TRLCSP nos remite a la regulación de la nulidad del 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 11 de marzo de 2017, puesto que la Resolución de inicio se emitió el 11 de septiembre de 2017.

II

1. Del expediente remitido a este Consejo destacamos lo siguiente:

- En el expediente de nulidad incoado figura el Informe-Memoria del Director de Gestión en el que se manifiesta que se llevó a cabo por las empresas ya referidas la prestación de suministros, en las cuantías expuestas en el fundamento anterior de este Dictamen, los cuales se realizaron a la entera satisfacción de la Administración, constando las facturas emitidas por ambas durante el mes de septiembre de 2017.

- Por la Gerencia del HUNSC 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 y prestado servicios por las empresas contratistas, incluidas en el referido anexo I del Informe-Memoria, 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.

- No consta el certificado que acredite 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») y, además, tanto en el Informe-Memoria referido como en la Resolución de inicio se afirma que en este supuesto la falta de cobertura presupuestaria ha derivado en la falta de cobertura contractual, lo que implica su encuadre en el motivo de nulidad previsto en el art. 32,c) TRLCSP, sin embargo, no se hace referencia alguna a ello ni en la resolución de inicio de ni en la Propuesta de Resolución.

2. En lo que a la tramitación del procedimiento de nulidad se refiere, se inició el 11 de septiembre de 2017 mediante la Resolución de la Dirección Gerencia del HUNSC nº 701/2017.

En este procedimiento obra el Informe-Memoria de la Dirección de Gestión del HUNSC y el informe de la Asesoría Jurídica departamental de 27 de septiembre de 2017.

Además, se presume que cuenta con el trámite de vista y audiencia a las empresas contratistas referidas, siendo (...) y (...), quienes formularon alegaciones oponiéndose a la declaración de nulidad pretendida por la Administración en la forma ya expuesta. No obstante, se hace constar que de la documentación obrante en el expediente remitido a este Consejo no consta debidamente acreditada la

representación de la entidad (...) (por error se aporta copia de escritura pública de apoderamiento correspondiente a otra sociedad) si bien en su escrito la mercantil indica que la representación de la persona que actúa en su nombre ya ha sido acreditada a la Administración con anterioridad; dando por buena la Administración tal circunstancia.

Mediante Resolución nº 718/2017, de 27 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.

Finalmente, se emitió la Propuesta de Resolución en forma de borrador de la Resolución definitiva, denominada «*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 suministro correspondientes a dichas empresas proveedoras.

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 de 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.

Por ello, nuevamente, es necesario hacer mención expresa al hecho de 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, como reiteradamente ha señalado este Consejo, implicaría su aplicación prevalente por razones de temporalidad y especificidad.

Tal circunstancia debe tener reflejo en la Propuesta de Resolución que deberá ser complementada en este sentido, tal y como ya se le ha manifestado a esta

Dirección Gerencia en varias ocasiones, tal y como se ha señalado también en el reciente Dictamen 406/2017, de 30 de octubre.

2. Sin embargo, se ha de precisar que los contratos suscritos tanto con (...), por un valor total de 9.450 euros, como con (...), por un valor total de 6.066,80 euros, constituyen un contrato menor y, por tal motivo, no se ha incurrido en la causa de nulidad del 47.1.e) LPACAP esgrimida por la Administración, pero sí que se ve afectado de manera directa por la insuficiencia presupuestaria referida [art. 32,c) TRLCSP], por lo que se debe reflejar adecuadamente en la Propuesta de Resolución tal circunstancia.

3. No obstante, como tantas veces hemos señalado en supuestos similares, no podría declararse la nulidad, pues le es de aplicación 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».

Ello es así porque la declaración de nulidad choca frontalmente con los derechos adquiridos por los contratistas que han suministrado productos farmacéuticos a satisfacción de la Administración 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 las empresas referidas.

En relación con ello, 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» (DCCC 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 alguno 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»; a lo que se une el derecho al cobro de intereses moratorios previsto en el art. 216 TRLCSP si se produce retraso en el pago del precio convenido.

Ello sucede en el supuesto analizado en el que un correcto y adecuado funcionamiento de la Administración en la contratación efectuada hubiese evitado el daño que se les ha producido a las contratistas que habrá de ser debidamente cuantificado en la liquidación que se efectúe de los intereses moratorios correspondientes.

4. Finalmente, cabe concluir refiriendo lo señalado en el Dictamen anteriormente citado, en el que se afirma:

«No podemos pasar por alto en relación al incorrecto proceder de la Administración, lo tantas veces señalado 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, 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 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 causa de nulidad del art. 32.c TRLCSP [no la del art. 47.1,e) LPACAP] en las contrataciones efectuadas, no procede su declaración en aplicación del art. 110 LPACAP.