



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 1ª)

La Laguna, a 5 de diciembre 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 del contrato administrativo de suministros de productos farmacéuticos realizados a favor de la Gerencia de los Servicios Sanitarios del Área de Salud de La Palma con la empresa (...) (EXP. 422/2017 CA)*.***

F U N D A M E N T O S

I

1. Mediante escrito de 27 de octubre de 2017 (registro de entrada en este Consejo Consultivo de 30 de octubre de 2017), el Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias interesa de este Consejo Consultivo preceptivo dictamen en relación con la Propuesta de Resolución, en forma de borrador de la Resolución definitiva del procedimiento de declaración de nulidad nº 0044/2017 del contrato administrativo de suministro de productos farmacéuticos suscritos con la empresa (...) por cuantía total de 59.758,12 euros ejecutado a favor de la Gerencia de los Servicios Sanitarios del Área de Salud de La Palma (en el expediente consta también documentación relativa al expediente de nulidad 37/2017).

2. En la Propuesta de Resolución la Administración afirma que dichos contratos son nulos de pleno derecho puesto que se ha incurrido en la causa de nulidad establecida en el art. 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 15 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

3. La empresa contratista ha mostrado su oposición con la declaración de nulidad que se pretende con ocasión del trámite de audiencia, a través de su escrito de 9 de octubre de 2017, reclamando los correspondientes intereses moratorios, por lo que, al

* Ponente: Sr. Brito González.

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 la Dirección de la Gerencia de los Servicios Sanitarios de La Palma, 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, 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, la misma se producirá el 4 de abril de 2018, ya que el presente procedimiento se inició a través de la Resolución nº 1462/2017, de 4 de octubre.

II

Del expediente remitido a este Consejo destacamos los antecedentes siguientes:

- Entre los meses de julio a septiembre de 2017 se emitieron ocho facturas por parte de la empresa contratista (...) por una cuantía total de 59.758,12 euros, correspondientes a los suministros sanitarios realizados al referido hospital, sin tramitación de procedimiento contractual alguno como se afirma en el informe-memoria emitido por la Dirección de Gestión y Servicios Generales del Área de Salud de La Palma, considerando la Administración, en su momento, que cada entrega constituía un contrato menor, individualizado e independiente.

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

- En cuanto a la tramitación del procedimiento objeto de análisis, este se inició mediante Resolución nº 1462/2017, de 4 de octubre de 2017, referido a los suministros efectuados por (...) por importe total de 59.758,12 euros. Esta empresa en respuesta al trámite de audiencia otorgado se opuso a la declaración de nulidad pretendida y, además, solicitó el abono de los intereses moratorios.

- 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. 44/2017) cuenta con el informe de la Asesoría Jurídica Departamental y la Propuesta de Resolución, en forma de borrador de la Resolución definitiva.

III

1. La Gerencia de los Servicios Sanitarios del Área de Salud de La Palma 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- 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. En la Propuesta de Resolución objeto de este Dictamen se manifiesta que concurre la causa de nulidad establecida en el art. 47.1.e) LPACAP, pero sin hacer mención a las razones en las que se basa tal concurrencia, careciendo por tanto de la debida motivación (arts. 35.2 y 88.6 LPACAP). Sin embargo, al igual que ocurre en casos anteriores, como por ejemplo el correspondiente al Dictamen de este Organismo 389/2017, de 25 de octubre, parece deducirse del informe-memoria los motivos por los que se considera que concurre la causa de nulidad establecida en el apartado e) del art. 47.1 LPACAP, manifestándose en el mismo que las adquisiciones de suministros se realizaron prescindiendo de los trámites preceptivos para una correcta adjudicación y formalización del contrato, sin causa imputable al contratista, por superar el importe de cada contratación específica de 18.000 € o

suponer el fraccionamiento indebido del contrato y superar de forma acumulada el importe legalmente establecido, habiéndose realizado las prestaciones a entera satisfacción de la Administración y que es imposible en el actual momento restituir los suministros recibidos.

3. En este caso, del mismo modo que concluimos en los dictámenes 328/2015, de 23 de septiembre y el referido 389/2017, 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.

Sin embargo, tal como hemos señalado con reiteración, 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, la declaración de nulidad choca frontalmente con los derechos adquiridos por la contratista que ha 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 la empresa referida, resultando obligado el pago de lo adeudado para impedir un enriquecimiento injusto por parte de la Administración sanitaria.

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 referida a 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 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, 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 (...).

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.