



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 476/2017

(Sección 1ª)

La Laguna, a 27 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 de los contratos administrativos de suministro de productos sanitarios realizados a favor del Complejo Hospitalario Universitario Insular Materno-Infantil por las empresas (...), (...), y (...)* (EXP. 460/2017 CA)*.

FUNDAMENTOS

I

1. Se interesa por el Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias, a través del escrito de 29 de noviembre de 2017, con registro de entrada de fecha 1 de diciembre de 2017, dictamen de este Consejo en relación con la Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio (expediente de nulidad n.º EN-CHUIMI-23/2017), 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 total de 342.198,99 euros, (...), por un total de 92.336,79 euros y (...) por 12.405,69 euros; habiéndose acordado la declaración de nulidad del total de las contrataciones, 446.941,47 euros, pues se acordó la acumulación de los mismos.

2. Con posterioridad a la admisión a trámite de la solicitud de dictamen por el Pleno de este Consejo, que se produjo el pasado 5 de diciembre, el Sr. Consejero de Sanidad, mediante escrito de 19 de diciembre de 2017, con registro de entrada en este Consejo el día siguiente, solicita al amparo del art. 20.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC), que la solicitud de dictamen sea tramitada por la vía de urgencia dadas las posibles dificultades derivadas de la falta de cumplimentación de las obligaciones formales de pago con los proveedores, así

* Ponente: Sr. Brito González.

como la aplicación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales y, en particular, el plazo de exigibilidad de la deuda y la determinación del tipo de interés de demora y para dar cumplimiento a la Orden de 1 de diciembre de 2017, por la que se regula la ordenación contable en la ejecución y cierre del presupuesto de gastos e ingresos para el ejercicio 2017 de la Comunidad Autónoma de Canarias, que en su art. 2.1.a) establece como plazo máximo para la contabilización de los documentos contables en fase ADO el día 31 de diciembre de 2017.

Si bien, el Consejero de Sanidad no resulta competente para solicitar la emisión del dictamen por vía de urgencia (art. 20.3 LCCC), este Consejo, en aras de la colaboración institucional, emite el presente dictamen en el plazo más breve posible.

3. En la Propuesta de Resolución sometida a Dictamen 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 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); 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).

4. Constan en el expediente los escritos de oposición de las tres empresas referidas, quienes además solicitan el abono de los intereses moratorios, por lo que, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 11.1.D.c) y 12.3 LCCC, en relación con el art. 211.3.a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, es preceptivo el Dictamen de este Consejo.

5. 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 (DDCCC 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».

6. 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.

7. 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, 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 5001/2017, de 29 de septiembre. 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.

II

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

- Durante los meses de junio y septiembre de 2017, se emitieron diversas facturas por parte de las mencionadas empresas correspondientes a los suministros sanitarios prestados al Complejo Hospitalario por las cantidades 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 8º «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 5001/2017, de 29 de septiembre de 2017, otorgándosele el trámite de audiencia a las empresas contratistas. Tal como ya se expuso, las mismas sí presentaron escritos de alegaciones oponiéndose a la declaración de 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 cuenta con el informe de la Asesoría Jurídica Departamental, de 20 de noviembre de 2017 y la Propuesta de Resolución sometida a Dictamen, fechada en noviembre de 2017.

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, 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 sobre 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 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) 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 las empresas mencionadas 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, y en lo que se refiere a las contrataciones efectuadas con (...), y (...), concurre la causa de nulidad alegada ya que se contrató con las empresas ya mencionadas prescindiendo por completo de las normas procedimentales de la contratación administrativa.

Sin embargo, no sucede lo mismo con las contrataciones efectuadas con la empresa (...), dos suministros por un valor total de 12.405,69 euros, ya que en estos supuestos la contratación no requería de esa tramitación procedimental al no superar, conjunta o separadamente, el umbral máximo fijado para los contratos menores (18.000 €). 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 por dicha empresa.

4. En lo que respecta a las contrataciones efectuadas con (...), y (...), 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 la causa de nulidad alegada 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», pues resulta evidente que la declaración de nulidad choca frontalmente con los derechos adquiridos por las contratistas.

5. Además, y en lo que se refiere al total de las contrataciones objeto del presente expediente de nulidad, 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 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 n.º 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.

6. 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 les ha producido a las contratistas. Tal incorrecto proceder lleva aparejado el derecho al cobro de las contratistas de los intereses moratorios correspondientes.

7. 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 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», todo lo cual resulta 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, por lo que se dictamina desfavorablemente la revisión de oficio pretendida por la Administración, puesto que no concurre causa de nulidad en la contratación efectuada con (...), mientras que, aunque concurren las causas de nulidad del art. 47.1.e) LPACAP en las contrataciones efectuadas con (...), y (...), no procede su declaración en aplicación del art. 110 de esta última Ley.