



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 4 7 8 / 2 0 1 7

(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 suministros de productos sanitarios realizados a favor de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario de Gran Canaria Doctor Negrín por las empresas (...) y (...) (EXP. 472/2017 CA)\**.

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

### I

1. Se interesa por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias a través del escrito de 7 de diciembre de 2017, con registro de entrada en este Consejo Consultivo de fecha 12 de diciembre de 2017, dictamen en relación con la Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio (expediente de nulidad 51/T/17/NU/GE/T/0032), por la que se pretende declarar la nulidad de los contratos administrativos de suministro realizados por el Hospital Universitario de Gran Canaria Dr. Negrín (HUGCDN) con las empresas (...) relativo a seis facturas por un importe total de 17.374,67 euros, si bien consta en el expediente que el volumen de negocios entre dicha empresa y el Hospital ha sido de 198.627,71 euros durante del presente año 2017 y (...) por un total de 32.928,50 euros (factura 9120429442), con un volumen de negocios durante el 2017 de 104.463,69 euros y que el volumen de contratación del expediente de nulidad asciende a 65.640,89 euros, lo que da a entender, sin decirlo ni justificarlo en modo alguno, que se ha producido un fraccionamiento ilegal del contrato [art. 86.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre].

---

\* Ponente: Sr. Brito González.

2. En la Propuesta de Resolución la Administración considera que la contratación efectuada es nula de pleno derecho pero, como posteriormente se referirá, una vez más y a pesar de que por este Consejo ya se lo señaló en el anterior Dictamen 405/2017, de 30 de octubre, y en otros muchos, relativo a una declaración de nulidad solicitada en relación con este mismo Centro hospitalario, en la Propuesta de Resolución se sigue sin especificar la concreta causa de nulidad en la que se basa la declaración que se pretende.

Sin embargo, del expediente se deduce que la Administración considera 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). Así se desprende del informe memoria del órgano gestor del Hospital en el que se señala que «Estas adquisiciones fueron realizadas omitiendo los trámites preceptivos para una correcta adjudicación y formalización del coadminis incurriendo por tanto, en causas de nulidad contractual que estipula el art. 32 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector público (...), sin que ello sea imputable al contratista interesado».

3. Asimismo, nada se dice de la existencia de partida presupuestaria suficiente consignada previamente que constituye una específica causa de nulidad contractual art. 32.1.c) TRLCSP, salvo una mera mención en el citado informe-memoria a que la insuficiencia de crédito presupuestario para gasto corriente justifica la contratación que se califica de indeseada y excepcional, por lo que nos ceñiremos al estudio del motivo de nulidad argumentado por la Administración; sin perjuicio de que su concurrencia (la inexistencia de crédito presupuestario suficiente), como reiteradamente ha señalado este Consejo implicaría su aplicación prevalente por razones de temporalidad y especificidad.

4. Constan en el expediente los escritos de las empresas contratistas oponiéndose formal y materialmente a la declaración de nulidad pretendida y lo hacen solicitando también el abono de los intereses moratorios. 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) TRLCSP el dictamen es preceptivo.

5. El órgano competente para resolver el presente procedimiento es la Dirección Gerencia del citado Hospital, 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 pues se inició a través de la Resolución n.º 3863/2017, de 5 de octubre, el transcurso del plazo de seis meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá su caducidad.

## II

1. En cuanto a los antecedentes de hecho más relevantes son los siguientes:

- En los meses de agosto y septiembre de 2017 se emitieron varias facturas por parte de las empresas contratistas (...) y (...), por las cuantías totales ya referidas (con la salvedad del volumen general de negocios efectuados durante el presente año, cantidades ya referidas, que arrojan una cifra total significativamente mayor y superior a los 18.000 euros fijados como límite de la contratación menor), 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 del mismo, considerando la Administración, en su momento, que cada entrega constituía un contrato menor, individualizado e independiente.

- Por la Directora Económica Financiera de la citada Dirección Gerencia se emite informe en el que 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 identificadas las facturas objeto de este expediente.

- Como ya señalamos, 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.

- Mediante Resolución de la Gerencia de dicho Hospital 4796/2017, de 1 de diciembre, se declaró la nulidad de los contratos administrativos de suministros incluidos en el Anexo II de la misma, estando excluidos de ellos los contratos correspondientes a (...) y (...). En el Resuelvo Tercero de la citada Resolución se acuerda la remisión de todas las facturas al Consejo Consultivo para la emisión del preceptivo dictamen sobre su nulidad pues la misma ha manifestado su oposición al inicio del expediente que nos ocupa.

2. En lo que se refiere a la tramitación del procedimiento objeto de análisis, tramitado de urgencia, éste se inició mediante Resolución n.º 3863/2017, de 5 de octubre de 2017, la cual comprendía a la totalidad de las empresas incluidas en su anexo por un monto total de 65.640,89 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, que además solicitaron el abono de los intereses moratorios.

Asimismo, consta informe de la Directora Económica Financiera dando respuesta a las alegaciones efectuados por las citadas empresas.

Además, el presente procedimiento administrativo (51/T/16/NU/GE/T/0032) cuenta con el informe de la Asesoría Jurídica Departamental y la Propuesta de Resolución definitiva.

### III

1. El Dictamen de este Consejo Consultivo 457/2017, de 11 de diciembre, tuvo por objeto la declaración de nulidad de contratos de suministro realizados por el Hospital Universitario de Gran Canaria Dr. Negrín con la empresa (...) relativos a diversas facturas, incluidas dentro del volumen de negocios entre dicha empresa y tal Hospital.

Pues bien, el objeto del presente Dictamen está constituido por seis suministros por un valor total de 17.374,67 euros realizados al mismo Hospital por la empresa (...) al que se añade el contrato de suministro suscrito con (...), que como se manifiesta en el primer fundamento de este Dictamen, también forma parte del referido volumen de negocios y, en este caso, la Propuesta de Resolución analizada tiene un contenido idéntico a las de los anteriores Dictámenes, motivo por el que procede reiterar una vez más las mismas manifestaciones que ya se hicieron, que fueron las siguientes:

«(...) La Dirección Gerencia del referido Centro 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. La Propuesta de Resolución definitiva manifiesta que en este caso concurre la causa de nulidad establecida en el art. 47.1 LPACAP, sin hacer mención al supuesto motivo de nulidad de los relacionados en esa disposición ni 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, parece deducirse del informe-memoria que la nulidad se fundamenta 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 y, además, que se acordó el inicio del expediente de declaración de nulidad del contrato de suministro de productos farmacéuticos suscritos con la totalidad de la empresas incluidas en sus anexos, por superar el importe de 18.000 euros en cada contratación específica; lo que nos da a entender que se ha producido un fraccionamiento ilegal de los contratos (art. 86.2 TRLCSP).

3. En el supuesto analizado en este Dictamen, conforme resulta del Anexo II del informe emitido por la Directora de los Servicios Generales del HUGCDN, de fecha 29 de agosto de 2017, la relación de suministros efectuados por (...) en el año 2017 hasta esa fecha nos indica que ninguno de los suministros realizados supera los 18.000 euros y que el importe total de los mismos es de 104.816,54 euros. Ello nos indica (si bien no consta ni en la Propuesta de Resolución ni en el expediente remitido una justificación adecuada) que se ha producido un fraccionamiento ilegal de la contratación eludiendo con ello el procedimiento legalmente exigido para la contratación efectivamente realizada, cuyos requisitos procedimentales son mayores a los exigidos para la contratación menor (arts. 111 y 138.3 TRLCSP).

Por ello, del mismo modo que hemos concluido en numerosos dictámenes realizados sobre esta materia, de sobra conocidos por esta Administración, podemos concluir que en este asunto concurre la causa de nulidad del art. 47.1,e) LPACAP ya que se contrató con la empresa ya mencionada prescindiendo por completo de las normas procedimentales de la contratación administrativa.

No obstante, la declaración de nulidad pretendida choca frontalmente con los derechos adquiridos por la contratista por lo que resulta plenamente trasladable a este supuesto lo indicado reiteradamente por este Consejo (por todos, DCCC 128 y 430/2016 y 249/2017) sobre la improcedencia de aplicación de esa causa de nulidad conforme a lo dispuesto en el art. 110 LPACAP, 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”.

4. Además, siguen en vigor los derechos y obligaciones derivados de las 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 la contratista, resulta obligado su pago para impedir con ello un enriquecimiento injusto por parte de la Administración sanitaria, tal como hemos indicado sobre esta cuestión (DCCCC nº 38/2014, 89/2015, 102/2015, 430/2016 y 249/2017 entre otros): “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”.

La Propuesta de Resolución acuerda la liquidación del contrato y el pago del precio de los suministros efectuados. Sin embargo, nada señala al derecho del contratista al abono de los intereses moratorios (circunstancia ésta que fue uno de los motivos de oposición a la nulidad pretendida). Sobre 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 de los daños producidos conforme dispone el art. 35, in fine y 216 TRLCSP, lo que supone, tal como hemos señalado en múltiples ocasiones, el derecho de la contratista al cobro de los intereses moratorios correspondientes».

Todo lo cual vuelve a ser de aplicación al presente caso, pues si bien concurre la causa de nulidad señalada al no seguirse el procedimiento establecido realizando un fraccionamiento ilegal de los contratos suscritos con ambas empresas para eludir los mayores controles procedimentales del procedimiento ordinario, ésta no resulta de aplicación por mor del art. 110 LPACAP, debiendo abonarse al contratista la factura adeudada más los intereses moratorios correspondientes a fin de evitar un enriquecimiento injusto de la Administración.

2. Por último, debemos reiterar a la Administración sanitaria, 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 (...).

## **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 declaración de nulidad pretendida por la Administración, pues si bien concurre la causas de nulidad del art. 47.1.e) LPACAP, no procede su declaración en aplicación del art. 110 de esta última Ley.