



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 7 9 / 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 suministro de productos sanitarios realizados a favor del Hospital Universitario de Gran Canaria Dr. Negrín por las empresas (...) y (...) (EXP. 473/2017 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/0025), por la que se pretende declarar la nulidad de los contratos administrativos de suministro realizado por el Hospital Universitario de Gran Canaria Dr. Negrín (HUGCDN) con las empresas (...), por cuantía de 4.334,06 euros, si bien consta en el expediente que el volumen de negocios entre dicha empresa y el Hospital ha sido de 161.341,82 euros durante del presente año 2017, y (...), por un valor total de 3.911 euros, con un volumen de negocios entre esta última empresa y el Hospital durante el año 2017 de 76.054,82, cuyos derechos de cobro se cedieron a (...), y que el volumen total de contratación del expediente de nulidad asciende a 2.358.713,57 euros.

Se solicita que la emisión del dictamen sea tramitada por el procedimiento de urgencia al amparo de lo establecido en el art. 20.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC), motivando la urgencia la proximidad del cierre del ejercicio económico y la necesidad de proceder al pago de las facturas que

* Ponente: Sr. Brito González.

integran el citado expediente dentro del presente ejercicio presupuestario, ya que en caso contrario, el importe de las facturas adeudadas quedaría pendiente de aplicación a presupuesto con el consiguiente perjuicio tanto para el Tesoro de la CAC como a los acreedores afectados.

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.

2. La Propuesta de Resolución considera que las contrataciones efectuadas son nulas de pleno derecho pero, como posteriormente se referirá, una vez más y a pesar de que este Consejo ya se lo señaló en diversos dictámenes, entre ellos el reciente Dictamen 405/2017, de 30 de octubre, relativo a una declaración de nulidad solicitada en relación con este mismo Centro hospitalario, en la Propuesta de Resolución no se especifica 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 motiva la declaración de nulidad se señala que la existencia de un fraccionamiento ilegal del contrato (art. 86.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre), lo que provoca que «Estas adquisiciones fueron realizadas omitiendo los trámites preceptivos para una correcta adjudicación y formalización del contrato, 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».

Asimismo, nada se dice de la existencia de partida presupuestaria suficiente consignada previamente que constituye una específica causa de nulidad contractual [art. 32.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.

3. Constan en el expediente los escritos de las empresas contratistas 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) TRLCSP el dictamen es preceptivo.

En el Dictamen de este Consejo Consultivo (DCCC 445/2017, de 30 de noviembre) señalamos que en el expediente constaba que la empresa (...) manifestó a la Administración en su escrito de contestación a la audiencia que le fue conferida que cedió sus derechos de cobro a la empresa (...), si bien no constaba entre la documentación del expediente que se le haya otorgado dicho trámite a esta empresa, que es la legítima titular de los mismos y, por ello, tiene la condición de interesada en este procedimiento, debiendo retrotraerse las actuaciones a fin de cumplimentar dicho trámite.

Así se le otorgó trámite de audiencia a (...), la cual por medio del escrito de 23 de noviembre de 2017 mostró su conformidad con la declaración de nulidad que se pretende «sin que ello suponga la renuncia total a la percepción de los precios acordados y pactados, ni a los intereses devengados conforme a la legislación vigente, y a efectos de que se proceda al pago de los mismos». Tal condicionamiento supone la oposición a los efectos de la citada declaración de nulidad pues, contrariamente a lo señalado en la Propuesta de Resolución, no se renuncia al cobro de los intereses moratorios que se hayan devengado y que la liquidación practicada por la Administración no contempla.

4. 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.

5. Por último, el art. 34 TRLCSP remite a la regulación de la nulidad, 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, Resolución n.º 2954/2017, de 31 de julio, el transcurso del plazo de seis meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá su caducidad.

II

1. Los antecedentes de hecho más relevantes conforme resulta de expediente remitido son los siguientes:

- En julio de 2017 se emitieron facturas por parte de las empresas contratistas (...) y (...), por las cuantías ya expuestas (con la salvedad del volumen general de negocios efectuados durante el presente año, ya referida, que arroja una cifra total significativamente mayor y superior a los 18.000 euros fijados como límite de la contratación menor, en relación con ambas empresas), 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 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 identificadas las facturas objeto del presente expediente de nulidad.

- 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.

2. En lo que se refiere a la tramitación del procedimiento objeto de análisis, éste se inició mediante Resolución n.º 2954/2017, de 31 de julio de 2017, la cual comprendía a la totalidad de las empresas incluidas en sus anexos por un monto total de 2.358.713,57 euros, deduciéndose -pues no consta acreditado- que se les otorgó el trámite de audiencia a las restantes empresas contratistas, que no formularon alegaciones, salvo las ya mencionadas, quienes además solicitaron el abono de los intereses moratorios.

Mediante Resolución de la Gerencia de dicho Hospital 3678/2017, de 29 de septiembre, por la que se declaró la nulidad de los contratos administrativos de

suministros, servicios y gestión de servicios incluidos en los anexos de la misma, estando excluidos de ellos los contratos correspondientes a las mencionadas facturas emitida por (...) y (...) pues las mismas han manifestado su oposición al inicio del expediente que nos ocupa.

Además, el presente procedimiento administrativo (51/T/16/NU/GE/T/0025) cuenta con el informe de la Asesoría Jurídica Departamental y la Propuesta de Resolución.

Posteriormente, se emitió el Dictamen de forma de este Consejo Consultivo (DCCC 445/2017), que dio lugar a la retroacción de las actuaciones referidas y a la emisión de una nueva Propuesta de Resolución (se desconoce su fecha de emisión).

En la Propuesta de Resolución sometida a Dictamen se señala en el Antecedente de Hecho Séptimo que la mercantil (...) manifiesta su conformidad a la declaración de nulidad pretendida por la Administración cuando lo cierto es, como ya señalamos, que dicha conformidad estaba condicionada al no renunciar a cobrar los correspondientes intereses moratorios lo que, en puridad, supone una oposición a la misma pues la Administración en el Resuelto Segundo de la Propuesta de Resolución no contempla tales intereses ordenando únicamente el pago del principal a las dos empresas suministradoras. En este sentido deberá corregirse la Propuesta de Resolución para reconocer que la titularidad de los derechos de cobro de la empresa (...) le corresponde a (...).

III

1. El objeto del presente Dictamen está constituido por los suministro realizados al HUGCDN por las empresas (...) y (...) y guarda gran similitud con otros dictámenes de este Organismo (DDCCC 405/2017 y 457/2017, entre otros) motivo por el que procede reproducir las mismas manifestaciones que ya se hicieron en su momento y 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, DDCCC 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 (DDCCC 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 del contrato 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, igual que hicimos en supuestos anteriores similares al analizado, 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, DDCCC 136/2016, 430/2016 y 285/2017), 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 causa de nulidad del art. 47.1.e) LPACAP en las contrataciones efectuadas, no procede su declaración en aplicación del art. 110 de esta última Ley.