



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 1ª)

La Laguna, a 3 de enero de 2018.

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 Lanzarote con la empresa (...) (EXP. 492/2017 CA)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. Mediante escrito de 20 de diciembre de 2017 (registro de entrada en este Consejo Consultivo de 26 de diciembre 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 del procedimiento de declaración de nulidad nº 59/2017 del contrato administrativo de suministro de productos farmacéuticos suscritos con la empresa (...) por cuantía total de 11.562,30 euros ejecutado a favor de la Gerencia de los Servicios Sanitarios del Área de Salud de Lanzarote.

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 28 de noviembre de 2017, reclamando los correspondientes intereses moratorios, por lo que, al 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

* Ponente: Sr. Brito González.

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 Lanzarote, 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. A su vez, el art. 34 TRLCSP sobre la revisión de oficio de los actos preparatorios y de adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas viciados de nulidad remite a la regulación que del correspondiente procedimiento de revisión de oficio se contiene 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 nº 2944/2017, de 23 de noviembre, el transcurso del plazo de seis meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá su caducidad.

6. Además, es necesario precisar que este procedimiento de declaración de nulidad tiene por objeto la totalidad de los contratos de suministro celebrados con las empresas que obran en el anexo de su Resolución de inicio, por un valor total de 345.952,74 euros, pues se acordó la acumulación de los mismos. Entre tales contratos se halla los suscritos con (...); si bien, como posteriormente se referirá, a través de la Resolución de la Gerencia 3175/2017, de 15 de diciembre, se acordó «desagregar» del procedimiento el contrato correspondiente a (...).

Sobre la acumulación de procedimientos acordada, es necesario precisar que la Administración sanitaria, una vez más y pese a lo que se le ha manifestado reiteradamente por sus Servicios Jurídicos y por este Consejo Consultivo en los Dictámenes emitidos en supuestos similares (DDCC 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».

II

1. Del expediente remitido a este Consejo destacamos los antecedentes siguientes:

- Entre los meses de septiembre y noviembre de 2017 se emitieron las facturas números 649165092, 649166704 y 649171745 por parte de la empresa contratista por una cuantía total de 11.562,30 euros, correspondientes a los suministros sanitarios realizados a la referida Gerencia, 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 Lanzarote, considerando la Administración, en su momento, que cada entrega constituía un contrato menor, individualizado e independiente.

No obstante, el volumen de negocios entre (...) y la Gerencia de los Servicios Sanitarios del Área de Salud de Lanzarote durante 2017 ha sido por una cuantía total de 44.904,24 euros, tal y como se afirma en el informe del Director de Gestión y Servicios Generales de dicha Gerencia, emitido el día 19 de diciembre de 2017.

- Por los órganos competentes de la Gerencia se constata, a través de los controles automatizados de su sistema contable (TARO, actualmente SEFLOGIC, apartado 88 «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.

2. En cuanto a la tramitación del procedimiento objeto de análisis, este se inició mediante Resolución nº 2944/2017, de 23 de noviembre de 2017, referido a los suministros efectuados por las empresas contratistas que figuran en los documentos anexos a la misma. Entre ellas se encuentra (...), la cual 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.

Mediante la Resolución 3175/2017, de 15 de diciembre, se acordó la declaración de nulidad de todos los contratos obrantes en los anexos de la misma, con la excepción de los contratos correspondientes a (...), cuya «desagregación» de dicho procedimiento también se acordó a través de dicha Resolución.

Además, el presente procedimiento administrativo cuenta con el informe de la Asesoría Jurídica Departamental y la Propuesta de Resolución.

III

1. La Gerencia de los Servicios Sanitarios del Área de Salud de Lanzarote y el resto de Hospitales del Servicio Canario de la Salud 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 por la cuantía total que figura en relación con la totalidad de su volumen de negocios efectuados durante 2017, ya referida anteriormente.

4. 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.

5. 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 (...).

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.