



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 1 6 2 / 2 0 1 8

(Sección 1ª)

La Laguna, a 19 de abril 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 de los contratos administrativos de suministro realizados a favor del Hospital Universitario Nuestra Señora de la Candelaria por la empresa (...), cuyos derechos de cobro han sido cedidos a (...) (EXP. 132/2018 CA)\*.*

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

### I

1. Mediante escrito de 18 de marzo de 2018, con registro de entrada en este Consejo Consultivo el día 21 de marzo de 2018, el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias interesa de este Consejo preceptivo dictamen en relación con la Propuesta de Resolución, en forma de borrador de la Resolución definitiva, del procedimiento HUNSC 1/2018 por el que se pretende la declaración de nulidad de los contratos de suministro suscritos con (...) por una cuantía total de 26.943,63 euros, cuyos derechos de cobro han sido cedidos por completo a (...)

2. En la Propuesta de Resolución sometida a dictamen, la Administración declara la nulidad de pleno derecho de los contratos de suministro puesto que se ha incurrido en la causa de nulidad establecida en el art. 47.1.e) y f) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

3. La empresa contratista y la cesionaria de los derechos de cobro referida se han opuesto a tal declaración de forma expresa, 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

---

\* Ponente: Sr. Brito González.

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.

Es necesario precisar que el procedimiento se inició para declarar nulos contratos por valor de 11.580.352,47 euros, pero este Consejo Consultivo solo conocerá de lo que se refiere a las empresas que mostraron su disconformidad con el mismo; contratos que fueron oportunamente desagregados del resto de las contrataciones incluidas en el citado expediente de nulidad contractual.

4. El órgano competente para resolver el presente procedimiento es el Director Gerente del Hospital Universitario de Ntra. Sra. de La Candelaria (HUNSC), 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. Además, la Administración sanitaria, una vez más y pese a lo que se le ha manifestado reiteradamente por este Consejo Consultivo (por todos, DCCC 326/2017, de 28 de septiembre y los que en el mismo se citan), ha acumulado incorrectamente los expedientes señalados, esta vez con acuerdo expreso de acumulación, pero sin poder efectivamente realizarla al tratarse no solo de distintas empresas y facturas dispares.

6. Por último, el art. 34 TRLCSP nos remite a la regulación de la nulidad del 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 (Resolución n.º 58/2018, de 1 de febrero) sin dictarse resolución producirá su caducidad.

## II

1. En el expediente de nulidad incoado figura el informe propuesta del Director de Gestión justificativo de la prestación de suministros entre los meses de septiembre y diciembre de 2017 que, en sus anexos consta que (...) realizó

suministros por valor 26.943,43 euros, lo cual se efectuó a entera satisfacción de la Administración.

2. Por la Gerencia del HUNSC se constata a través de los controles automatizados de su sistema contable (TARO, actualmente SEFLOGIC, apartado 8ª «control del contrato menor»), que realmente de manera intermitente y a lo largo de dicho periodo de tiempo se le han suministrado tales materiales sanitarios y prestado servicios por las empresas contratistas de manera efectiva y por el valor ya referido, sin que se le haya abonado su importe por parte del Servicio Canario de la Salud.

3. No consta, como oportunamente señala el informe propuesta del Director de Gestión, certificado acreditativo de la preceptiva suficiencia de crédito presupuestario para llevar a cabo tal contratación. Por el contrario, sí se adjunta al expediente la documentación relativa a la reserva de crédito para el presente procedimiento de nulidad, referida a diversas cantidades entre la que se encuentra la correspondiente a las facturas objeto de este expediente (documento contable «RC, retención de nulidad»).

4. En lo que a la tramitación del procedimiento de nulidad se refiere, del expediente remitido a este Consejo destacamos lo siguiente:

- El expediente se inició el 1 de febrero de 2018 mediante la Resolución de la Dirección Gerencia del HUNSC n.º 58/2018.

- Informe propuesta justificativa del Director de Gestión del HUNSC.

- Trámite de vista y audiencia a la empresa cesionaria interesada, quien formuló alegaciones oponiéndose a la declaración de nulidad pretendida por la Administración. Dichas circunstancias deben recogerse expresamente en los antecedentes de hecho de la Propuesta de Resolución.

- Informe de la Asesoría Jurídica Departamental de 28 de febrero de 2018 y, finalmente, Propuesta de Resolución en forma de borrador de la Resolución definitiva, denominada «Propuesta de Resolución mediante la que se procede al abono de cantidad adeudada por declaración de nulidad», sin que conste su fecha de emisión, por la que se acuerda la declaración de nulidad y la liquidación de los contratos de suministros (los correspondientes a la empresa proveedora relacionada en el Anexo I).

### III

1. La Propuesta de Resolución se fundamenta en la concurrencia de la causa de nulidad establecida en el art. 47.1, apartado e) LPACAP («los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido (...)»); haciendo expresa mención al art. 86.2 TRLCSP por entender que se ha producido un fraccionamiento fraudulento en la contratación efectuada con las empresas contratistas referidas anteriormente.

Asimismo, considera la Propuesta de Resolución analizada que también que concurre la causa de nulidad del art. 47.1.f) LPACAP («los actos expesos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición»), sin especificar los motivos por los que se considera que tales contratos incurren en la misma.

Con respecto a esta causa de nulidad, hemos señalado (por todos, DDCC 406/2013 y 69/2014) que no basta la carencia de cualquier requisito, sino que exige que éste deba ser esencial. Con esta exigencia el art. 47.1.f) LPACAP impide que se califique de nulo a cualquier acto administrativo que contradiga el ordenamiento jurídico, sino sólo a aquel que atribuya un derecho a una persona que carece manifiesta y flagrantemente de todo presupuesto para el reconocimiento de ese derecho. Analizando el expediente remitido a este Consejo, podemos razonablemente presumir que los contratistas reúnen todos los requisitos de capacidad y solvencia legalmente exigibles para realizar los contratos analizados. Por el contrario, no podemos decir lo mismo en lo que se refiere a la Administración contratante, pues queda acreditado que no sólo contrató sin la existencia de consignación presupuestaria previa para afrontar el gasto de los suministros adquiridos, sino, también, que lo hizo sin seguir, mínimamente siquiera, el procedimiento legalmente establecido para ello, dado el volumen de los suministros adquiridos, realizando un fraccionamiento fraudulento para acogerse a la contratación menor y evitar el procedimiento ordinario de contratación.

Lo anterior queda corroborado en el informe-memoria del Director Gerente donde se indica que en el presente supuesto la falta de suficiencia presupuestaria para abordar la contratación derivó en falta de cobertura contractual, lo que acredita que el expediente estaba viciado de nulidad desde su inicio conforme dispone el art. 32.c) TRLCSP. La concurrencia de esta concreta causa de nulidad, como reiteradamente ha señalado este Consejo, implicaría su aplicación prevalente por razones de temporalidad y especificidad a la señalada por la Administración [el

apartado e) del art. 47.1 LPACAP, pues la otra causa de nulidad esgrimida en la Propuesta de Resolución, la del apartado f), como ya argumentamos, no concurre en el supuesto analizado].

Tal circunstancia debe igualmente tener reflejo en la Propuesta de Resolución que deberá ser complementada en este sentido, como ya se le ha señalado a la Administración en ocasiones anteriores.

2. Sin embargo, tal como hemos manifestado con reiteración en los dictámenes anteriormente emitidos, 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 el derecho adquirido por la contratista y por la cesionaria de los derechos de cobros de las facturas emitidas por aquélla, habiéndose 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.

3. 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 n.º 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, en modo alguna acreditada, referida a la no concurrencia de 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 empresa interesada, 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, 285/2017, de 27 de julio y 326/2017, de 28 de septiembre), 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, 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"».

## 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 concurren las causas de nulidad del art. 32.c) TRLCSP y del art. 47.1.e) LPACAP en las contrataciones efectuadas, no procede su declaración en aplicación del art. 110 de esta última Ley.