



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 171/2018

(Sección 1ª)

La Laguna, a 26 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 de productos sanitarios realizados a favor del Complejo Hospitalario Universitario de Canarias por la empresa (...) (EXP. 143/2018 CA)**.

FUNDAMENTOS

I

1. Se interesa por el Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias, a través del escrito de 27 de marzo de 2018, registrado de entrada en este Consejo Consultivo el 2 de abril de 2018, dictamen en relación con la Propuesta de Resolución del procedimiento de declaración de nulidad (expediente n.º 0003/2018), emitida en forma de borrador de la Resolución definitiva, por la que se pretende declarar la nulidad de los contratos administrativos de suministro suscritos con la empresa (...), a la que se hace referencia en el Anexo de la misma por cuantía total de 8.135,93 euros, incluyendo el IGIC, cuyos derechos de cobro se cedieron a (...).

Asimismo, tras la Resolución inicial, se emitió la Resolución n.º 777/2018, de 8 de marzo de 2018, de la Dirección Gerencia del Complejo Hospitalario Universitario de Canarias (HUC), por la que se acordó disgregar de la acumulación de procedimientos inicialmente realizada el procedimiento de declaración de nulidad correspondiente a la empresa (...).

2. En la referida Propuesta de Resolución la Administración considera que tales 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 1 de octubre, del

* Ponente: Sr. Brito González.

Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP); no obstante, también parece deducirse del expediente la concurrencia de la causa de nulidad establecida en el art. 32.c) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSF), al constatarse la «imposibilidad de planificar las adquisiciones y prestaciones necesarias mediante los correspondientes procedimientos de contratación con motivo de limitaciones presupuestarias», si bien la Administración sanitaria no la aduce expresamente por lo que, como hemos hecho en otras ocasiones, nos limitaremos a analizar exclusivamente la causa de nulidad esgrimida por la Administración.

3. El presente procedimiento de nulidad contractual (expediente n.º 0003/2018) se inició mediante Resolución de fecha 23 de enero de 2018 y se le otorgó el trámite de audiencia a la empresa (...) y a la empresa cesionaria de los derechos de cobro de la misma ya referida, la cual, tras acreditar la cesión efectuada a su favor, manifestó que se oponía a la declaración de nulidad que se pretende.

Así, 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) TRLCSF, de aplicación a la fecha en que se efectuaron los suministros, es preceptivo el dictamen de este Consejo Consultivo.

4. El órgano competente para resolver el presente procedimiento es el Director Gerente del HUC 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 TRLCSF 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 de inicio n.º 163/2018, de 23 de enero) sin dictarse resolución producirá su caducidad.

II

En lo que se refiere a los antecedentes de hecho, cabe destacar los siguientes:

- Que entre los meses de septiembre y diciembre de 2017 se emitieron diversas facturas por parte de las empresas incluidas en el Anexo de la Resolución de inicio por los suministros sanitarios efectuados por un importe total de 7.145.703,78 euros, y que incluye los 8.135,93 euros correspondientes a los suministros efectuados por la empresa (...), habiéndose realizado todos ellos sin tramitación de procedimiento contractual alguno.

- Que por la Gerencia del HUC se constata, a través de los controles automatizados de su sistema contable (SEFLOGIC), que de manera intermitente y a lo largo de dicho periodo de tiempo se le han suministrado tales materiales sanitarios y farmacéuticos por las empresas interesadas de manera efectiva a entera satisfacción de la Administración y por el valor ya referido, sin que se hayan abonado tales cantidades por parte del Servicio Canario de la Salud.

- El procedimiento se inició a través de la Resolución, de la Dirección de la Gerencia del HUC número 163 de fecha 23 de enero de 2018, en el que se acumulan incorrectamente las contrataciones de servicios y suministros realizadas, concluyendo con Propuesta de Resolución definitiva donde, en su antecedente de hecho sexto, se afirma que:

«Que, por Resolución de la Dirección Gerencia del Complejo Universitario de Canarias n.º 777 de 8 de marzo de 2018 se aprueba disgregar de la acumulación de expedientes acordado por la Resolución de Dirección de la Gerencia del Complejo Universitario de Canarias número 163 de fecha 23 de enero de 2018, al contratista (...) (B46193287) por las facturas por importe de 8.135,93 euros, que seguirán los trámites y procedimiento inherente al artículo 211.3.a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en relación al informe preceptivo del Consejo Consultivo de Canarias».

- 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.

- Constan, asimismo, los escritos de oposición a la declaración de nulidad pretendida formulados por la contratista y la cesionaria de los derechos de cobro, así como el informe de la Asesoría Jurídica Departamental y la Propuesta de Resolución en forma de borrador de la Resolución definitiva.

III

1. La Dirección Gerencia del HUC y el resto de Hospitales del Servicio Canario de la Salud, según se desprende de los distintos expedientes de nulidad similares dictaminados por este Consejo Consultivo, cerca de 80 Dictámenes emitidos hasta la fecha, siguen haciendo caso omiso a las indicaciones que les realiza su Servicio Jurídico y este Organismo, pues continúan adquiriendo suministros sin seguir las pautas procedimentales legalmente exigidas y tantas veces recordadas por este Consejo.

2. Así, en primer lugar, teniendo en cuenta el importe total de las facturas referidas (8.135,93 euros), la calificación de la contratación llevada a cabo con la contratista como contrato menor es correcta, cumpliéndose no solo con lo dispuesto en el art. 138.3 TRLCSP, sino también con lo establecido en el art. 111 TRLCSP, por lo que, contrariamente a lo señalado en la Propuesta de Resolución, no se ha probado de forma alguna que en este concreto supuesto se haya incurrido en la causa de nulidad prevista en el art. 47.1.e) LPACAP.

3. En segundo lugar, procede afirmar nuevamente, tal y como se hizo en el Dictamen de este Consejo Consultivo 135/2016, de 27 de abril, emitido en relación con un procedimiento de declaración de nulidad tramitado por la Dirección Gerencia del HUC, que:

«Efectivamente, la celebración de un contrato administrativo, requiere el cumplimiento de los trámites y las formalidades a que se hace referencia en la normativa aplicable, por lo que la omisión de los mismos, si tienen carácter esencial conlleva su nulidad de pleno derecho del contrato, sin perjuicio de las indemnizaciones que pueden corresponder a quien realizó determinadas prestaciones a favor de la Administración Pública, sea por vía de responsabilidad patrimonial, sea por la de la doctrina del enriquecimiento injusto (Sentencia del TSJ de Castilla y León, sede Valladolid, de 7 de mayo de 2014).

El fraccionamiento irregular de los contratos constituye, por tanto, causa de nulidad de pleno derecho de los mismos (Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Andalucía, informe 14/2014, de 22 de julio). No obstante, ni en expediente remitido a este Consejo ni en la fundamentación contenida en la Propuesta de Resolución queda debidamente acreditado que se haya producido tal fraccionamiento contractual. Por ello, teniendo en cuenta la interpretación restrictiva que debe regir en esta materia, consideramos que no concurre la causa de nulidad prevista en el art. 62.1.e) LRJAP-PAC, debiendo entender que estamos ante contratos menores singularizados, y por tal motivo, tal como alegan los cesionarios, los mismos cumplen con lo dispuesto en los arts. 111 y 138.3 TRLCSP, por lo que se ajustan a Derecho».

4. No obstante, tal como se recoge en la Propuesta de Resolución, la contratista ha cumplido satisfactoriamente las prestaciones que le ha encomendado la Administración, por lo que resulta de aplicación lo manifestado en los dictámenes antes mencionados en relación con la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto:

«La revisión de los actos administrativos firmes se sitúa entre dos exigencias contrapuestas: el principio de legalidad, que postula la posibilidad de revocar actos cuando se constata su ilegalidad, y el principio de seguridad jurídica, que trata de garantizar que una determinada situación jurídica que se presenta como consolidada no pueda ser alterada en el futuro.

El problema que se presenta en estos supuestos es satisfacer dos intereses que son difícilmente conciliables, y la solución no puede ser otra que entender que dichos fines no tienen un valor absoluto. La única manera de compatibilizar estos derechos es arbitrando un sistema en el que se permita el ejercicio de ambos. De ahí que en la búsqueda del deseable equilibrio el ordenamiento jurídico sólo reconozca la revisión de los actos en concretos supuestos en que la legalidad se ve gravemente afectada y con respeto y observancia de determinadas garantías procedimentales en salvaguardia de la seguridad jurídica, y todo ello limitando en el tiempo el plazo para ejercer la acción, cuando los actos han creado derechos a favor de terceros.

(...) En relación con ello, este Consejo Consultivo ha señalado que: “(e)n 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” (DCC 38/2014, DCC 89/2015, DCC 102/2015 entre otros), requisitos que se cumplen en este caso».

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.

5. Por último, no podemos pasar por alto en relación al incorrecto proceder de la Administración dado 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”».

CONCLUSIÓN

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 no concurre la causa de nulidad del art. 47.1.e) LPACAP en las

contrataciones efectuadas, sin perjuicio de lo señalado en el Fundamento III.4 de este Dictamen sobre la indemnización de daños y perjuicios.