



*Consejo Consultivo de Canarias*

## **D I C T A M E N   1 7 5 / 2 0 1 8**

### **(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 Insular Materno Infantil por la empresa (...) (EXP. 151/2018 CA)\**.

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

### **I**

**1.** Se interesa por el Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias, a través del escrito de 27 de marzo de 2018, con registro de entrada de fecha 4 de abril de 2018, dictamen de este Consejo en relación con la Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio (expediente de nulidad n.º EN-CHUIMI-05/2018), por la que se pretende declarar la nulidad de los contratos administrativos de suministro realizados por el Complejo Hospitalario Universitario Insular Materno-Infantil con la empresa (...), por valor total de 183.105,51 euros.

**2.** En la Propuesta de Resolución sometida a Dictamen la Administración considera que tales contratos son nulos de pleno derecho al concurrir 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); nada se dice de la existencia de partida presupuestaria suficiente consignada previamente que constituye una específica causa de nulidad contractual (si bien en la Resolución de inicio del expediente se hace referencia a la omisión de fiscalización previa y a la inexistencia de crédito).

---

\* Ponente: Sr. Brito González.

3. Constan en el expediente el escrito de oposición de la empresa referida, quien además solicitó el abono de los intereses moratorios, por lo que, 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) 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.

4. El órgano competente para resolver el presente procedimiento es la Dirección Gerencia del citado Complejo Hospitalario, 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 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 núm. 427/2018, de 31 de enero) sin dictarse resolución producirá su caducidad.

## II

Los antecedentes de hecho más relevantes conforme resulta del expediente remitido a este Consejo son los siguientes:

- Mediante Resolución de fecha 31 de enero de 2018, la Administración inició el expediente de nulidad EN-CHUMI-05/2018, por el que pretendía declarar la nulidad de contratos administrativos de servicios y suministros por un importe total de 1.163.351,28 euros.

- Conferido trámite de audiencia a los contratistas, se formuló oposición por la empresa (...), por lo que la Administración, mediante Resolución de fecha 15 de marzo de 2018, desagregó del expediente original, las contrataciones efectuadas con la citada empresa.

- Así, con respecto a dichas contrataciones, consta acreditado que durante los días 10 a 24 de enero de 2018, se emitieron diversas facturas por parte de la

mencionada empresa correspondientes a los suministros sanitarios prestados al Complejo Hospitalario por las cantidades ya referidas en el fundamento anterior del presente Dictamen, 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 citada Dirección Gerencia 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 en la relación emitida por dicha Dirección Gerencia (anexo I del informe-memoria) la identificación de las facturas objeto del presente expediente de nulidad, las cuales no han sido abonadas por el Servicio Canario de la Salud a las empresas contratistas.

- En lo que se refiere a la tramitación del procedimiento objeto de análisis, este se inició mediante Resolución núm. 427/2017, de 31 de enero, otorgándosele el trámite de audiencia a las empresas contratistas. Tal como ya se expuso, (...) presentó escrito de alegaciones oponiéndose a la declaración de nulidad pretendida.

- 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.

- Además, el presente procedimiento administrativo cuenta con el informe de la Asesoría Jurídica Departamental, de 13 de marzo de 2018 y la Propuesta de Resolución sometida a Dictamen, fechada en marzo de 2018.

### III

**1.** La Dirección Gerencia del Complejo 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, 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.** Nada se dice en la Propuesta de Resolución sobre la existencia de partida presupuestaria suficiente consignada previamente que constituye una específica

causa de nulidad contractual, y cuya existencia parece deducirse, como ya señalamos, del informe-memoria justificativa emitido por el Director de Gestión y la resolución de inicio del citado expediente, por lo que nos ceñiremos al estudio del motivo de nulidad argumentado por la Administración; sin perjuicio de que su concurrencia, como reiteradamente ha señalado este Consejo implicaría su aplicación prevalente por razones de temporalidad y especificidad.

Así, en la Propuesta de Resolución sólo se indica que concurre una de las causas de nulidad establecida en el art. 47.1 LPACAP, la de su apartado e), pero sin expresar de forma clara y precisa las razones por la que considera que se ha incurrido en la causa de nulidad referida.

No obstante, dichas razones parecen deducirse (ya que tal circunstancia no se acredita suficientemente con la documentación obrante en el expediente) del informe-memoria, de la Resolución de inicio de este procedimiento y de la Propuesta de Resolución, pues la Administración considera que los suministros se realizaron prescindiendo de los preceptivos trámites para una correcta adjudicación y formalización de los contratos, incurriendo en la causa de nulidad del art. 47.1.e) LPACAP. Más concretamente, ha habido una ausencia de procedimiento en la contratación de suministro de productos farmacéuticos realizados con la empresa (...) al superar el importe de 18.000 euros -181.105,51 euros- que opera como límite legal para la contratación menor, produciéndose un fraccionamiento fraudulento del contrato.

**3.** En todo caso, del mismo modo que concluimos en los dictámenes anteriormente referenciados a los que nos remitimos, podemos concluir que en este asunto, y en lo que se refiere a las contrataciones efectuadas con (...), concurre la causa de nulidad alegada ya que se contrató con dicha empresa prescindiendo por completo de las normas procedimentales de la contratación administrativa.

**4.** Además, resulta plenamente trasladable a este supuesto lo indicado reiteradamente por este Consejo (por todos, DDCCC 128 y 430/2016 y 249 y 476/2017) sobre la improcedencia de aplicación de la causa de nulidad alegada conforme a lo dispuesto en el art. 110 LPACAC, 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», pues resulta evidente que la declaración de nulidad choca frontalmente con los derechos adquiridos por las contratistas.

**5.** Asimismo, y en lo que se refiere al total de las contrataciones objeto del presente expediente de nulidad, siguen en vigor los derechos y obligaciones derivados de la 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 las contratistas, por lo que resulta obligado su pago para impedir con ello un enriquecimiento injusto por parte de la Administración sanitaria.

En relación con esta cuestión, este Consejo Consultivo ha indicado 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, 102/2015, 430/2016 y 249/2017 entre otros), requisitos que se cumplen en este caso, por lo cual es también aplicable a este supuesto.

**6.** Si bien reconoce la Propuesta de Resolución tal enriquecimiento injusto, por el contrario, no se hace referencia alguna al derecho al abono de los intereses moratorios, 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* y 216 TRLCSP. 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 les ha producido a las contratistas. Tal incorrecto proceder lleva aparejado el derecho al cobro de las contratistas de los intereses moratorios correspondientes.

**7.** Por último, y en relación a todo lo anteriormente dicho, volvemos a reiterar nuestro reciente Dictamen 249/2017, de 13 de julio, en el 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», todo lo cual resulta de aplicación al presente asunto.

## **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.