



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 1ª)

La Laguna, a 17 de mayo 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. 180/2018 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 8 de abril de 2018, registrado de entrada en este Consejo Consultivo el 12 de abril de 2018, dictamen en relación con la Propuesta de Resolución del procedimiento de declaración de nulidad (expediente nº 2018/0002), emitida en forma de borrador de la Resolución definitiva, por la que se pretende declarar la nulidad de los contratos administrativos de suministro farmacéutico suscritos con la empresa (...) por una cuantía total de 464.758 euros.

Asimismo, tras la Resolución inicial, se emitió la Resolución nº 1.111/2018, de 26 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 Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP); no

* Ponente: Sr. Brito González.

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 (TRLCSP), 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 nº 2018/0002) se inició mediante Resolución 80/2018, de fecha 11 de enero de 2018, y se le otorgó el trámite de audiencia a las dos empresas cuyos contratos de suministros se pretendían declarar nulos, manifestando su disconformidad con tal declaración la empresa (...) mediante escrito de 22 de enero de 2018.

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) TRLCSP, 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 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 de inicio n.º 80/2018, de 11 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 julio 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 470.960,85 euros, y que incluye los 464.758 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 80 de fecha 11 de enero de 2018, en el que se acumulan incorrectamente, como tantas veces hemos señalado, las contrataciones de suministros realizadas, concluyendo con Propuesta de Resolución definitiva donde, en su antecedente de hecho quinto, se afirma que:

«Que, por Resolución de la Dirección Gerencia del Complejo Universitario de Canarias nº 1.111/2018 de 26 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 80 de fecha 11 de enero de 2018, al contratista (...) (B86418787) por las facturas por importe de 464.758 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, el escrito de oposición a la declaración de nulidad pretendida formulado por la contratista, así como el informe de la Asesoría Jurídica Departamental y la Propuesta de Resolución en forma de borrador de la Resolución definitiva, que carece de fecha.

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, en multitud de 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. 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, 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, 389/2017, 447/2017 y 112/2018, 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.

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 su liquidación 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.

4. Por último, en relación al incorrecto proceder de la Administración en la contratación analizada, debemos recordar 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]».

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 causas 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.