



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 3 0 / 2 0 1 8

(Sección 1ª)

La Laguna, a 23 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 (...), por una cuantía total de 52.705,62 euros (EXP. 194/2018 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 18 de abril de 2018, registrado de entrada en este Consejo Consultivo el 19 de abril de 2018, dictamen en relación con la Propuesta de Resolución del procedimiento de declaración de nulidad (expediente nº 2018/0009), 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 (...).

Asimismo, tras la Resolución inicial, se emitió la Resolución n.º 1122/2018, 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 Propuesta de Resolución analizada 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 se inició mediante Resolución de fecha 19 de febrero de 2018 y se le otorgó el trámite de audiencia a la empresa (...), quien mostró su disconformidad con el presente procedimiento administrativo.

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 nº 527/2018, de 19 de febrero) sin dictarse resolución producirá su caducidad.

II

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

- Que entre noviembre de 2017 y enero de 2018 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 2.752.489,68 euros, y que incluye los 52.705,62 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 la empresa interesada 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 quinto, se afirma que:

«Que, por Resolución de la Dirección Gerencia del Complejo Universitario de Canarias nº 1122 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 527 de fecha 19 de febrero de 2018, al contratista (...) por las facturas por importe de 52.705,62 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 formulados 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.

- En el Antecedente de Hecho Cuarto de dicha Resolución consta que:

«Por su parte, (...), cesionario de los derechos de cobro de las empresas (...) por importe de 1.450,00 euros e (...) por importe de 5.550,00 euros, ha manifestado que "se opone a la

declaración de nulidad de las facturas” de la empresa indicada. Siendo el objeto de la cesión del derecho un crédito concreto y definido del acreedor de la administración, cedente, frente a aquella, no es posible que el cesionario oponga a la Administración acción alguna que no derive del concreto derecho de crédito transferido, al no ostentar la condición de contratista en el expediente de declaración de nulidad del contrato».

No consta, sin embargo, en el expediente remitido a este Consejo documentación acreditativa del trámite de audiencia a las citadas empresas cedentes de los derechos de cobro a favor de (...); debemos entender que aquéllas no se opusieron a la nulidad pretendida por la Administración pues, en caso contrario, la nulidad ya acordada sobre esos contratos no sería conforme a Derecho.

A este respecto, en el informe emitido por la Asesoría Jurídica Departamental se señala:

«(...)

Con respecto a los cesionarios de los derechos de cobro, independientemente de su consideración de interesados en este procedimiento, no se subrogan en la posición de los contratistas, que son quienes deben prestar su conformidad o formular su oposición a la declaración de nulidad, sin que la oposición manifestada por el cesionario del derecho de cobro determine la necesidad de solicitar informe al Consejo Consultivo de Canarias. No obstante, en la Resolución que ponga fin al procedimiento, debe darse respuesta a las alegaciones de los mismos, indicando que el único derecho que tienen es el de percibir de la Administración la cantidad correspondiente al crédito cedido, sin que puedan hacer consideración alguna acerca de la nulidad o validez del contrato del que deriva la deuda de la Administración».

- Sin embargo, contrariamente a lo anteriormente señalado, nada se dice en la Propuesta de Resolución sometida a Dictamen sobre esta cuestión, debiendo complementarse la misma en los términos indicados.

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 100 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 se afirma que concurre la causa de nulidad establecida en el art. 47.1.e) LPACAP, omisión del procedimiento legalmente establecido, pero sin haber expresado de forma clara y precisa -pese a la advertencia que en este sentido realiza su propio Servicio Jurídico- en el propio texto de la Propuesta de Resolución, las razones por la que considera que se ha incurrido en la causa de nulidad referida; máxime cuando figuran en el expediente datos que hacen suponer que se ha producido un fraccionamiento fraudulento en la contratación efectuada con la empresa referida anteriormente, del que nada se dice, y que viene a constatar la contratación de suministros por un importe total que supera con creces el importe máximo fijado como límite legal para la contratación menor (art. 86.2 TRLCSP), evitando con ello los mayores controles exigidos en el procedimiento ordinario de contratación. Lo sucedido implica la concurrencia de la causa de nulidad esgrimida por la Administración, art. 47.1,e) LPACAP, pues se contrató con la empresa referida anteriormente prescindiendo por completo de las normas procedimentales de la contratación administrativa.

Deberá, por tanto, complementarse la fundamentación de la Propuesta de Resolución justificando adecuadamente la citada causa nulidad en los términos anteriormente indicados.

3. Sin embargo, tal como hemos señalado con reiteración en los dictámenes ya referidos, 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 las contratistas que han 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.

4. 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, 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 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), a lo que nos remitimos.

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.