



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 4 8 / 2 0 1 8

(Sección 1ª)

La Laguna, a 28 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 realizados a favor del Hospital Universitario Nuestra Señora de Candelaria por la empresa (...) (EXP. 213/2018 CA)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. Mediante escrito de 19 de abril de 2018, con registro de entrada en este Consejo Consultivo el día 27 de abril 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 10/2018 por el que se pretende la declaración de nulidad del contrato de suministros efectuado con la mercantil (...) por una cuantía total de 4.100 euros.

2. En la Propuesta de Resolución sometida a dictamen, la Administración declara la nulidad de pleno derecho del contrato de suministros 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 se ha 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 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

* Ponente: Sr. Brito González.

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 1.646.677,35 euros, pero este Consejo Consultivo solo conocerá de lo que se refiere a la empresa que mostró su disconformidad con el mismo; contrato que fue oportunamente desagregado 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 Regulador 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 de distintas empresas, distintos objetos (servicios y suministros) 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 121/2018, de 28 de febrero) sin dictarse resolución producirá su caducidad.

II

1. En la documentación adjunta al expediente de nulidad incoado figura que por parte de (...) se realizaron suministros por valor 4.100 euros (factura 0000178815, emitida el 20 de diciembre de 2017), lo cual se efectuó a entera satisfacción de la Administración, constando además que se contrató con otras empresas que

efectuaron suministros y prestaron servicios sanitarios por un total de 1.646.677,35 euros.

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 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 acreditativa de la preceptiva suficiencia de crédito presupuestario para llevar a cabo tal contratación, si bien la misma se deduce con claridad, pues el citado informe manifiesta que «la falta de cobertura presupuestaria en lo referente a las facturas que conforman la deuda de ejercicios anteriores al presente, lo que deriva en falta de cobertura contractual, por lo que en el momento del contrato tampoco se contó con la preceptiva retención del crédito necesaria para atender la demanda asistencial».

Tal circunstancia debe 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.

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 la factura 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 28 de febrero de 2018 mediante la Resolución de la Dirección Gerencia del HUNSC n.º 121/2018.

- Informe memoria justificativa del Director de Gestión del HUNSC.

- Trámite de vista y audiencia a la empresa contratista, 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 26 de marzo 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 del contrato de suministros (el correspondiente 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. 99.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de 2017, de Contratos del Sector Público -por razones de temporalidad sería de aplicación el art. 86.2 TRLCSP- por entender que se ha producido un fraccionamiento fraudulento en la contratación efectuada con las empresas contratistas referidas anteriormente y, también, en la causa de nulidad del art. 47.1.f) LPACAP («los actos expresos 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 dichas causas de nulidad.

Con respecto a esta última causa de nulidad, la del apartado f) del art. 47 LPACAP, ya le hemos señalado a esta Administración (DCCC 162/2018, de 19 de abril) 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 la contratista (suministradora habitual del Servicio Canario de la Salud) reúne todos los requisitos de capacidad y solvencia legalmente exigibles para realizar los contratos analizados. Por tanto, no concurre esta causa de nulidad.

Por lo que se refiere a la causa de nulidad del apartado e) del art. 47 LPACAP, si nos ceñimos al expediente remitido, tampoco concurre la misma pues se ha de precisar que el contrato suscrito con (...), por un valor total de 4.100 euros,

constituye un contrato menor (arts. 111 y 138.3 TRLCSP) y, por tal motivo, no se ha incurrido en la causa de nulidad del 47.1.e) LPACAP.

Pero, como ya señalamos con anterioridad, la contratación efectuada sí que se ve afectada de manera directa por la insuficiencia presupuestaria referida, lo que significa que el expediente estaba viciado de nulidad desde su inicio.

La concurrencia de esta concreta causa de nulidad [art. 32.c) TRLCSP], como reiteradamente ha señalado este Consejo, implicaría su aplicación prevalente por razones de temporalidad y especificidad a las señaladas por la Administración [apartados e) y f) del art. 47.1 LPACAP] que, como ya justificamos, no concurren en el supuesto analizado.

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 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), a los 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, puesto que si bien concurre la causa de nulidad del art. 32.c) TRLCSP, en relación con el art. 47.1.g) LPACAP, en la contratación efectuada con (...), no procede su declaración en aplicación del art. 110 de esta última Ley.