



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 6 8 / 2 0 1 8

(Sección 1ª)

La Laguna, a 7 de junio 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 prestación de suministros realizados a favor del Hospital Universitario Nuestra Señora de la Candelaria por las empresas (...) y (...) (EXP. 264/2018 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 mediante escrito de 21 de mayo de 2018, con registro de entrada de fecha 24 de mayo de 2018, dictamen de este Consejo en relación con la Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio (expediente de nulidad: HUNSC 14/2018), por la que se pretende declarar la nulidad de los contratos administrativos de suministro realizados por el Hospital Universitario de Ntra. Sra. de La Candelaria (HUNSC) con las empresas (...) por cuantía de 587.687,85 euros y (...) por una cuantía de 21.440 euros.

2. Se destaca el hecho de que el expediente tramitado acumula contrataciones efectuadas durante el primer trimestre de este año. De las diecinueve contrataciones efectuadas por (...) siete son de fecha posterior a la entrada en vigor de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE (LCSP) y de las catorce contrataciones efectuadas por (...), solo una es posterior a dicha entrada en vigor, que se produjo el 9 de marzo de 2018, razón por la que le es de aplicación esa norma conforme se dispone en las disposiciones transitoria primera, apartado 4 y final decimosexta de la misma. Por el

* Ponente: Sr. Brito González.

contrario, el resto de las contrataciones se efectuaron estando en vigor el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

Como consecuencia de esta incorrecta acumulación, es distinto el régimen jurídico aplicable a los suministros acumulados en el presente expediente de nulidad; en su consecuencia, señalaremos separadamente los artículos de aplicación para cada supuesto, según se haya efectuado el suministro antes o después del 9 de marzo de 2018, fecha de entrada en vigor de la LCSP.

3. En la Propuesta de Resolución sometida a Dictamen la Administración considera que tales contratos son nulos de pleno derecho al haberse producido un fraccionamiento fraudulento de los contratos para omitir los trámites procedimentales correspondientes al procedimiento ordinario y que no son de aplicación a los contratos menores (art. 99.1 LCSP). Por ello se afirma que 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), ni del cumplimiento del resto de requisitos que exige la LCSP en relación con los contratos menores, aplicables en relación con los contratos correspondientes a las distintas facturas posteriores al 9 de marzo de 2018.

4. Constan en el expediente los escritos de oposición de las empresas contratistas referidas. Por tanto, 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 [o art. 191.3.a) LCSP], el dictamen de este Consejo Consultivo es preceptivo.

5. Además, se significa que, una vez más y pese a lo que se le ha manifestado reiteradamente por este Consejo Consultivo en los Dictámenes ya emitidos en supuestos similares (DDCCC 133, 134, 135, 156, 157, 181, 189, 248, 272, 297, 313, 314, 315, 316, 325, 326, 328, 388, 394 y 452, de 2015 y 476/2017 entre otros muchos), ha acumulado incorrectamente los expedientes señalados, esta vez con acuerdo expreso de acumulación, pero sin poder efectivamente realizarla al tratarse «contrataciones por diferentes contratistas, con objetos diferentes, cuantías diferentes, fechas diferentes, y diferentes son también las facturas acreditativas

expedidas por los distintos contratistas»; a ello se añade el distinto régimen jurídico aplicable según la fecha de facturación y la entrada en vigor de la LCSP.

6. El órgano competente para resolver el presente procedimiento es la Dirección Gerencia del citado Hospital, 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.

7. Por último, el art. 39 LCSP (o el art. 34.1 TRLCSP) nos remite a la regulación de la nulidad del procedimiento de revisión de oficio contenida 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 1502/2018, de 22 de marzo) sin dictarse resolución producirá su caducidad.

II

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

- Durante los meses de febrero y marzo de 2018, se emitieron diversas facturas por parte de las mencionadas empresas contratistas correspondientes a los suministros sanitarios prestados al HUNSC 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 importes ya especificados, encontrándose en la documentación incorporada al expediente la identificación de las facturas objeto del presente expediente de nulidad, las cuales no han sido abonadas por el Servicio Canario de la Salud.

2. En cuanto a la tramitación del procedimiento objeto de análisis, éste se inició mediante Resolución nº 191/2018, de 27 de marzo, referido a los suministros efectuados por (...) y (...), entre otras empresas, por el importe total de 649.467,85

euros. Las dos empresas contratistas anteriormente referidas de forma expresa en respuesta al trámite de audiencia otorgado se opusieron a la declaración de nulidad pretendida y, además, solicitaron el abono de los intereses moratorios. Subsidiariamente, para el caso de que se considerase la nulidad, solicitaba la indemnización establecido en el art. 42.1 LCSP (o en su caso, art. 35.1 TRLCSP).

- Mediante Resolución 302/2018, de 27 de abril, se desagregaron del expediente inicial las empresas que manifestaron su oposición a la declaración de nulidad (dato obtenido del borrador de Propuesta de Resolución).

- No consta certificado acreditativo de la preceptiva suficiencia previa de crédito presupuestario para llevar a cabo tales contrataciones, que constituye un específico motivo de nulidad. [art. 39.2.b) LCSP o art. 32.c) TRLCSP], por lo que este Consejo Consultivo se limitará al análisis de la causa de nulidad alegada por la Administración. Por el contrario, sí se ha efectuado reserva de crédito para el presente expediente de nulidad.

- Asimismo, en relación a los diferentes contratos correspondientes a las facturas de fecha posterior al 9 de marzo de 2018, no consta el informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato menor, la justificación y comprobación exigidas al órgano de contratación por el art. 118.3 LCSP.

- Además, el presente procedimiento administrativo cuenta con el informe de la Asesoría Jurídica Departamental y la Propuesta de Resolución, denominada «Propuesta de Resolución mediante la que se procede al abono de la cantidad adeudada por declaración de nulidad»

III

1. La Gerencia del HUNSC y el resto de Hospitales del Servicio Canario de la Salud -según se desprende de los innumerables 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.

En el caso que nos ocupa, tales incumplimientos se ven agravados, pues, como ya señalamos, a varios de los contratos analizados les es aplicable el nuevo régimen jurídico previsto en LCSP, mucho más restrictivo con la contratación menor, a fin de que no se utilice esta modalidad para evitar la concurrencia de licitadores evitando la aplicación de las reglas generales de contratación y los principios de libertad de

acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores (art. 1 LCSP).

Del régimen jurídico establecido por los arts. 118 y 63.4 LCSP para la contratación menor, a lo que se añade, con carácter general, la prohibición de fraccionar un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan (art. 99.2 LCSP), se deduce con total claridad que con la nueva Ley se pretende reducir la capacidad de la Administración para adjudicar directamente contratos menores con el objetivo de combatir la opacidad en los procesos de adjudicación de este tipo de contratos, imposibilitando también la adjudicación sin publicidad previa y, por ello, se rebajan las cuantías que limitan la contratación menor y se exigen nuevos requisitos para evitar lo que esta Administración ha venido haciendo durante años, tal y como se ha señalado por este Consejo Consultivo en los cerca de cien Dictámenes emitidos hasta la fecha, la práctica de la fragmentación del objeto del contrato para eludir los controles correspondientes.

Por tanto, los requisitos impuestos por la Ley 9/2017 incumplidos en este caso son: el informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato menor; la justificación de que no se está alterando el objeto del contrato para evitar las reglas generales de contratación y que el contratista no haya suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen los 15.000 euros [regla aplicable también en este supuesto conforme resulta de la interpretación dada por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en su informe 5/2018 sobre el art. 118 LCSP que considera que deben tenerse en cuenta los contratos menores realizados conforme a la normativa precedente en el plazo del año inmediatamente anterior (art. 29.8 LCSP) sin que ello suponga la aplicación retroactiva de la nueva ley a los contratos anteriores]; y la comprobación por parte del órgano de contratación que se cumpla con dicha regla; sin perjuicio de cumplir también con los requisitos que se mantienen de la legislación anterior, de la aprobación del gasto y la incorporación de la factura correspondiente.

Estos requisitos no se han cumplido por parte de la Gerencia del HUNSC. Así se reconoce por la Administración en la Propuesta de Resolución declara la nulidad de las contrataciones efectuadas «por ausencia del tramitado procedimiento legalmente establecido», contradiciendo con ello lo señalado por la LCSP para intentar erradicar la utilización fraudulenta de la contratación menor.

2. Asimismo, en la Propuesta de Resolución objeto de este Dictamen se alude a la concurrencia de las causas de nulidad establecida en el art. 47.1. LPACAP, pero sin especificar cuál de ellas concurre, careciendo por tanto de la debida motivación (arts. 35.2 y 88.6 LPACAP). Sin embargo, del informe-memoria y de la Resolución de inicio y de la Propuesta de Resolución se deduce que la causa de nulidad es la establecida en el apartado e) del art. 47.1 LPACAP, al reconocerse que las adquisiciones de suministros se realizaron prescindiendo de trámite procedimental alguno y, por superar el importe de cada contratación específica de 15.000 € (o 18.000 euros, según la normativa aplicable conforme la fecha de los suministros), 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. Por tanto, podemos concluir que en este asunto concurre la causa de nulidad alegada ya que se contrató con las empresas ya mencionadas 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 los 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 su liquidación con las empresas referidas, 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 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 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 según dispone el art. 42.1, *in fine*, de la LCSP (art. 35.1 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 correspondientes 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 los contratistas 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).

Por ello, conviene recordar a la Administración sanitaria lo señalado en multitud de Dictámenes (por todos, DDCC 128/2016, 479/2017 y 7/2018) 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.

Tal y como se manifestó en dichos Dictámenes, la Administración, al contratar, debe hacer una racional y eficiente utilización de los fondos públicos, pues así se dispone en el art. 1 LCSP, al que ya nos hemos referido, y en el art. 28.1 LCSP en el que se señala:

«Las 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, cuando se adjudique por un procedimiento abierto, restringido o negociado sin publicidad, 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 y en el ámbito de la contratación pública, está sujeta a los principios de buena fe, confianza legítima, transparencia, participación y seguridad jurídica tal y como se dispone en el art. 3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Finalmente, también resulta de aplicación lo establecido en el art. 20.1 LPACAP que establece 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 anomalía en la tramitación de procedimientos».

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 con (...) Y (...), no procede su declaración en aplicación del art. 110 de esta última Ley.