



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 4 5 / 2 0 1 8

(Sección 1ª)

La Laguna, a 24 de julio 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 Hospital Universitario de Gran Canaria Dr. Negrín por las empresas (...), (...) y (...) (EXP. 274/2018 CA)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. Se interesa por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias a través del escrito de 24 de mayo de 2018, con registro de entrada en este Consejo Consultivo de fecha 4 de junio de 2018, dictamen en relación con la Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio (expediente de nulidad 51/T/18/NU/GE/T/0019), por la que se pretende declarar la nulidad de los contratos administrativos de suministro realizado por el Hospital Universitario de Gran Canaria Dr. Negrín (HUGCDN) con las empresas (...) por cuantía de 207.899,30 euros, (...) por un total de 16.800 euros y (...) por un valor de 5.538,20 euros y habiéndose cedido los derechos de cobro de esta última a (...), y que el importe total de contratación del expediente de nulidad asciende a 431.620,37 euros, constando en el informe de la Directora Económica-Financiera un volumen de negocios entre dichas empresas y el Hospital durante el año 2018 superior en todos los casos a 18.000 euros.

2. Se destaca el hecho de que el expediente tramitado acumula contrataciones efectuadas durante el primer trimestre de este año, si bien todas esas contrataciones se produjeron durante el mes de febrero y el 4 de marzo de 2018 (de acuerdo con las fechas de las facturas correspondientes que obran en la documentación incorporada al presente expediente), por lo que se rigen por el Texto Refundido de la Ley de

* Ponente: Sr. Fajardo Spínola.

Contratos del Sector Público (TRLCSP), aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que estaba en vigor en el momento de producirse las mismas; sin embargo, dado que el procedimiento se inició mediante la Resolución 1028/2018, de 15 de marzo, estando vigente 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), la misma le es de aplicación exclusivamente al procedimiento conforme se dispone en las disposiciones transitoria primera, apartado 4 y final decimosexta de la LCSP.

3. La Propuesta de Resolución considera que las contrataciones efectuadas son nulas de pleno derecho. En la misma no se especifica la concreta causa de nulidad en la que se basa la declaración que se pretende, señalando genéricamente el art. 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), advertencia ésta que el Consejo Consultivo ya viene señalando en casos anteriores, entre ellos los Dictámenes 405 y 481/2017, relativos declaraciones de nulidad solicitadas en relación con este mismo Centro hospitalario.

No obstante, del expediente se deduce que la Administración considera que la causa de nulidad de la que adolecen tales contratos es la establecida en el art. 47.1.e) LPACAP. Así se desprende del informe memoria del órgano gestor del Hospital, de 14 de marzo de 2018, en el que motiva la declaración de nulidad en la existencia de un fraccionamiento ilegal del contrato (art. 86.2 TRLCSP), lo que provoca que «Estas adquisiciones fueron realizadas omitiendo los trámites preceptivos para una correcta adjudicación y formalización del contrato, incurriendo por tanto, en causas de nulidad contractual que estipula el art. 32 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (...), sin que ello sea imputable al contratista interesado».

Asimismo, nada se dice de la existencia de partida presupuestaria suficiente consignada previamente, lo que constituiría una específica causa de nulidad contractual [art. 32.c) TRLCSP], salvo una mera mención en el citado informe-memoria a que la insuficiencia de crédito presupuestario para gasto corriente justifica la contratación que se califica de indeseada y excepcional. Por ello, nos ceñiremos al estudio del motivo de nulidad argumentado por la Administración; sin perjuicio de que su concurrencia (la inexistencia de crédito presupuestario

suficiente), como reiteradamente ha señalado este Consejo, implicaría su aplicación prevalente por razones de temporalidad y especificidad.

4. Constan en el expediente los escritos de las empresas contratistas y de la empresa cesionaria de los derechos de crédito oponiéndose formal y materialmente a la declaración de nulidad pretendida. 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. 191.3, a) LCSP [o art. 211.3.a) TRLCSP], el dictamen de este Consejo Consultivo es preceptivo.

5. 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.

6. 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 de «contrataciones por diferentes contratistas, con objetos diferentes, cuantías diferentes, fechas diferentes, y diferentes son también las facturas acreditativas expedidas por los distintos contratistas».

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 nº 1028/2018, de 15 de marzo) sin dictarse resolución producirá su caducidad.

II

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

- Entre febrero y marzo de 2018 se emitieron facturas por parte de las empresas contratistas ya referidas, por las cuantías ya expuestas (con la salvedad del volumen

general de negocios con las mismas efectuados durante el presente año, ya referida, que arroja una cifra total significativamente mayor y superior a los 18.000 euros fijados como límite de la contratación menor, en relación con ambas empresas), correspondientes a los suministros sanitarios realizados al referido Hospital, 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 Directora Económica Financiera de la citada Dirección Gerencia se emite informe en el que 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 identificadas las facturas objeto del presente expediente de nulidad.

- No consta, como ya señalamos, 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.

2. En lo que se refiere a la tramitación del procedimiento objeto de análisis, este se inició mediante Resolución nº 1028/2018, de 15 de marzo, la cual comprendía a la totalidad de las empresas incluidas en sus anexos por un monto total de 431.620,37 euros, deduciéndose -pues no consta acreditado- que se les otorgó el trámite de audiencia a las restantes empresas contratistas, que no formularon alegaciones, salvo las ya mencionadas, quienes además solicitaron el abono de los intereses moratorios. En dicho acuerdo, nuevamente, se vuelve a acumular incorrectamente los expedientes, como ya se señaló con anterioridad.

Mediante Propuesta de Resolución de la Gerencia de dicho Hospital 1853/2018, de 3 de mayo, se plantea declarar la nulidad de los contratos administrativos de suministros, servicios y gestión de servicios incluidos en los anexos de la misma, estando excluidos de ellos los contratos correspondientes a las mencionadas facturas emitidas por (...), (...) y (...) pues las mismas y la empresa cesionaria de los derechos de cobro han manifestado su oposición al inicio del expediente que nos ocupa.

Además, cuenta el expediente con el informe de la Asesoría Jurídica Departamental que, reiterando observaciones anteriores, se manifiesta en contra de este proceder administrativo, señalando:

Igualmente, resulta necesario destacar que la utilización de expedientes de nulidad de contratación debe ser excepcional y restrictivo, conforme ha reiterado el Consejo Consultivo de Canarias en diversos dictámenes (133, 134, 135, 156, 157, 181, 189, 248, 272, 297, 313, 314, 315, 316, 325, 326, 328, 388, 394, 452, 460, 474, y 485 de 2015, y 125 y 128 de 2016, entre otros). Ese mismo órgano también ha expresado que en contra de las indicaciones que realiza el Servicio Jurídico y ese Organismo, se continúan adquiriendo suministros sin seguir las pautas procedimentales legalmente exigidas, siendo el criterio unánimemente aceptado que "(...) la declaración de nulidad de los contratos por no cumplir las formalidades legalmente establecidas se torna como una excepcionalidad de aplicación restrictiva, sin que en ningún caso pueda erigirse como la forma habitual de contratación de los órganos administrativos". Más reciente, se pueden citar los dictámenes 6/2018 y 112/18, en los que el órgano consultivo concluye que la propuesta de resolución no se considera ajustada a Derecho, "pues si bien concurre la causa de nulidad del artículo 47.1.e) de la LPACAP (...) no procede su declaración en aplicación del artículo 110" de la misma Ley.

III

1. El objeto del presente Dictamen está constituido por los suministros realizados al HUGCDN por las empresas anteriormente referidas y guarda gran similitud con otros dictámenes de este Organismo (DCCCC 405/2017, 457/2017 y 481/2017 entre otros muchos), siendo preciso señalar una vez más que la Dirección Gerencia del referido Centro 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 (más 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 realizando contrataciones sin seguir las pautas procedimentales legalmente exigidas y tantas veces recordadas por este Consejo.

2. La Propuesta de Resolución definitiva manifiesta que en este caso concurre la causa de nulidad establecida en el art. 47.1 LPACAP, sin hacer mención al supuesto motivo de nulidad de los relacionados en esa disposición ni 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 que la nulidad se fundamenta 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 y, además, que se acordó el inicio del expediente de declaración de nulidad del contrato de suministro de productos farmacéuticos suscritos con la totalidad de la empresas incluidas en sus anexos, por superar el importe de 18.000 euros en cada contratación específica; lo que nos da a entender que se ha producido un fraccionamiento ilegal de los contratos (art. 86.2 TRLCSP).

3. En el supuesto analizado en este Dictamen, conforme resulta del informe emitido por la Directora de los Servicios Generales del HUGCDN, la relación de suministros efectuados por las empresas contratistas en el año 2018 hasta esa fecha nos indica que ninguno de los suministros realizados supera los 18.000 euros. Ello nos indica (si bien no consta, ni en la Propuesta de Resolución ni en el expediente remitido, una justificación adecuada) que se ha producido un fraccionamiento ilegal de la contratación eludiendo con ello el procedimiento legalmente exigido para la contratación efectivamente realizada, cuyos requisitos procedimentales son mayores a los exigidos para la contratación menor (arts. 111 y 138.3 TRLCSP).

Por ello, del mismo modo que hemos concluido en numerosos dictámenes realizados sobre esta materia, de sobra conocidos por esta Administración, podemos concluir que en este asunto concurre la causa de nulidad del art. 47.1,e) LPACAP, pues se contrató con las empresas ya mencionadas prescindiendo por completo de las normas procedimentales de la contratación administrativa.

No obstante, la declaración de nulidad pretendida choca frontalmente con los derechos adquiridos por las contratistas y la empresa cesionaria de los derechos de cobro, razón por la que resulta plenamente trasladable a este supuesto lo indicado reiteradamente por este Consejo (por todos, DDCCC 128 y 430/2016 y 249/2017) sobre la improcedencia de la declaración de nulidad pretendida, conforme a lo dispuesto en el art. 110 LPACAP, 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».

4. Además, siguen en vigor los derechos y obligaciones derivados de las 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 la contratista, resulta obligado su pago para impedir con ello un enriquecimiento injusto por parte de la Administración sanitaria, tal como venimos sosteniendo sobre esta cuestión (DCCC nº 38/2014, 89/2015, 102/2015, 430/2016 y 249/2017 entre otros): «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».

5. La Propuesta de Resolución acuerda la liquidación del contrato y el pago del precio de los suministros efectuados. Sin embargo, nada señala al derecho de los contratistas y la empresa cesionaria referida al abono de los intereses moratorios (circunstancia ésta que fue uno de los motivos de oposición a la nulidad pretendida). Por lo demás, 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 de los daños producidos conforme dispone el art. 35, *in fine* y 216 TRLCSP.

6. Por último, debemos reiterar 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».

Asimismo, 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

No procede declarar la nulidad de los contratos a que se refiere la Propuesta de Resolución, la cual no se considera ajustada a Derecho.