



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 7 7 / 2 0 1 8

(Sección 1ª)

La Laguna, a 21 de septiembre 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 Complejo Hospitalario Universitario Materno Insular Materno Infantil, por la empresa (...), por valor de 10.338,08 euros (EXP. 364/2018 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 mediante escrito de 19 de julio de 2018, con fecha de salida en el registro auxiliar del Complejo Hospitalario Universitario Insular Materno Infantil, de 24 de julio de 2018, y entrada en este Consejo Consultivo el 26 de julio del presente año, dictamen de este Consejo en relación con la Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio (expediente de nulidad: EN-CHUIMI-24/2018), por la que se pretende declarar la nulidad de los contratos administrativos de suministro suscritos por el Complejo Hospitalario Universitario Insular Materno-Infantil (CHUIMI) con la empresa (...) por un total de 10.338,08 euros.

2. En la Propuesta de Resolución sometida a dictamen la Administración considera que tales contratos son nulos de pleno derecho pues se llevaron a cabo omitiendo los trámites procedimentales correspondientes al procedimiento ordinario y que no son de aplicación a los contratos menores. 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).

* Ponente: Sra. de Haro Brito.

Nada se dice acerca de la existencia de partida presupuestaria suficiente consignada previamente, lo que constituye una específica causa de nulidad contractual (si bien en la Resolución de inicio del expediente sí 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 Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2017 (LCSP), en relación con los contratos menores, que resulta aplicable a este supuesto por haberse producido la contratación con la referida empresa con posterioridad a su entrada en vigor.

3. Constan en el expediente el escrito de oposición de la empresa contratista referida. 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, el dictamen de este Consejo Consultivo es preceptivo.

4. Además, se significa, 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, 476/2017 y 267/2018 entre otros muchos), que se ha procedido a acumular incorrectamente los expedientes señalados, esta vez, con acuerdo expreso de acumulación, pero sin poder efectivamente realizarse, 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».

5. El órgano competente para resolver el presente procedimiento es la Dirección Gerencia del citado Complejo Hospitalario, 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. Por último, es de señalar que el art. 41 LCSP 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 núm. 3092/2018, de 7 de junio) 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:

- El 24 de mayo de 2018, se emitió una factura (factura núm. 9120444627) por parte de la empresa (...), correspondientes a los suministros sanitarios prestados al Complejo Hospitalario por la cantidad 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 dicha 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 relación emitida por dicha Dirección Gerencia (anexo I del informe-memoria) la identificación de las facturas objeto del 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 núm. 3092/2018, de 7 de junio, referido a los suministros efectuados por el conjunto de empresas contratistas que obra en el anexo 1, por un valor total de 1.303.763,90 euros.

En respuesta al trámite de audiencia otorgado, (...) se opuso a la declaración de nulidad pretendida y, además, solicitó el abono de los intereses moratorios.

En la Propuesta de Resolución se refiere que se dictó por la Dirección Gerencia la Resolución 3467/2018, de 28 de junio por la que se pone fin a dicho expediente y por la que se acordó desagregar de la acumulación previamente acordada la factura correspondiente a NOVO NORDISK PHARMA, S.L, continuando con la tramitación del procedimiento solo en lo que a ella se refiere (esta Resolución no obra en el expediente remitido a este Consejo Consultivo).

- No consta certificado acreditativo de la preceptiva suficiencia previa de crédito presupuestario para llevar a cabo tal contratación, lo que constituye un específico motivo de nulidad [art. 39.2.b) LCSP], como ya se ha señalado. Dicha causa no ha

sido alegada por la Administración por lo que este Consejo Consultivo se limitará al análisis de la causa de nulidad mencionada.

- Asimismo, no consta el informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato menor, ni 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, en forma de borrador de la Resolución definitiva.

III

1. La Gerencia del CHUIMI 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 (habiéndose emitido hasta la fecha más de cien dictámenes en asuntos similares a éste)- siguen haciendo caso omiso de 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.

Tales incumplimientos se ven agravados en el supuesto analizado, pues, como ya señalamos, les es aplicable a todos los contratos el nuevo régimen jurídico previsto en LCSP, mucho más restrictivo con la contratación menor, a fin de que no pueda servirse la Administración de esta modalidad procedimental para evitar la concurrencia de licitadores, con elusión 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, así como de la prohibición establecida con carácter general de fraccionar un contrato, con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y de eludir así también los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan (art. 99.2 LCSP), se deduce con toda claridad que la nueva Ley 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 prácticas

administrativas como la que nos ocupa, tal y como se ha señalado por este Consejo Consultivo.

El valor de la única contratación por la que se tramita el presente procedimiento administrativo es de 10.338,08 euros, importe de la factura emitida por el proveedor que se ha opuesto en el expediente de nulidad, por lo que, estando dentro del límite cuantitativo, *a priori*, previsto para los contratos menores, los requisitos impuestos por la Ley 9/2017 que han sido inobservados 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, excepto que el contratista no haya suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen los 15.000 euros.

Estos requisitos, ciertamente, han sido desatendidos por parte de la Gerencia del CHUIMI. Y así se reconoce por la Administración en la Propuesta de Resolución, que declara la nulidad de las contrataciones efectuadas («Los suministros fueron prestados sin llevar a cabo los trámites preceptivos para una correcta adjudicación y formalización del correspondiente contrato (...)»), en oposición a lo prevenido por la LCSP para intentar erradicar la utilización fraudulenta de la contratación menor.

2. La Propuesta de Resolución objeto de este Dictamen, en consonancia con lo que acaba de exponerse, invoca como fundamento la causa de nulidad establecida en el art. 47.1.e) LPACAP.

Consta acreditado, por otro lado, que los suministros realizados lo fueron a la entera satisfacción de la Administración y que es imposible en el actual momento restituir los suministros recibidos.

Pues bien, sobre la base de esta premisa, hemos de concluir que no procede acordar la nulidad de la contratación efectuada, tal como hemos señalado con reiteración, pese a las consideraciones expresadas en el apartado precedente, pues, conforme a lo dispuesto en el art. 110 LPACAP, «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 eventual declaración de nulidad, concretamente, no puede prescindir de la toma en consideración de derechos adquiridos por la contratista que ha suministrado productos farmacéuticos a satisfacción de la Administración y cuyo

importe no ha sido abonado. De modo que 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.

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, 102/2015 y el reciente 267/2018, de 7 de junio, entre otros).

Estos requisitos concurren en este caso, y la Propuesta de Resolución apenas nada señala sobre este particular, a salvo una escueta mención referida a los requisitos legalmente exigibles para indemnizar por daños y perjuicios a la interesada.

Conviene recordar, en efecto, que la nulidad de un contrato administrativo puede determinar, como consecuencia, el derecho a la indemnización según dispone el art. 42.1 «in fine» LCSP, 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.

4. Tampoco esté de más, ya por último, reiterar el carácter excepcional de las nulidades contractuales, de aplicación, por tanto, restrictiva; pese a lo cual la Administración ha recurrido a ella de forma continuada, en una práctica incorrecta reiteradamente reparada 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, procede reiterar lo señalado en multitud de dictámenes (por todos, DDCC 128/2016, de 21 de abril; 479/2017, de 27 de diciembre y 7/2018, de 3 de enero) sobre el inadecuado modo de proceder de la Administración en estos supuestos, al utilizar la declaración de nulidad de los contratos (vía excepcional y de aplicación restrictiva, como acabamos de señalar), como forma habitual de convalidar la contratación de suministros médicos, realizados con inobservancia de la normativa de aplicación.

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, que añade: «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».

La Administración, con carácter general, y, singularmente también en el ámbito de la contratación pública, está sujeta, además, a los principios de buena fe, confianza legítima, transparencia, participación y seguridad jurídica, en virtud de lo dispuesto 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: «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».

Por todo lo expuesto anteriormente, entendemos que la Propuesta de Resolución sometida a dictamen no es conforme a Derecho.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución no se considera ajustada a Derecho, no procediendo la declaración de nulidad del contrato de suministros a que se refiere la misma por los motivos expuestos en el presente dictamen.