



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 1ª)

La Laguna, a 9 de octubre 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 de Canarias por la empresa (...) por un importe de 108.937,20 euros (EXP. 369/2018 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 25 de julio de 2018, con registro de entrada de fecha 27 de julio de 2018, dictamen de este Consejo en relación con la Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio (expediente de nulidad: 2018/0026), favorable a la declaración de nulidad de los contratos administrativos de suministro realizados por el Complejo Hospitalario Universitario de Canarias (CHUC) con la empresa (...) por cuantía de 108.937,20 euros.

2. El expediente acumula cinco contrataciones efectuadas con (...). Solo las tres últimas 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), razón por la que les es de aplicación esa norma conforme se dispone en las disposiciones transitoria primera, apartado 4 y final decimosexta de la misma. Por el contrario, el resto de las contrataciones se efectuaron estando en vigor el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLSP), aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

* Ponente: Sr. Suay Rincón.

Ha sido incorrecta esta acumulación, porque es distinto el régimen jurídico aplicable a los suministros acumulados en el presente expediente de nulidad; en su consecuencia, habremos ahora de señalar separadamente los preceptos 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 omitirse 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).

4. Consta en el expediente escrito de oposición de la empresa contratista. 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. Pese a lo manifestado reiteradamente por este Consejo Consultivo 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 venido de entrada a acumularse -esta vez, mediante acuerdo expreso- incorrectamente distintos expedientes, 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»; a lo que ha de añadirse, como ya antes se indicó, en relación con la empresa contratista concernida en el presente expediente que se desagrega del conjunto y contra la que se dirige específicamente, el distinto régimen jurídico que le resulta aplicable, atendiendo a la fecha de facturación y de la entrada en vigor de la LCSP.

6. 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.

7. Por último, es de recordar que el art. 41 LCSP (y el 34.1 TRLCSP) remite a la regulación de la nulidad del procedimiento de revisión de oficio contenida en la LPACAP, cuyo art. 106.5 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 1821/2018, de 5 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:

- Desde diciembre de 2017 hasta mayo de 2018, se emitieron diversas facturas por parte de la empresa contratista correspondientes a los suministros sanitarios prestados al CHUC por las cantidades ya referidas en el fundamento anterior del presente Dictamen, sin tramitación de procedimiento contractual alguno, como se afirma en la documentación incorporada al expediente, considerando la Administración, en su momento, que cada entrega constituía un contrato menor, individualizado e independiente.

- Por la antes 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 n.º 1821/2018, de 5 de junio, referido a los suministros efectuados por varias empresas contratistas, por importe total de 2.260.945,28 euros. La empresa contratista singularmente concernida en el expediente que nos ocupa, en respuesta al trámite de audiencia otorgado, se opuso a la declaración de nulidad pretendida y, además, solicitó el abono de los intereses moratorios. Subsidiariamente, para el caso de que se considerase la nulidad, solicita la indemnización establecido en el art. 42.1 LCSP (o en su caso, 35.1 TRLCSP).

- Mediante Resolución 2.195/2018, de 27 de junio, se desagregó del expediente inicial (...).

- No consta certificado acreditativo de la preceptiva suficiencia previa de crédito presupuestario para llevar a cabo tales contrataciones, lo 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 la que se sustancia el presente procedimiento. Por el contrario, sí se ha efectuado reserva de crédito para el presente expediente de nulidad.

- Asimismo, en relación con 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, en forma de borrador de la Resolución definitiva.

III

1. La Gerencia del CHUC y el resto de Hospitales del Servicio Canario de la Salud -según se desprende de los expedientes de nulidad que llegan para ser dictaminados por este Consejo Consultivo- siguen soslayando 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, 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 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, 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 toda claridad, en efecto, 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 a propósito de esta misma cuestión.

Pues bien, los requisitos impuestos por la Ley 9/2017 concretamente 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 de que la indicada regla ha sido cumplida; sin perjuicio de la procedencia de acreditar asimismo la observancia de los requisitos que se mantienen, procedentes de la legislación anterior, de la aprobación del gasto y la incorporación de la factura correspondiente.

Estos requisitos, ciertamente, han sido desatendidos por parte de la Gerencia del CHUC, como decimos.

2. En la Propuesta de Resolución objeto de este Dictamen se manifiesta que concurre la causa de nulidad establecida en el art. 47.1.e) LPACAP.

Del informe-memoria y de la resolución de inicio resulta que las adquisiciones de suministros se realizaron prescindiendo de trámite procedimental alguno, 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 antedicho legalmente establecido; habiéndose realizado las prestaciones a entera satisfacción de la Administración; siendo imposible en el actual momento restituir los suministros recibidos.

3. Por tanto, podemos concluir que en este asunto concurre ciertamente la causa de nulidad alegada, puesto que se contrató prescindiendo por completo de las normas procedimentales de la contratación administrativa.

Sin embargo, tal como hemos señalado con reiteración, no por ello ha lugar a la revisión de oficio pretendida, 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 eventual declaración de nulidad no puede prescindir de la toma en consideración de 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 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 ya tiene 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» (DCCC n.º 38/2014, 89/2015 y 102/2015, entre otros muchos).

Estos requisitos concurren en este caso, aunque 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 consecuencia, 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.

5. Tampoco está de más recordar, ya por último, el carácter excepcional y, por tanto, de aplicación restrictiva, del régimen jurídico de las nulidades contractuales, pese a lo cual la Administración sanitaria 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 ahora lo señalado en multitud de Dictámenes (por todos, DDCC 128/2016, 479/2017 y 7/2018) sobre el incorrecto proceder de la Administración en estos supuestos, 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 inobservancia de la normativa de aplicación.

La Administración, al contratar, debe efectuar 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 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 anormalidad en la tramitación de procedimientos».

C O N C L U S I Ó N

Se considera que la Propuesta de Resolución objeto de este Dictamen no es conforme a Derecho y no procede acordar la nulidad pretendida, por las razones expresadas en los fundamentos de este Dictamen.