



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 431/2018

(Sección 1ª)

La Laguna, a 11 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 suministros de productos farmacéuticos realizados a favor de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario de Gran Canaria Doctor Negrín con las empresas (...), por valor de 100.813,40 euros, (...) por valor de 12.869,89 euros y (...), por valor de 5.488,47 euros, habiendo cedido estas dos últimas sus derechos de crédito a (...) (EXP. 389/2018 CA)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. Mediante escrito de 30 de agosto de 2018 (registro de entrada en este Consejo Consultivo de 3 de septiembre de 2018), el Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias interesa de este Consejo Consultivo preceptivo dictamen en relación con la Propuesta de Resolución del procedimiento de declaración de nulidad 51/T/18/NU/GE/T/0036 de los contratos administrativos de suministro de productos farmacéuticos efectuados con las empresas (...) por valor de 100.813,40 euros, (...) por valor de 12.869,89 euros y (...), por valor de 5.488,47 euros, habiendo cedido estas dos últimas sus derechos de crédito a (...), ejecutados a favor de la Dirección Gerencia del Hospital de Gran Canaria Dr. Negrín.

2. Todas las contrataciones se rigen por la vigente 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); pues las fechas de sus facturas son posteriores al día 9 de marzo de 2018.

* Ponente: Sr. Suay Rincón.

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, señalándose solo genéricamente el art. 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), advertencia que el Consejo Consultivo ya viene señalando en casos anteriores, entre ellos los Dictámenes 405 y 481/2017 y en el reciente Dictamen 345/2018, de 24 de julio, relativos declaraciones de nulidad solicitadas en relación con este mismo Centro hospitalario.

No obstante, del expediente se deduce, una vez más, 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 en el que motiva la declaración de nulidad en la existencia de un fraccionamiento ilegal del contrato: «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. 39 de la ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, sin que ello sea imputable al contratista interesado».

Nada se dice de la existencia de partida presupuestaria suficiente consignada previamente, lo que constituiría una específica causa de nulidad contractual [art. 39.2 b) LCSP], 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, habremos de contraer nuestro examen al motivo de nulidad aducido por la Administración, que es sobre el que eventualmente habrá de fundar ésta su declaración de nulidad en el presente procedimiento; sin perjuicio de que la concurrencia de la exigencia legal anteriormente señalada (la inexistencia de crédito presupuestario suficiente), como reiteradamente tiene señalado este Consejo, implicaría su aplicación prevalente por razones de temporalidad y especificidad.

4. Las empresas contratistas y la empresa cesionaria de los derechos de cobro han mostrado su oposición con la declaración de nulidad que se pretende con ocasión del trámite de audiencia a través de sus escritos de alegaciones, reclamando, además, el abono de los intereses moratorios. 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) de la LCSP (y del art. 211.3.a) del 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, pese a lo 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 345/2018 entre otros muchos), se han acumulado - esta vez, mediante acuerdo expreso- incorrectamente los expedientes señalados, 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, es de recordar que el art. 41 LCSP remite a la regulación de la nulidad del procedimiento de revisión de oficio contenida en la LPACAP, cuyo art. 106.5 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 2650/2018, de 22 de junio) sin dictarse resolución producirá su caducidad.

II

1. Del expediente remitido a este Consejo destacamos los antecedentes siguientes:

- Entre los meses de mayo y junio de 2018 se emitieron varias facturas por parte de las empresas contratistas referidas por un total de 119.171,76 euros, correspondientes a los suministros sanitarios realizados a la referida Dirección Gerencia, 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 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 n.º 2650/2018, de 22 de junio, la cual comprendía a la totalidad de las empresas incluidas en sus anexos por un monto total de 227.020,94 euros, deduciéndose -pues no consta acreditado- que se les otorgó el trámite de audiencia a las restantes empresas contratistas, que no formularon alegaciones, con la salvedad hecha de las singularmente concernidas en el presente procedimiento.

Mediante Resolución de la Gerencia de dicho Hospital 3237/2018, de 27 de julio, se declara la nulidad de los contratos administrativos de suministros, servicios y gestión de servicios incluidos en los anexos de la misma (por cuantía total de 119.171,76 euros), quedando excluidas de ella los contratos correspondientes a la mencionadas facturas emitidas por las referidas empresas (esto es, las singularmente concernidas en el presente procedimiento), pues las mismas, y también la empresa cesionaria de los derechos de crédito por parte de dos de ellas, han manifestado su oposición a la nulidad pretendida por la Administración.

Además, cuenta el expediente con el informe de la Asesoría Jurídica Departamental y la Propuesta de Resolución.

III

1. El objeto del presente dictamen está constituido por los suministros realizados al Hospital Universitario de Gran Canaria Dr. Negrín por las empresas que han expresado su oposición a la nulidad de los contratos anteriormente referidas y guarda gran similitud con otros dictámenes de este Organismo (DCCC 405/2017, 457/2017, 481/2017 y 345/2018 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 cien dictámenes emitidos hasta la fecha)- 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.

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, como ya indicamos, 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, se deduce del informe-memoria que la nulidad se fundamenta en el apartado e) del art. 47.1 LPACAP, como ya hemos podido constatar, al reconocerse 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 15.000 euros en cada contratación específica; lo que también habría producido un fraccionamiento ilegal de los contratos de acuerdo con lo dispuesto en el art. 99.2 LCSP.

3. En relación con las contrataciones efectuadas con (...) Y (...), singularmente concernidas en este expediente, y cuyos derechos de cobro fueron cedidos a otra empresa que igualmente consta en el expediente (...), se contrató por una cuantía inferior a 15.000 euros, siendo los suyos individualmente considerados un verdadero contrato menor.

4. Más allá de ello, en el supuesto analizado en este Dictamen, podría haberse producido un fraccionamiento ilegal de la contratación eludiéndose de este modo el procedimiento legalmente exigido para la contratación efectivamente realizada, cuyos requisitos procedimentales son mayores a los exigidos para la contratación menor en los arts. 118 y 63.4 LCSP (arts. 111 y 138.3 TRLCSP de aplicación a las facturas referidas).

Del régimen jurídico establecido en la nueva Ley 9/2017 para la contratación menor, se deduce con toda claridad, en efecto, que 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 prácticas administrativas como las que nos ocupa, tal y como se ha señalado reiteradamente por este Consejo Consultivo 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. 29.87 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.

5. No obstante, la eventual declaración de nulidad pretendida en este caso no puede prescindir de la toma en consideración de 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».

Debemos reiterar el carácter excepcional y, por tanto, de aplicación restrictiva, del régimen jurídico de las nulidades contractuales, 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), 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».

La Administración, además, 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.

6. 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 (DCCC n.º 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».

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. Por lo demás, conviene recordar que la nulidad de un contrato administrativo puede determinar, como consecuencia, el derecho a la indemnización de los daños producidos conforme dispone la normativa aplicable.

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.