



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 1ª)

La Laguna, a 16 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 Dr. Negrín con las empresas (...), (...) y (...), habiendo cedido las dos últimas empresas sus derechos de cobro a (...) (EXP. 388/2018 CA)*.*

F U N D A M E N T O S

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/0032 de los contratos administrativos de suministro de productos farmacéuticos efectuados con las empresas (...) por un valor total de 32.375,00 euros, (...) por valor de 6.506,00 euros y (...) por valor de 3.127,49 euros (incluyendo el I.S.P.), habiendo cedido estas dos últimas empresas sus derechos de cobro a (...) ejecutados a favor de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario de Gran Canaria Dr. Negrín (en adelante, HUGCDN).

2. Se destaca el hecho de que el expediente tramitado acumula contrataciones que se rigen por la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), por la que se transpone al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE.

* Ponente: Sr. Fajardo Spínola.

3. La Propuesta de Resolución sometida a consideración de este Consejo, 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 y en el reciente Dictamen 345/2018, de 24 de julio, relativos a 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 en el que motiva la declaración de nulidad en la existencia de un fraccionamiento ilegal del contrato, 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. 39 de la ley 9/2017, de 8 de noviembre, 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. 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, 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. Las empresas contratistas y la 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 correspondientes escritos de alegaciones. 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 el dictamen de este Consejo Consultivo es preceptivo.

5. Sin embargo, según se desprende de la Propuesta de Resolución del expediente de declaración de nulidad 51/T/18/NU/GE/T/0032, en su antecedente

2º, señala que la empresa (...) (no incluida en el presente expediente de revisión de oficio y que había contratado con el Complejo Hospitalario Dr. Negrín) mostró su conformidad con la declaración de nulidad; no obstante, se señala en tal antecedente que la empresa cesionaria (...) remitió un escrito oponiéndose, sin que se admitiera tal oposición por la Administración porque se consideró que con tal cesión de crédito no se subroga la cesionaria en la posición acreedora de la compañía farmacéutica mencionada, según su parecer, lo que dio lugar a que incluyera su crédito dentro del listado de empresas que no se han opuesto, y a que en consecuencia no se considerara preceptiva la solicitud de dictamen de este Consejo. Sí se reconoció, no obstante, la condición de interesada a la empresa cesionaria, por su carácter de acreedora del correspondiente crédito cedido.

Este Consejo Consultivo ha considerado en multitud de Dictámenes (DDCC 291/2016, 401/2017, 445/2017, 174/2018, 246/2018 y 361/2018, entre otros muchos) que en aquellos casos en los que se produce una cesión de los derechos de cobro, la empresa cesionaria es la nueva titular de los mismos. Para que tal cesión se entienda producida, a estos efectos, se requiere comunicarlo al órgano de contratación; a partir de esa comunicación la empresa cesionaria se subroga en la posición jurídica de la contratista cedente. En consecuencia, su oposición a la declaración de nulidad produce el mismo efecto que la del cedente, resultando por tanto preceptivo el dictamen del Consejo Consultivo de Canarias [art. 191.3.a) LCSP].

No se desprende de la documentación aportada al presente expediente si la cesión a la empresa (...) se comunicó a la Administración con anterioridad al trámite de audiencia del procedimiento general de nulidad; en caso de haberse producido tal comunicación en ese plazo la oposición de la cesionaria a la nulidad resultaría determinante a los efectos de la preceptividad del dictamen de este Consejo. Entendemos, además, que en todo caso, a quien debería dar traslado la Administración sanitaria es sólo a la empresa cesionaria, quien se subroga en la posición de la empresa contratista a todos los efectos.

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. 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, 476/2017 y 345/2018 entre otros muchos), se han 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».

8. Por último, el art. 41 LCSP 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 2343/2018, de 1 de junio) sin dictarse resolución producirá su caducidad.

II

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

- En abril y mayo 2018 se emitieron varias facturas por parte de la empresas contratistas (...), (...) y (...), habiendo cedido las dos últimas sus derechos de cobro a (...), por una cuantía total de 42.008,49 euros, correspondiente 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 2343/2018, de 1 de junio, la cual comprendía a la totalidad de las empresas incluidas en sus anexos por un monto total de 183.772,26 euros, deduciéndose -pues no consta acreditado- que se les otorgó el trámite de audiencia a las restantes empresas contratistas, que no formularon alegaciones, excepto las ya mencionadas y con la salvedad ya expuesta. En dicho acuerdo, nuevamente, se vuelve a acumular incorrectamente los expedientes, como ya se señaló con anterioridad.

Mediante Resolución de la Gerencia de dicho Hospital 2343/2018, de 28 de junio, 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, incluyendo el IGIC, de 141.763,77 euros), estando excluidos de ellos los contratos correspondientes a las mencionadas facturas emitidas por las referidas empresas.

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

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 expedientes anteriores sobre los que ya se ha emitido dictamen por este Organismo (DDCCC 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 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 15.000 euros en cada contratación específica (18.000 euros para las tres facturas previas al 9 de marzo de 2018); lo que nos da a entender que se ha producido un fraccionamiento ilegal de los contratos de acuerdo con lo dispuesto en el art. 99.2 LCSP (art. 86.2 TRLCSP para las tres facturas referidas).

Sin embargo, en relación con las contrataciones efectuadas con (...) y (...), cuyos derechos de cobro fueron cedidos a la empresa referida, se contrató por una cuantía inferior a 15.000 euros, siendo los suyos individualmente considerados propiamente un verdadero contrato menor.

3. En el supuesto analizado en este Dictamen, podría haberse 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 en los arts. 118 y 63.4 LCSP (arts. 111 y 138.3 TRLCSP de aplicación a las facturas referidas).

4. Asimismo, del régimen jurídico establecido en la nueva Ley 9/2017 para la contratación menor, se deduce con total claridad 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 lo que esta Administración ha venido haciendo durante años, tal y como se ha señalado por este Consejo Consultivo en los diversos Dictámenes emitidos hasta la fecha.

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. 29.87 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 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.

5. 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».

6. 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 (DDCCC 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».

7. 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 efecto producido por la nulidad de ese contrato viciado, el derecho a la indemnización de los daños producidos conforme dispone la normativa aplicable

8. 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 anormalidad en la tramitación de procedimientos».

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

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución no se considera conforme a Derecho.