



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 528/2018

(Sección 1ª)

La Laguna, a 27 de noviembre 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 Hospital Universitario Nuestra Señora de la Candelaria por las empresas (...) por cuantía de 8.340,00 euros y (...) por cuantía de 6.760,80 euros cuyos derechos de cobro fueron cedidos a (...) y también por (...), cuya cuantía asciende a 4.474,80 euros, que no fueron cedidos (EXP. 517/2018 CA)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. Se interesa por el Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias mediante escrito de 22 de octubre de 2018, con registro de entrada de fecha 25 de octubre de 2018, dictamen de este Consejo en relación con la Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio (expediente de nulidad: HUNSC 30/2018), por la que se pretende declarar la nulidad de los contratos administrativos de suministro realizados por el Hospital Universitario de Ntra. Sra. de La Candelaria (HUNSC) con las empresas (...) por cuantía de 8.340,00 euros y (...) por cuantía de 6.760,80 euros cuyos derechos de cobro fueron cedidos a (...) y también por (...), cuya cuantía asciende a 4.474,80 euros, que no fueron cedidos.

2. El expediente tramitado originariamente, del que trae su causa el que ahora nos ocupa, acumula distintas contrataciones efectuadas durante 2017 y el presente año. De las contrataciones efectuadas por (...) dos (cuyos derechos de cobro se cedieron) son de fecha anterior 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

* Ponente: Sr. Suay Rincón.

jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE (LCSP) y dos de esta misma empresa -no cedidas- posteriores. Todas -las cinco- contrataciones efectuadas por (...) son posteriores, razón por la que le es de aplicación esa norma conforme se dispone en las disposiciones transitoria primera, apartado 4 y final decimosexta de la misma. Por el contrario, las restantes contrataciones se efectuaron estando en vigor el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

A resultas de esta práctica incorrecta, ya que es distinto el régimen jurídico aplicable a los suministros acumulados en el presente expediente de nulidad, habremos ahora de señalar 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 haberse producido un fraccionamiento fraudulento de los contratos para omitir 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).

Nada se dice 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 se hace referencia a la omisión de fiscalización previa y a la inexistencia de crédito), ni tampoco del cumplimiento del resto de requisitos que exige la LCSP en relación con los contratos menores, aplicables en relación con los contratos correspondientes a las distintas facturas posteriores al 9 de marzo de 2018.

En cualquier caso, este Consejo Consultivo limitará su análisis a la causa de nulidad alegada por la Administración, que es por la que se sustancia el presente procedimiento.

4. Constan en el expediente los escritos de oposición de las empresas contratistas referidas y de la empresa cesionaria de los derechos de crédito. 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. Una vez más, 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), se significa que la Administración ha acumulado incorrectamente los expedientes señalados -esta vez, al tratarse de contrataciones efectuadas «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, en los términos expresados antes, el distinto régimen jurídico aplicable según la fecha de facturación y la entrada en vigor de la LCSP.

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. Por último, el art. 41 LCSP (o el art. 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 647/2018, de 7 de agosto) 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:

- Durante los meses de noviembre de 2017 a J. de 2018, se emitieron diversas facturas por parte de las mencionadas empresas contratistas correspondientes a los suministros sanitarios prestados al HUNSC por las cantidades 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 cada 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 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 647/2018, de 7 de agosto, referido a los suministros efectuados por diversas empresas, por importe total de 644.666,47 euros. Las dos empresas contratistas y la empresa cesionaria de los derechos de cobro anteriormente referidas de forma expresa, en respuesta al trámite de audiencia otorgado, se opusieron a la declaración de nulidad pretendida y, además, solicitaron el abono de los intereses moratorios. Subsidiariamente, para el caso de que se considerase la nulidad, solicitaba la indemnización establecido en el art. 42.1 LCSP (o en su caso, art. 35.1 TRLCSP).

- 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], como ya se ha señalado. Por el contrario, sí se ha efectuado reserva de crédito para el presente expediente de nulidad.

- Asimismo, en relación a 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, denominada «Propuesta de Resolución mediante la que se procede al abono de la cantidad adeudada por declaración de nulidad».

III

1. La Gerencia del HUNSC 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- 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 a sustituir 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, así como de la prohibición establecida con carácter general de fraccionar un contrato, con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y 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 en efecto, 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 las que nos ocupa, tal y como se ha señalado por este Consejo Consultivo en alrededor de los 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 de la legislación anterior, acerca de la exigencia de la aprobación del gasto y la incorporación de la factura correspondiente.

Estos requisitos, ciertamente, han sido desatendidos por parte de la Gerencia del HUNSC. Y así se reconoce por la Administración en la Propuesta de Resolución, que declara la nulidad de las contrataciones efectuadas «por ausencia del tramitado procedimiento legalmente establecido», en franca contradicción con lo prevenido por la LCSP para intentar erradicar la utilización fraudulenta de la contratación menor.

2. La Propuesta de Resolución objeto de este Dictamen alude a la concurrencia de las causas de nulidad establecida en el art. 47.1. LPACAP, pero sin especificar cuál de ellas concurre, careciendo por tanto de la debida motivación (arts. 35.2 y 88.6 LPACAP).

Sin embargo, del informe-memoria y de la Resolución de inicio y de la Propuesta de Resolución se deduce que la causa de nulidad es la establecida en el apartado e) del art. 47.1 LPACAP, al reconocerse 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 legalmente establecido; habiéndose realizado las prestaciones a entera satisfacción de la Administración y que es imposible en el actual momento restituir los suministros recibidos.

Ciertamente, ninguna de las contrataciones superó los referidos límites cuantitativos, si bien las contrataciones posteriores a la nueva Ley de Contratos del Sector Público incumplieron los restantes requisitos establecidos en ella, ya señalados con anterioridad.

Por tanto, podemos concluir que concurre la causa de nulidad alegada ya que se contrató con las empresas ya mencionadas prescindiendo por completo de las normas procedimentales de la contratación administrativa, en lo que se refiere a los contratos posteriores a la nueva Ley (pues el resto son verdaderos contratos menores).

3. Sin embargo, tal como hemos señalado con reiteración, no procede acordar la nulidad de las contrataciones efectuadas por las empresas mencionadas, 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 los derechos adquiridos por los contratistas que han 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 las empresas referidas, 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 tiene establecido 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 y 102/2015, entre otros).

Estos requisitos concurren en este caso, si bien 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, ya por último, recordar el carácter excepcional y, por tanto, de aplicación restrictiva, de las nulidades contractuales, pese a lo cual la Administración ha recurrido a él 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, 479/2017 y 7/2018) sobre el inadecuado modo de proceder al utilizar la declaración de nulidad de los contratos (vía excepcional y, por tanto, de aplicación restrictiva, como acabamos de señalar) como forma habitual de convalidar la contratación de suministros médicos, realizados con inobservancia a 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 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: «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».

CONCLUSIÓN

Se considera que la Propuesta de Resolución objeto de este Dictamen no es conforme a Derecho y no procede acordar la declaración de nulidad pretendida.