



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 1ª)

La Laguna, a 3 de diciembre 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 del contrato administrativo de suministros farmacéuticos realizados a favor de la Gerencia de los Servicios Sanitarios del Área de Salud de La Palma por la empresa (...), por un importe de 16.187,50 euros (EXP. 536/2018 CA)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. Mediante escrito de 5 de noviembre de 2018 (registro de entrada en este Consejo Consultivo de 8 de noviembre de 2018), el Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias interesa de este Organismo preceptivo dictamen en relación con la Propuesta de Resolución, en forma de borrador, de la Resolución definitiva del procedimiento de declaración de nulidad n.º 31/2018 de los contratos administrativos de suministro de productos farmacéuticos efectuados con la empresa (...) por cuantía de 16.187,50 euros ejecutado a favor de la Gerencia de los Servicios Sanitarios del Área de Salud de La Palma (facturas 649212893, 649215471 y 649215760).

2. En el expediente tramitado se acumulan las contrataciones efectuadas durante los meses de agosto y septiembre de este año, razón por la que se rigen ya en su totalidad por la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE.

* Ponente: Sr. Fajardo Spínola.

3. En la Propuesta de Resolución la Administración sostiene que dichos contratos son nulos de pleno derecho puesto que se ha incurrido en la causa de nulidad establecida en el art. 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

4. La empresa contratista ha mostrado su oposición a la declaración de nulidad que se pretende con ocasión del trámite de audiencia a través de su escrito de 4 de octubre de 2018. 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 [y del art. 211.3.a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre], el dictamen de este Consejo Consultivo es preceptivo.

5. El órgano competente para resolver el presente procedimiento es la Dirección de la Gerencia de los Servicios Sanitarios de La Palma, de acuerdo con lo dispuesto por 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 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 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. 1.586/2018, de 27 de septiembre) sin dictarse resolución producirá su caducidad.

II

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

- Entre los meses de agosto y septiembre de 2018 se emitieron tres facturas por parte de la empresa contratista (...) por una cuantía total de 16.187,50 euros, correspondiente a los suministros sanitarios realizados a la referida Gerencia.

- El 26 de septiembre de 2018 se emite informe-memoria por la Dirección de Gestión y Servicios Generales del Área de Salud de La Palma, en el que se señala que se ha superado el límite legal para la contratación menor o se ha producido un fraccionamiento ilegal de los contratos, prescindiendo del procedimiento legalmente establecido.

2. En cuanto a la tramitación del procedimiento objeto de análisis, éste se inició mediante Resolución núm. 1.586/2018, de 27 de septiembre, referido a los suministros efectuados por (...) por el importe global ya referido, acordándose la tramitación urgente del expediente, constando el acuerdo expreso de acumulación de las contrataciones efectuadas con dicha empresa.

Esta empresa contratista, en respuesta al trámite de audiencia otorgado, como ya adelantamos, 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 establecida en el art. 42.1 LCSP.

- 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], pero este Consejo Consultivo contraerá su análisis a la causa de nulidad alegada por la Administración [art. 47.1.e) LPACAP], que es por la que se sustancia el presente procedimiento. Por el contrario, sí se ha efectuado reserva de crédito para el presente expediente de nulidad.

- Tampoco consta -siendo de obligado cumplimiento para los suministros efectuados con la vigente LCSP- 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 de los Servicios Sanitarios del Área de Salud de La Palma y el resto de Hospitales del Servicio Canario de la Salud -según se desprende de los expedientes de nulidad remitidos para ser dictaminados por este Consejo Consultivo (más de cien 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.

Tales incumplimientos se ven agravados en el supuesto analizado, pues, como ya señalamos, a la totalidad de los contratos analizados les es aplicable el nuevo régimen jurídico previsto en la 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 la 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 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 en los más 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 de Servicios Sanitarios del Área de Salud de La Palma, como decimos. Y así se reconoce por la Administración en el Antecedente de Hecho Tercero de su Resolución de inicio

del expediente, cuando señala, en franca contradicción con lo señalado por la LCSP para intentar erradicar la utilización fraudulenta de la contratación menor: «TERCERO. Que tales contrataciones se han hecho sin cumplir las formalidades y procedimientos exigidos legalmente para dicha contratación en el artículo 47.1 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común, sin causa imputable al contratista, por superar el importe en cada contratación específica de 15.000,00 € o suponer el fraccionamiento del contrato y superar de forma acumulada el importe legalmente establecido (15.000,00 €) en el ejercicio correspondiente, determinado conforme a los criterios establecidos en el sistema contable SEFLOGIC, y de acuerdo con lo previsto en 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 2014, siendo por tanto, nulas de pleno derecho».

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, pero sin hacer mención 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, más allá de ello, del informe-memoria y de la resolución de inicio del expediente de nulidad, como ya hemos tenido ocasión de constatar, se deducen los motivos por los que se considera que concurre la causa de nulidad establecida en el apartado e) del art. 47.1 LPACAP, al reconocerse que las adquisiciones de suministros se realizaron prescindiendo de los trámites preceptivos para una correcta adjudicación y formalización del contrato, sin causa imputable al contratista, por superar el importe de cada contratación específica de 15.000 € 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.

3. Por tanto, podemos concluir que en este asunto concurre, ciertamente, la causa de nulidad alegada, puesto que se contrató con la empresa ya mencionada 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, «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 la contratista que ha 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» (DDCCC 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 empresa 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, 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 los 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 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 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 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 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 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 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 se considera contraria a Derecho. Procede, en consecuencia, emitir dictamen desfavorable a la nulidad instada.