



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 3 2 1 / 2 0 1 9

(Sección 1ª)

La Laguna, a 25 de septiembre de 2019.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de declaración de nulidad del contrato administrativo de adquisición de productos farmacéuticos realizado a favor de la Dirección Gerencia del Complejo Hospitalario Universitario Insular Materno Infantil por las empresas (...) por un total de 32.593,00 euros y (...) por valor de 1.627,20 euros, cuyos derechos de cobro se han cedido a (...) (EXP. 308/2019 CA)\*.*

## F U N D A M E N T O S

### I

1. Se interesa por la Sra. Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias mediante escrito de 5 de agosto de 2019, con registro de entrada de 4 de septiembre de 2019, dictamen de este Consejo en relación con la Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio (expediente de nulidad: EN-CHUIMI-16/2019), por la que se pretende declarar la nulidad de los contratos administrativos de suministro realizados por el Complejo Hospitalario Universitario Insular Materno-Infantil (CHUIMI) con las empresas (...) por un total de 32.593,00 euros y (...) por valor de 1.627,20 euros, cuyos derechos de cobro se han cedido a (...).

2. En la Propuesta de Resolución sometida a dictamen la Administración considera que tales contratos son nulos de pleno derecho pues se llevaron a cabo omitiendo los trámites procedimentales correspondientes al procedimiento ordinario y que no son de aplicación a los contratos menores. 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).

---

\* Ponente: Sr. Fajardo Spínola.

Nada se dice acerca 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 sí se hace referencia a la omisión de fiscalización previa y a la inexistencia de crédito); tampoco hay referencia a la cuestión del cumplimiento del resto de requisitos que exige 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 2017 (LCSP), en relación con los contratos menores, que resulta aplicable a este supuesto por haberse producido la totalidad de las contrataciones con posterioridad a su entrada en vigor.

3. Consta en el expediente el escrito de oposición de una de las empresas contratistas (...). 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, el dictamen de este Consejo Consultivo es preceptivo.

4. En relación con la otra empresa contratista, (...), es necesario precisar que sus derechos de crédito fueron cedidos en su día a la empresa (...), tal como oportunamente aquélla comunicó a la Administración sanitaria (R.E. 13 mayo 2019), no constando en el expediente anteriormente remitido a este Organismo que se le hubiera otorgado el trámite de vista y audiencia a la empresa cesionaria, como interesada que es en el presente procedimiento, tal y como se manifestó en el Dictamen anteriormente emitido en relación con este asunto (DCCC 265/2019, de 11 de julio), por el que además se le requirió a la Administración la retroacción de las actuaciones con la finalidad de otorgarle dicho trámite a la referida empresa cesionaria.

Pues bien, en el nuevo expediente remitido consta el informe del Director Gerente, de 17 de julio de 2019, por el que se manifiesta que a la empresa cesionaria sí se le otorgó dicho trámite, pero que no presentó escrito de alegaciones y, que por error, no se incluyó en el primer expediente remitido a este Consejo Consultivo la certificación acreditativa de tal circunstancia, que ahora sí acompaña a dicho informe.

Por todo ello, es necesario señalar que en aplicación de lo dispuesto en los arts. 11.1.D.c) y 12.3 LCCC, en relación con el art. 191.3.a) de la LCSP, ya referidos, procede afirmar que en este caso no es preceptivo el pronunciamiento de este Consejo Consultivo acerca de la declaración de nulidad de la contratación cuyos derechos de cobro se cedieron a (...), al no oponerse esta empresa interesada a la

declaración de nulidad que se pretende, estando referido este Dictamen exclusivamente a la declaración de nulidad correspondiente a (...).

5. 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.

6. Por último, es de señalar que el art. 41 LCSP 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 núm. 2.253/2019, de 9 de mayo) sin dictarse resolución producirá su caducidad.

## II

1. Del expediente remitido a este Consejo destacamos lo siguiente:

- Consta el Informe-Memoria del Director de Gestión en el que se manifiesta que se llevó a cabo por las empresas ya referidas la prestación de suministros, en las cuantías expuestas en el fundamento anterior de este Dictamen, las cuales se realizaron a la entera satisfacción de la Administración.

- Por la Gerencia del CHUIMI se constata a través de los controles automatizados de su sistema contable (TARO, actualmente SEFLOGIC, apartado 8ª «control del contrato menor»), que realmente de manera intermitente y a lo largo de dicho periodo de tiempo se le han suministrado tales materiales sanitarios y prestado servicios por las empresas contratistas, incluidas en el referido anexo I del Informe-Memoria, de manera efectiva y por el valor ya referido, sin que se le haya abonado su importe por parte del Servicio Canario de la Salud.

- No consta el certificado que acredite la preceptiva suficiencia de crédito presupuestario para llevar a cabo tal contratación. Por el contrario, sí se adjunta al expediente la documentación relativa a la reserva de crédito para el presente procedimiento de nulidad, referida a diversas cantidades entre la que se encuentra la correspondiente a las facturas objeto de este expediente (documento contable «RC, retención de nulidad»). Debemos señalar que no se menciona como motivo la

falta de cobertura presupuestaria, lo que implicaría su encuadre en el motivo de nulidad previsto en el art. 39.2.b) LCSP.

2. En lo que a la tramitación del procedimiento de nulidad se refiere, se inició este el 9 de mayo de 2019 mediante la Resolución de la Dirección Gerencia del CHUIMI núm. 2.253/2019.

En el procedimiento obra el Informe-Memoria de la Dirección de Gestión del CHUIMI y el informe de la Asesoría Jurídica Departamental.

Además, se emitió Propuesta de Resolución y, tras ello, se efectuó la preceptiva solicitud del dictamen de este Consejo Consultivo, que emitió el Dictamen de forma 265/2019, de 11 de julio. Después de la nueva solicitud de Dictamen, acompañada de la documentación ya referida, demostrativa de la omisión de la Administración en relación con la documentación relativa al trámite de vista y audiencia otorgado a la empresa cesionaria, no se emitió una nueva Propuesta de Resolución, lo que implica que dado que realmente no fueron necesarias nuevas actuaciones se mantiene la misma Propuesta de Resolución que obra en el anterior expediente (Exp. 234/2019 CA).

### III

1. La Gerencia del CHUIMI 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 (habiéndose emitido hasta la fecha más de cien dictámenes en asuntos similares a este)- 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, les es aplicable a todos los contratos analizados 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 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 de 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 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 alrededor de los cien dictámenes emitidos hasta la fecha a propósito de esta misma cuestión.

Por tanto, en resumidas cuentas, los requisitos impuestos por la Ley 9/2017 que han sido inobservados 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 cumplido; 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 aprobación del gasto y la incorporación de la factura correspondiente.

Estos requisitos, ciertamente, han sido desatendidos por parte de la Gerencia del CHUIMI. Y así se reconoce por la Administración en la Propuesta de Resolución, que declara la nulidad de las contrataciones efectuadas [«Los suministros fueron prestados sin llevar a cabo los trámites preceptivos para una correcta adjudicación y formalización del correspondiente contrato (...)»], en oposición a lo prevenido por la LCSP para intentar erradicar la utilización fraudulenta de la contratación menor.

2. La Propuesta de Resolución objeto de este Dictamen, en consonancia con lo que acaba de exponerse, invoca como fundamento la causa de nulidad establecida en el art. 47.1.e) LPACAP.

Consta acreditado, sin embargo, que los suministros realizados lo fueron a la entera satisfacción de la Administración y que es imposible en el actual momento restituir los suministros recibidos.

Pues bien, sobre la base de esta premisa, hemos de concluir que no procede acordar la nulidad de las contrataciones efectuadas por la empresa mencionada, tal como hemos señalado con reiteración, 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 la contratista 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 la empresa referida, resultando obligado el pago de lo adeudado para impedir un enriquecimiento injusto por parte de la Administración sanitaria.

3. En relación con esta cuestión, este Consejo Consultivo ha 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 n.º 38/2014, 89/2015, 102/2015 y el reciente 267/2018, de 7 de junio, entre otros).

Estos requisitos concurren en este caso, y la Propuesta de Resolución apenas nada señala sobre este particular, a salvo una escueta mención referida a los requisitos legalmente exigibles para indemnizar por daños y perjuicios a la interesada.

Conviene recordar, en efecto, que la nulidad de un contrato administrativo puede determinar, como consecuencia, el derecho a la indemnización según dispone el art. 42.1 «in fine» 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 intereses moratorios correspondientes si se produce retraso en el pago del precio convenido.

4. También debe, ya por último, recordarse el carácter excepcional de las nulidades contractuales, de aplicación, por tanto, restrictiva; 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 lo señalado en multitud de Dictámenes (por todos, DDCC 128/2016, 479/2017 y 7/2018) sobre el inadecuado 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 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, además, a los principios de buena fe, confianza legítima, transparencia, participación y seguridad jurídica, en virtud de lo dispuesto 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».

Por todo ello, se estima que no procede la declaración de nulidad solicitada.

## 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.