



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 5 0 / 2 0 1 9

(Sección 1ª)

La Laguna, a 7 de octubre 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 de los contratos administrativos de suministros suscritos a favor de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario de Gran Canaria Doctor Negrín, por la empresa (...), por un importe total de 14.649,41 euros (EXP. 334/2019 CA)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. Mediante escrito de 5 de agosto de 2019 (registro de entrada en este Consejo Consultivo de 5 de septiembre de 2019), la Sra. Consejera 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/19/NU/GE/T/0021 de los contratos administrativos de suministro de productos farmacéuticos efectuados con la empresa (...) por una cuantía total de 14.649,41 euros, ejecutados a favor de la Dirección Gerencia del Hospital de Gran Canaria Dr. Negrín.

2. Se destaca el hecho de que el expediente tramitado acumula contrataciones realizadas en el mes de abril de este año y 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).

3. La Propuesta de Resolución considera que las contrataciones efectuadas son nulas de pleno derecho. En la misma se especifica la concreta causa de nulidad en la que se basa la declaración que se pretende, señalando genéricamente el art. 47.1.e)

* Ponente: Sr. Fajardo Spínola.

de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), lo cual también se desprende del informe memoria del órgano gestor del Hospital, de 3 de abril de 2019.

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]. 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. La empresa contratista ha mostrado su oposición con la declaración de nulidad que se pretende con ocasión del trámite de audiencia a través de su escrito 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 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 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 ha 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».

7. Por último, el art. 41.1 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 1.949/2019, de 7 de mayo) sin dictarse resolución producirá su caducidad.

II

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

- En el mes de abril de 2019 se emitieron varias facturas por parte de la empresa contratista (...) por un total de 14.649,41 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.

Además, consta en Dictamen de este Consejo Consultivo 257/2019, de 4 de julio, que el volumen de negocios total con esta empresa por compras directas ha sido superior a los 15.000 euros durante lo que va del año 2019.

- 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 1.949/2019, de 7 de mayo, la cual comprendía a la totalidad de las empresas incluidas en sus anexos por un monto total de 158.002,07 euros, deduciéndose -pues no consta acreditado- que se les otorgó el trámite de audiencia a las restantes empresas contratistas, que no mostraron su disconformidad expresa, salvo la ya mencionada. 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 2.737/2019, de 27 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 de

143.352,66 euros), estando excluidos de ellos los contratos correspondientes a las mencionadas facturas emitidas por (...), pues la misma ha manifestado su oposición al inicio del expediente que nos ocupa.

Además, el expediente remitido a este Organismo cuenta 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 HUGCDN por la empresa anteriormente referida y guarda gran similitud con otros dictámenes de 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 100 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.e) LPACAP, sin hacer mención expresa 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, en el informe-memoria se manifiesta 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 las 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.

3. En el supuesto analizado en este Dictamen, al igual que ocurrió en el Dictamen anteriormente referido cabe señalar que la cuantía total por la que se ha contratado con la empresa referida en lo que va de año 2019, supone que se ha 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.

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 más de cien Dictámenes emitidos hasta la fecha, la práctica de la fragmentación del objeto del contrato para eludir los controles correspondientes.

Por tanto, 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 dar respuesta también a los requisitos que se mantienen de la legislación anterior, de la aprobación del gasto y la incorporación de la factura correspondiente.

IV

1. La declaración de nulidad pretendida choca frontalmente con los derechos adquiridos por la empresa contratista, 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 instada, 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».

2. 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».

3. 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 la contratista referida al abono de los intereses moratorios [circunstancia ésta que fue uno de los motivos de oposición a la nulidad pretendida por parte de (...)]. 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.

4. 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».

En atención a todos estos motivos procede desestimar la Propuesta de Resolución.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución que se somete a Dictamen no es conforme a Derecho, no procediendo la declaración de nulidad pretendida.