



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 3 3 / 2 0 1 9

(Sección 1ª)

La Laguna, a 26 de noviembre 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 suscrito a favor de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario Nuestra Señora de Candelaria por la empresa (...) y su cesionario (...), por un importe de 9.247,40 euros. (EXP. 413/2019 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 19 de octubre de 2019, con registro de entrada de fecha 28 de octubre de 2019, dictamen de este Consejo en relación con la Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio (expediente de nulidad: HUNSC 59/2019), por la que se pretende declarar la nulidad de los contratos administrativos de suministro realizados por el Hospital Universitario de Ntra. Sra. de Candelaria (HUNSC) con la empresa (...), por un importe total de 9.247,40 euros, cuyos derechos de cobro se han cedido a (...).

2. Se destaca el hecho de que el expediente tramitado se refiere a una contratación efectuada durante este año, siendo de fecha posterior 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 jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE (LCSP), razón por la que ésta le es de aplicación.

3. En la Propuesta de Resolución sometida a dictamen la Administración considera que tal contrato es nulo de pleno derecho al haberse producido un

* Ponente: Sr. Fajardo Spínola.

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 viene establecida en el art. 47.1 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 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 del cumplimiento del resto de requisitos que exige la LCSP en relación con los contratos menores.

4. Consta en el expediente el escrito de oposición de la empresa cesionaria referida, única interesada en este procedimiento. 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.

Asimismo, es preciso efectuar una aclaración, aunque sea con finalidad doctrinal, pues en la Propuesta de Resolución se afirma que:

«2.- El cesionario (...), manifiesta su disconformidad en un escrito con fecha 8 de agosto de 2018 y con fecha de entrada del 12 de agosto de 2019 y con registro nº. SCS 270520, donde se opone a la declaración de nulidad de las facturas correspondientes al proveedor (...) por importe de 9.247,40 €.

Con base en lo anterior procede solicitar dictamen preceptivo al Consejo Consultivo de Canarias, para la empresa (...), por importe de 9.247,40 € al haber manifestado su disconformidad (...), como cesionario de los derechos de cobro adquiridos. Tal proceder se sustenta en las sentencias 247/2019 y 156/2019 de los Juzgados de lo Contencioso Administrativo 2 y 3 respectivamente, en las que se motiva el derecho de los cesionarios al Dictamen del Consejo Consultivo de Canarias cuando manifiestan su disconformidad», lo que implica, según su tenor literal, que la destinataria del Dictamen es (...) Propiamente, el destinatario de nuestro Dictamen siempre es la Administración que lo solicita; pero más allá de esta obviedad, la interesada en el procedimiento de nulidad contractual ya no es aquella empresa cedente, sino la cesionaria (...) al ser la titular de los derechos de crédito, como ha señalado este Consejo Consultivo de forma reiterada y constante en multitud de

Dictámenes (por todos, DDCC 443 y 444/2018). Por tanto, es a esta cesionaria a quien está referido este Dictamen de forma exclusiva.

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. 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 núm. 818/2019, 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 junio y julio de 2019, se emitieron tres facturas por parte de la mencionada empresa contratista correspondiente a los suministros sanitarios prestados al HUNSC por la cantidad ya referida 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 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 núm. 818/2019, de 7 de agosto, referido a los suministros efectuados por diversas empresas contratistas por un valor total de 17.263,71 euros.

Además, consta en el expediente que, de forma expresa, la mencionada cesionaria 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, solicitaba 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, como ya se ha indicado, lo que constituye un específico análisis de la causa de nulidad alegada por la Administración. Por el contrario, sí se ha efectuado reserva de crédito para el presente expediente de nulidad y carece del 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 finaliza con 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. En la Propuesta de Resolución objeto de este Dictamen se alude a la concurrencia de las causas de nulidad establecidas 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.

2. 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.

En el caso que nos ocupa, tales incumplimientos se ven agravados al ser aplicable el nuevo régimen jurídico previsto en LCSP, mucho más restrictivo con la contratación menor, a fin de que no se utilice esta modalidad para evitar la concurrencia de licitadores evitando la aplicación 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, 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 que con la nueva Ley 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 más de cien Dictámenes emitidos hasta la fecha, la práctica de la fragmentación del objeto del contrato para eludir los controles correspondientes.

En concreto, 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. 29.8 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 que se cumpla con dicha regla; sin perjuicio de la necesidad 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.

Sin embargo, el valor de las contrataciones por la que se tramita el presente procedimiento administrativo es el de 9.247,40 euros, por lo que, estando dentro del límite cuantitativo «*a priori*» previsto para los contratos menores, 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, excepto que el contratista no haya suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen los 15.000 euros.

3. Cumple, por tanto, concluir que en este asunto concurre la causa de nulidad antes indicada ya 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 procede la revisión de oficio conforme a lo dispuesto en el art. 110 LPACAP, según el cual *«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»*.

Debemos recordar 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, lo que ha sido reiteradamente señalado 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 este supuesto, la declaración de nulidad tropieza frontalmente con los derechos adquiridos por la interesada, titular de los derechos de crédito nacidos del suministro de productos farmacéuticos a satisfacción de la Administración, efectuada por la contratista, 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 interesada, 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 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»* (DCCC n.º 38/2014, 89/2015 y 102/2015, entre otros).

Estos requisitos se cumplen 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 efecto producido por la nulidad de ese contrato viciado, 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 intereses moratorios correspondientes si se produce retraso en el pago del precio convenido.

Ello sucede en el supuesto analizado en el que un correcto y adecuado funcionamiento de la Administración en las contrataciones efectuadas hubiese evitado el daño que se le ha producido a la empresa contratista que habrá de ser debidamente cuantificado en la liquidación que se efectúe de los intereses moratorios correspondientes.

Conviene reiterar a la Administración sanitaria lo señalado en multitud de Dictámenes (por todos, DDCC 128/2016, 479/2017 y 7/2018) 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.

Tal y como se manifestó en dichos Dictámenes, 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 en el que se señala: *«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 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.

5. 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».

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.