



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 4 6 / 2 0 1 9

(Sección 1ª)

La Laguna, a 5 de diciembre de 2019.

Dictamen solicitado por el 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 prestación de suministros suscritos a favor del Hospital Universitario Nuestra Señora de Candelaria por la empresa (...) por una cuantía total de 633.067,20 euros, habiendo cedido sus derechos de cobro a (...), tramitado en ejecución de Sentencia firme (EXP. 430/2019 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 7 de noviembre de 2019, con registro de entrada de fecha 13 de noviembre de 2019, dictamen de este Consejo Consultivo en relación con la Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio (expediente de nulidad: HUNSC 3/2017), 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 una cuantía total de 633.067,20 euros, habiendo cedido sus derechos de cobro a (...), tramitado en ejecución de la Sentencia 247/2019 (procedimiento ordinario 296/2018) dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Las Palmas de Gran Canaria.

2. En la Propuesta de Resolución sometida a dictamen, la Administración declara la nulidad de pleno derecho de los contratos de suministro 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, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

* Ponente: Sr. Suay Rincón.

3. Consta en el expediente el escrito de (...), presentado el 29 de marzo de 2017, oponiéndose formal y materialmente a la declaración de nulidad pretendida. De conformidad con 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) del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), el dictamen es preceptivo.

4. El órgano competente para resolver el presente procedimiento es el Director Gerente del HUNSC, 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.

5. Por último, es necesario manifestar que el art. 34 TRLCSP remite a la regulación de la nulidad y anulabilidad, incluido el correspondiente procedimiento de revisión de oficio, contenida en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, especialmente en su art. 102.5, regulándose actualmente esta materia en el art. 106.5 LPACAP.

II

1. En lo que a la tramitación del procedimiento de nulidad se refiere, del expediente remitido a este Consejo destacamos lo siguiente:

- Entre los meses de abril de 2016 y enero de 2017 se emitieron diversas facturas por parte de la empresa contratista (...), por valor total de 633.067,20 euros, la cual cedió sus derechos de cobro a (...), correspondientes a los suministros sanitarios realizados al HUNSC, sin tramitación de procedimiento contractual alguno y sin la preceptiva cobertura presupuestaria, tal y como se afirma en el informe-memoria y en la resolución de inicio emitidos por la Dirección de Gestión del HUNSC.

- Por los órganos competentes de la Dirección de Gestión del HUNSC se constata, a través de los controles automatizados de su sistema contable (TARO, actualmente SEFLOGIC, apartado 8ª «*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.

El procedimiento objeto de análisis se inició mediante Resolución n.º 287/2017, de 23 de marzo, otorgándose el trámite de audiencia a la empresa contratista, que informó de la cesión de sus derechos de cobro a la empresa referida, la cual remitió su escrito de oposición el día 29 de marzo de 2017.

- No consta 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.

Sin embargo, sí consta la Propuesta de Resolución en forma de borrador de la Resolución definitiva.

2. Así mismo, es preciso hacer referencia a que obra en el expediente la Resolución 669/2017, de 25 de julio de la Dirección Gerencia por la que procedió a declarar la nulidad de los contratos objeto del expediente, sin haberse solicitado el preceptivo dictamen de este Organismo. La empresa cesionaria de los derechos de cobro, única interesada en el presente procedimiento, interpuso contra la misma recurso potestativo de reposición, que no se resolvió, razón por la que interpuso recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta del mismo, sustanciándose el procedimiento ordinario 296/2018 ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Las Palmas de Gran Canaria, que dictó la Sentencia 247/2019, de 26 de julio, por la que se estimó parcialmente el recurso interpuesto, anulando el acto impugnado, la referida Resolución definitiva, y ordenó la retroacción de las actuaciones.

Finalmente, la Dirección Gerencia dictó la Resolución 1016/2019, de 31 de octubre, por la que se acordó ejecutar la referida Sentencia, conservando diversas actuaciones procedimentales, y solicitando el preceptivo dictamen de este Consejo Consultivo.

III

1. La Dirección Gerencia del HUNSC 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- siguen haciendo caso omiso a las indicaciones que les realiza su Servicio Jurídico y este Organismo, pues continúan realizando contrataciones sin seguir las pautas procedimentales legalmente exigidas tantas veces recordadas por este Consejo.

A ello se añade, como ya indicamos, que en el informe-memoria del Director Gerente se indica que en el presente supuesto la falta de suficiencia presupuestaria para abordar la contratación derivó en falta de cobertura contractual, como ya se refirió anteriormente, lo que nos indica que el expediente estaba viciado de nulidad desde su inicio conforme dispone el art. 32.c) TRLCSP. La concurrencia de esta causa de nulidad con la esgrimida en la Propuesta de Resolución -la establecida en el art. 47.1.e) LPACAP en relación con el art. 86.2 TRLCSP- como reiteradamente ha señalado este Consejo, implicaría su aplicación prevalente por razones de temporalidad y especificidad, lo que debe tener reflejo en la Propuesta de Resolución.

2. Sin embargo, tal como hemos señalado con reiteración en los dictámenes ya referidos, no procede la aplicación de esa causa de nulidad 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»*.

En este supuesto, es evidente que la declaración de nulidad choca frontalmente con los derechos adquiridos por la empresa cesionaria de los derechos de cobro contratistas, máxime, cuando la empresa cedente suministró a satisfacción de la Administración los pedidos que ésta le realizó 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 la liquidación de los mismos con (...), 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, por ejemplo, en su Dictamen 285/2017, de 27 de julio, 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»*.

Estos requisitos se cumplen en este caso, si bien la Propuesta de Resolución nada señala sobre este particular. 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 conforme dispone el art. 35, *in fine*, TRLCSP, conforme al cual «*la parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido*».

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 les ha producido a los contratistas que habrá de ser debidamente cuantificado en la liquidación que se efectúe de los intereses moratorios correspondientes.

4. Por último, no podemos pasar por alto en relación al incorrecto proceder de la Administración, lo señalado en el informe de la Asesoría Jurídica departamental, sobre 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 en el Dictamen anteriormente referido, entre otros muchos, en el que se señaló:

«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. Dijimos en ese dictamen:

La Administración, al contratar, debe hacer una racional y eficiente utilización de los fondos públicos. Así se dispone en los arts. 1 y 22.1 TRLCSP, señalando este último precepto que:

“Los entes, organismos y 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, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación”.

Además, la Administración con carácter general (art. 3, apartados 1 y 5 LRJAP-PAC) y en el ámbito de la contratación pública, está sujeta a los principios de buena fe, confianza legítima, transparencia, participación y seguridad jurídica [actualmente, art. 3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público].

Así lo señala la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en la Sentencia, de 14 de febrero de 2007, cuando dice:

“Debe significarse que el principio de confianza legítima, que rige las relaciones entre los ciudadanos y la Administración en un Estado social y democrático de Derecho, que proporciona el marco de actuación de los particulares en sus relaciones con los poderes públicos administrativos, caracterizado por las notas de previsibilidad y seguridad jurídica, y cuya normatividad en nuestro ordenamiento jurídico público subyace en las cláusulas del artículo 103 de la Constitución (...).

El contexto aplicativo de estos principios jurídicos se advierte en la exposición de motivos de la citada Ley procedimental administrativa, cuando afirma: «En el título preliminar se introducen dos principios de actuación de las Administraciones Públicas, derivados del de seguridad jurídica. Por una parte, el principio de buena fe, aplicado por la jurisprudencia Contencioso-Administrativa incluso antes de su recepción por el título preliminar del Código Civil. Por otra, el principio, bien conocido en el Derecho procedimental administrativo europeo y también recogido por la jurisprudencia Contencioso-Administrativa, de la confianza legítima de los ciudadanos en que la actuación de las Administraciones Públicas no puede ser alterada arbitrariamente», debiéndose evitar por la Administración sanitaria toda vulneración de tales principios”.

Finalmente, también resulta de aplicación lo establecido en el art. 41.1 LRJAP-PAC [actualmente, art. 20 LPACAP] que establece, dentro del marco regulador de toda actividad administrativa y, por tanto, también aplicable a los procedimientos contractuales, la responsabilidad de los titulares de las unidades administrativas en relación con la correcta tramitación de los asuntos que les corresponda, disponiéndose 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”.

Todo ello ha sido incumplido por la Administración sanitaria tal y como ha quedado patente en la totalidad de los supuestos dictaminados por este Consejo Consultivo en el pasado año, donde se ha procedido a contratar sin una correcta planificación previa que permita lograr una eficiencia y racionalidad en la utilización de los recursos públicos y con total desprecio a los principios reguladores de la contratación pública: transparencia, legalidad, seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima. Este incorrecto proceder no ha sido corregido por la Administración sanitaria en el presente año se continúa remitiendo a este Consejo solicitudes de revisión de oficio de expedientes de contratación que, en síntesis, presentan los mismos defectos que los ya dictaminados con anterioridad».

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.