



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 476/2019

(Sección 1ª)

La Laguna, a 19 de diciembre 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 adquisición de productos farmacéuticos a favor de la Dirección Gerencia del Complejo Hospitalario Universitario Insular Materno Infantil por las empresas (...) por una cuantía total de 2.405,00 euros, (...) por un total de 13.080,00 euros, (...) por valor de 3.090,00 euros y (...) por 97.871,90 euros, habiendo cedido todas estas empresas sus derechos de cobro a (...), tramitado en ejecución de Sentencia firme (EXP. 450/2019 CA)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. Se interesa por la Sra. Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias mediante escrito de 19 de noviembre de 2019, con registro de entrada de fecha 25 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: EN-CHUIMI-10/2017), por la que se pretende declarar la nulidad de los contratos administrativos de suministro y servicios realizados por las empresas (...) por una cuantía total de 2.405,00 euros, (...) por un total de 13.080,00 euros, (...) por valor de 3.090,00 euros y (...) por 97.871,90 euros, habiendo cedido todas estas empresas sus derechos de cobro a (...) con la Dirección Gerencia del Complejo Hospitalario Universitario Insular Materno Infantil (CHUIMI), tramitado en ejecución de la Sentencia 228/2019 (procedimiento ordinario 235/2018) dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 6 de Las Palmas de Gran Canaria.

* Ponente: Sr. Fajardo Spínola.

2. Este Consejo Consultivo emitió el Dictamen 325/2017, de 28 de septiembre, relativo a las contrataciones realizadas por la empresa (...), que también fueron objeto del expediente de nulidad: EN-CHUIMI-10/2017, deduciéndose del expediente que la Resolución definitiva correspondiente a esta concreta contratación no ha sido objeto de recurso-contencioso administrativo, siendo, en este momento, una resolución firme.

3. A las cuestiones jurídico-materiales objeto de este expediente les resulta de aplicación el 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), norma vigente al concertarse los contratos de referencia. La regulación del procedimiento habrá de ajustarse a lo establecido en el art. 106 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

4. En la Propuesta de Resolución sometida a dictamen, la Administración declara la nulidad de pleno derecho de los contratos de suministro y servicios puesto que se ha incurrido en la causa de nulidad establecida en el art. 47.1.e) LPACAP, precepto al que reenviaba el art. 32.a) TRLCSP entonces aplicable.

5. Consta en el expediente el escrito de (...), presentado el 26 de mayo 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) TRLCSP, el dictamen es preceptivo.

6. El órgano competente para resolver el presente procedimiento es el Director Gerente del CHUIMI, 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.

II

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

- Durante el primer semestre de 2017 se emitieron diversas facturas por parte de las referidas empresas contratistas, las cuales cedieron sus derechos de cobro a (...), correspondientes a los suministros sanitarios y servicios realizados al CHUIMI, 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 CHUIMI.

- Por los órganos competentes de la Dirección de Gestión del CHUIMI 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 número de registro 2651/2017, de 18 de mayo de 2017, deduciéndose -pues no consta acreditado- que se les otorgó el trámite de audiencia a las empresas contratistas, que informó de la cesión de sus derechos de cobro a la empresa referida, la cual remitió su escrito de oposición el día 26 de mayo 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. Asimismo, es preciso hacer constar que en el expediente se hizo referencia a la Resolución 4.195/2017, de 3 de agosto 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 235/2018 ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 6 de Las Palmas de Gran Canaria, que dictó la Sentencia 228/2019, de 17 de septiembre, 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 4911/2019, de 14 de noviembre, por la que se acordó ejecutar la referida Sentencia, conservando las

actuaciones procedimentales ya tramitadas (art. 51 LPACAP), y solicitando el preceptivo dictamen de este Consejo Consultivo.

III

1. La Dirección Gerencia del CHUIMI 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 procedimiento 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, implica 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 de las empresas contratistas, máxime, cuando las empresas cedentes suministraron y prestaron servicios 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 reciente 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 anormalidad 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.