Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 6 8 / 2 0 2 3

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 21 de septiembre de 2023.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de declaración de nulidad del contrato administrativo de suministro de productos sanitarios con el contratista (...), realizado a favor del Hospital Universitario Nuestra Señora de Candelaria, por importe de 230,61 euros (EXP. 343/2023 RO)*[*].

F U N D A M E N T O S

I

1. Mediante escrito de 14 de julio de 2023 (registro de entrada en este Consejo Consultivo de 14 de julio de 2023), el Sr. Consejero 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 (Exp. HUNSC 42/2023) de los contratos administrativos de suministro de productos sanitarios efectuados por la empresa (...), por un total de 230,61 euros, a favor de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario de Ntra. Sra. de Candelaria (HUNSC).

2. El expediente tramitado acumula diversas contrataciones que se rigen por la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), por la que se transpone al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE.

3. La Propuesta de Resolución sometida a la consideración de este Consejo Consultivo estima que las contrataciones efectuadas son nulas de pleno derecho, deduciéndose de su contenido que concurre la causa de nulidad en la que se basa la declaración que se pretende, la correspondiente al 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, conforme al art. 39.2.b) LCSP (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 relativa al cumplimiento del resto de requisitos que exige la LCSP, en relación con los contratos menores, normativa que resulta aplicable a este supuesto por haberse producido la totalidad de las contrataciones concernidas con posterioridad a su entrada en vigor.

4. En este caso, se ha otorgado el trámite de vista y audiencia a la empresa contratista, que tiene la condición de interesada en el presente procedimiento, la cual presentó escrito de alegaciones el día 23 de junio de 2023, oponiéndose a la declaración de nulidad.

5. El presente Dictamen es preceptivo con base en 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.

6. El órgano competente para resolver el presente procedimiento es la Dirección Gerencia del citado Hospital Universitario, 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 Regulador de la Actividad Económico-Financiera del Servicio Canario de la Salud.

7. El art. 41 LCSP remite la regulación del procedimiento de revisión de oficio al 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. 1.296/2023, de 21 de junio) sin dictarse resolución producirá su caducidad.

II

1. Del expediente remitido a este Consejo destacamos las siguientes actuaciones:

- Consta el Informe-Memoria del Director de Gestión del Hospital de 19 de junio de 2023, en el que se manifiesta que se llevó a cabo por las empresas referidas en el Anexo I la realización de diversos suministros de productos sanitarios, emitiéndose las correspondientes facturas enumeradas en el Anexo II del expediente, por una cuantía total de 4.198,71 euros.

- También figura en el expediente relación de contratistas y certificados de facturas (Anexos I y II), Resolución de inicio (1.296/2023, de 21 de junio), trámite de audiencia a las empresas. Asimismo, consta el preceptivo informe del Servicio Jurídico.

- Por la Administración sanitaria se constata a través de los controles automatizados de su sistema contable (TARO, actualmente SEFLOGIC, apartado 8.º «*control del contrato menor*»), que realmente de manera intermitente se le han suministrado productos sanitarios 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, como ya se ha indicado. Por el contrario, sí se adjunta al expediente la documentación relativa a la reserva de crédito para el presente procedimiento de nulidad (documento contable «*RC, retención de nulidad*»).

2. En lo que a la tramitación del procedimiento de nulidad se refiere, como ha habido ocasión de adelantar, se inició mediante la Resolución de la Dirección Gerencia del HUNSC 1.296/2023, de 21 de junio, antes referida.

Finalmente, se emitió borrador de Propuesta de Resolución, sin que conste su fecha de emisión, por la que se propone declarar la nulidad del referido contrato, proceder a su liquidación, así como el abono de la cantidad adeudada.

III

1. En el curso de la sesión celebrada por el Pleno de este Organismo el 3 de marzo de 2020, y en esa misma fecha, vino a aprobarse el DCC 80/2020 (así como los siguientes DDCC 81 y 82/2020), en relación con un supuesto similar al que ahora nos ocupa, y cuyo contenido sustantivo, dada su trascendencia, reproducimos ahora:

«FUNDAMENTOS

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 doscientos dictámenes en asuntos similares a éste)- 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. Del análisis del presente expediente vuelve a comprobarse la reiteración de este irregular proceder, al omitir en su integridad la aplicación del procedimiento de contratación pública que fija la Ley, desde la determinación del objeto y precio del futuro contrato, la licitación para seleccionar al contratista y la verificación de los requisitos de aptitud de éste para contratar, o la formalización misma del contrato.

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.

Sin embargo, el valor de la contratación por la que se tramita el presente procedimiento administrativo es el de 14.750,00 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.

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 postula la declaración de la nulidad de las contrataciones efectuadas, al constatar que

["los suministros fueron prestados sin llevar a cabo los trámites preceptivos para una correcta adjudicación y formalización del correspondiente contrato (...) "].

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. Luego, después de señalar que los suministros realizados lo fueron a la entera satisfacción de la Administración y que es imposible en el actual momento restituir aquéllos, plantea la convalidación del gasto para permitir la liquidación de la relación contractual y el ulterior pago al suministrador, mediante la declaración de nulidad del contrato.

3. Del análisis de la documentación que aporta la Administración consultante puede afirmarse, y así lo reconoce explícitamente la PR, que se ha omitido el procedimiento de contratación que la legislación exige, sin siquiera proceder a la apertura del correspondiente expediente, y que tampoco se ha formalizado el contrato. También se ha incumplido la normativa relativa a la contratación menor. Para evitar un enriquecimiento indebido del SCS y un perjuicio cierto del suministrador, y para encontrar un soporte formal suficiente para proceder al pago, se pretende reconducir la mera vía de hecho anteriormente descrita, de modo que se alcance la convalidación del gasto que jurídicamente permita el abono de las cantidades correspondientes al valor de lo suministrado.

Desde hace muchos años, el Servicio Canario de la Salud ha optado por la vía de la revisión de oficio para convalidar gastos contraídos en contrataciones irregulares, o incluso cuando no se siguió procedimiento alguno de contratación. Así lo dispuso ya la Instrucción de su Dirección número 08/2004, actualizada por las número 12/2011, de 15 de noviembre y 15/2012, de 19 de noviembre. Tales Instrucciones no vinculan a este Consejo Consultivo, que ha de ajustar el ejercicio de su función, estrictamente, a lo dispuesto por la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC), y a la legislación estatal básica de procedimiento administrativo (LPACAP) y de contratos públicos (LCSP).

Pues bien, por el ejercicio de la función que le es propia, este Consejo Consultivo ha tenido ocasión de comprobar que el modo de proceder del Servicio Canario de la Salud en todos esos casos, para proveerse de medicamentos y otros materiales sanitarios, es el de dirigirse directamente a las empresas suministradoras solicitándoles la provisión de aquéllos, alegando urgencia, sin mediar procedimiento de contratación alguno, ni el de urgencia, pero ni siquiera el de emergencia. De esta actuación administrativa, y del compromiso de la empresa suministradora de aportar el material sanitario a la espera de una contraprestación económica, surgió un auténtico vínculo contractual, si bien no formalizado conforme exige la legislación de contratos públicos;

aparece así la figura del contrato verbal, en el marco de una situación de hecho de todo punto irregular. Efectuado a satisfacción el suministro, y presentada al cobro por la empresa respectiva la correspondiente factura, se pone en marcha el procedimiento de convalidación del gasto, que incluye la revisión de oficio, para posibilitar la liquidación y pago de la prestación. La Administración sanitaria, para convalidar el gasto y dar cobertura jurídica al pago, en evitación de un enriquecimiento injusto, elige la vía de la revisión de oficio.

Otras Administraciones autonómicas y también la estatal no siempre afrontan estas situaciones de hecho con la misma técnica reparadora, acudiendo en ocasiones al reconocimiento extrajudicial de la obligación o a la estimación de una solicitud de indemnización por la vía de la responsabilidad de la Administración. En las Administraciones locales, el art. 60 del Real Decreto 500/1990, de 20 de abril, en materia de presupuestos, reconoce al Pleno de la Corporación la competencia para el reconocimiento extrajudicial de créditos.

El Consejo de Estado ha validado en ocasiones la vía de la revisión de oficio (así, el Dictamen 1724/2011, de 21 de diciembre), y en otras la de la responsabilidad patrimonial (Dictámenes 363/2000, 3617/2000, 1842/2007, 276/2008, 976/2008, 841/2010). En esta última línea, en su más reciente Dictamen 843/2017 el Consejo de Estado afirma: " (...) entiende el Consejo de Estado que, como indicara, entre otros, el dictamen n.º 1.019/95, `a nada conduce -antes bien, sería una formulación artificiosa- declarar la nulidad de una inexistente adjudicación contractual, pues, aunque pudiera hacerse tal construcción, subsistiría la obligación de la Administración de satisfacer el precio del suministro (...) (y concluye): 1º. Que no procede la revisión de oficio a que se refiere el expediente. 2º. Que, tras la tramitación del correspondiente expediente contradictorio, procede indemnizar a T., con un importe equivalente al coste de la prestación realizada, con exclusión del beneficio industrial, actualizado con el interés legal del dinero hasta la fecha en que se ponga fin al procedimiento".

Tampoco es unánime al respecto la doctrina de los Consejos Consultivos autonómicos, aceptando unos la vía de la revisión de oficio (así, el Dictamen 33/2016, de 11 de febrero, del Consejo Consultivo del Principado de Asturias; o los Dictámenes 46/2008 o 40/2011 del de La Rioja; o el Dictamen 233/2016 de Castilla-La Mancha), o considerándola otros inidónea (Dictámenes 93/2012, de 3 de octubre; 109 y 110 de 2012, 57/2014, 62 y 64/2017, 23 y 37/2018, y 87/2019 del Consejo Consultivo de las Islas Baleares); o validando fórmulas alternativas (así, Dictámenes 178/2009, de 11 de junio y 191/2015, de 18 de junio de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña).

Como acaba de señalarse, las Instrucciones internas del SCS han elegido la vía de la revisión de oficio como instrumento para convalidar el gasto. No es competente este

Consejo Consultivo para plantear a la Administración sanitaria canaria cuál ha de ser la vía o vías idóneas para responder ante estas situaciones irregulares. Solicitado dictamen, como en este caso, para que dictamine si concurre una causa de nulidad, y si procede o no declararla, a tal cometido debe limitarse su intervención.

IV

1. De entrada, ha de analizar este Consejo si concurre en este caso la causa de nulidad invocada (la del art. 47.1.e) LPACAP). En el informe-memoria, y también en la PR, la Administración solicitante del dictamen reconoce que las adquisiciones de suministros se realizaron prescindiendo de trámite procedimental alguno. Es también éste el parecer de este Consejo, por lo que puede afirmarse que concurre, en consecuencia, la indicada causa de nulidad.

2. No obstante lo anterior, el art. 110 LPACAP exige que "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". La revisión de oficio tiene carácter excepcional, de ahí la existencia de estos límites legales, lo que llama a una ponderación en cada caso de la presencia de las circunstancias a que alude el citado precepto. Por ello la Ley obliga a que, antes de proceder a la declaración de nulidad, se verifique que no concurre en el supuesto concreto ninguno de los límites a que se refiere tal artículo. Así lo exige el Tribunal Supremo, para el que "la aplicación de este precepto (el 106 de la Ley 30/1992) exige que el tribunal hubiese argumentado sobre las razones excepcionales relacionadas con la equidad, la buena fe, o derechos de los particulares" (FJ 3º de la STS 1096/2018, de 26 de junio, Sección Cuarta, RC 2011/2016).

3. En primer lugar, en este supuesto la Administración no puede prescindir de la toma en consideración de los derechos adquiridos por la contratista que le ha suministrado productos farmacéuticos a satisfacción y cuyo importe no ha sido abonado. La PR así lo reconoce, a partir de la constatación de la efectiva realización a satisfacción del suministro en su día solicitado; y para cumplimentar tal obligación de pago opta por declarar la nulidad del contrato verbal irregularmente convenido.

El art. 42.1 LCSP establece que "la declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido".

Sin embargo, la PR no reconoce el derecho del suministrador a percibir los intereses moratorios que se hubiesen generado, con desconocimiento así de la última rúbrica del antecitado precepto. El art. 1089 del Código civil dispone que "las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia"; en este caso la obligación de indemnizar se basa en el proceder ilícito de la Administración, expresamente reconocido por la Ley. El no reconocimiento de esta obligación de indemnizar provocaría un enriquecimiento injusto 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" (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.

Pero la respuesta a la eventual consecuencia de un enriquecimiento injusto no puede limitarse a la mera devolución del coste de lo suministrado, pues la aplicación del principio de plena indemnidad debe extender la reparación a cualquier daño añadido imputable a la actuación irregular de la Administración. Es por ello por lo que venimos afirmando en anteriores supuestos similares a éste, que la revisión de oficio que plantea la PR atenta contra el derecho del suministrador a la percepción, también, de los intereses moratorios generados por la irregular actuación y el consiguiente retraso en el pago por parte del SCS, lo que no le reconoce la Propuesta que se dictamina. En tal circunstancia, el ejercicio de la facultad revisora resultaría contrario a los derechos del suministrador, por lo que "no podrá ser ejercida" (110 LPACAP).

5. Ésta ha sido la doctrina consolidada de este Consejo sobre contratos de suministros sanitarios similares al que ahora se dictamina. No obstante, la continuidad de estas prácticas irregulares, su reiteración y -puede afirmarse- su habitualidad, plantean la oportunidad de complementar aquella doctrina con nuevas consideraciones.

Sin perjuicio de la conclusión alcanzada en el apartado anterior, y más allá de los efectos para el suministrador de una declaración de nulidad, a la revisión de oficio propuesta por la Administración también le resultan de aplicación, por otras razones, los límites del art. 110 LPACAP.

Como se indicó más arriba, la aplicación de tales límites ha de estar precedida por una fundamentación en dos fases. Como recuerda la STS 1096/2018, de 26 de junio (RC 2011/2016), en su FJ 5º, "la correcta aplicación del art. 106 de la LPAC, como ya dijimos en la sentencia de este Alto Tribunal núm. 1404/2016, de 14 de junio (rec. cont-advo. núm. 849/2014), y reiteramos en la de 11 de enero de 2017 (rec. cont-advo. núm. 1934/2014), exige dos requisitos acumulativos para prohibir la revisión de oficio, por un lado, la concurrencia de determinadas circunstancias (prescripción de acciones, tiempo transcurrido u `otras circunstancias´); por otro el que dichas circunstancias hagan que la revisión resulte contraria a la equidad, la buena fe, el derecho de los particulares o las leyes". En la primera fase habrá de comprobarse que en el caso concreto se haya manifestado una situación de prescripción de acciones o de significativo transcurso del tiempo, o bien que esté presente cualquier otra circunstancia de alguna manera conectada con la revisión de oficio pretendida.

6. Pues bien, entrando en la primera de estas fases de análisis, en el supuesto que se dictamina la utilización del instituto de la revisión de oficio se ve rodeada de una serie de singulares circunstancias que la deforman sobremanera, desbordando el marco de su propia definición conceptual o alterando su finalidad legalmente fijada.

La revisión de oficio constituye un instrumento excepcional para que la propia Administración autora de un acto o disposición pueda en todo momento privarlos de validez y efectos cuando los considere afectados por una causa de nulidad de pleno derecho. Tiene, pues, la revisión de oficio una función depuradora, para excluir del mundo del derecho los actos viciados de nulidad; cuando tal objetivo de limpieza jurídica concluye, al declararse la nulidad, el procedimiento instruido al efecto concluye.

No resulta difícil comprobar que ésta no ha sido la utilización de la revisión de oficio en el supuesto objeto de dictamen. Cuando por razones de una alegada urgencia se decide contratar sin seguir en absoluto el procedimiento legalmente establecido ya se cuenta con la expectativa de luego revisar de oficio, para así poder convalidar y pagar. Desaparece el carácter reactivo e inicialmente imprevisto de la revisión de oficio, para integrarse como tramite intermedio en un procedimiento irregular de contratación. Aquí la revisión de oficio se incardina en un procedimiento de convalidación de gasto, para dar salida legal al pago debido al suministrador; se convierte así en un trámite más al servicio de tal procedimiento. No se revisa de oficio, propiamente, para eliminar del sistema jurídico unos actos viciados, sino para convalidar un contrato verbal, dotándolo de efectos amparados en la ley; y este objetivo se alcanza por el juego del artículo 42.1 LCSP, que sirve de broche de cierre de la operación de convalidación del gasto. Ese es el propósito claramente manifestado por la PR, en la línea ordenada por las Instrucciones del SCS que vienen aplicándose al menos desde 2004. El instituto de la revisión de oficio

queda así desdibujado en su concepto y en su finalidad propios, tal como se regula en los artículos 106 y siguientes LPACAP; es por ello que puede afirmarse que la descrita utilización podría constituir un supuesto de fraude de ley.

A todo lo anterior se une el carácter reiterativo y puede afirmarse que habitual de esta práctica. A través de los numerosos expedientes sometidos a su consulta en los últimos seis años este Consejo tiene constancia de esta "dinámica contractual irregular" (en expresión del Dictamen 843/2017 del Consejo de Estado), que invariablemente se repite a pesar de las advertencias de nuestros Dictámenes. Pues bien, este carácter reiterativo también choca con el imperativo de excepcionalidad propio del instituto revisor, y también así se utiliza inadecuadamente la revisión de oficio.

En definitiva, en esta primera fase de análisis para ponderar la aplicación de los límites del art. 110 LPACAP puede concluirse que concurren esas "circunstancias singulares" a las que apela la Ley como presupuesto para la aplicación de los límites establecidos a la revisión de oficio, lo que llama a averiguar, ya en una segunda fase, si su ejercicio resulta contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes.

Pues bien, sin entrar a valorar si la declaración de nulidad que se pretende vulnera la justicia del caso concreto en la aplicación de las reglas jurídicas en que la equidad consiste, sí puede afirmarse que resulta contraria al derecho de los particulares y a las leyes.

7. El ejercicio por la Administración de las facultades de revisión, al estar precedido por la descrita circunstancia de desviación de su finalidad legal y por su constante reiteración, resulta contrario a los "derechos de los particulares". Y no sólo, como más arriba se expuso, del suministrador, sino también de los derechos de los potenciales contratistas, que no pudieron acceder al procedimiento de contratación porque no fueron llamados al mismo. Aceptar la revisión de oficio en estas condiciones, con el correlato de la ulterior convalidación de la irregular contratación, mediando además una habitualidad y reiteración que ya ha sido destacada y que resulta a la postre decisiva para alcanzar la conclusión que ahora se expone, supone al final validar globalmente un sistema de contratación desconocedor del principio de libre competencia, con grave lesión de los intereses de unos terceros a quienes se privó de su derecho a participar en la licitación de una contratación pública. Incluso, de forma refleja tampoco puede negarse que se comprometen los propios derechos de los ciudadanos si de forma tan recurrente no se vela adecuadamente por la observancia de los principios nucleares sobre los que gravita el sistema de contratación pública.

8. Por lo demás, es del parecer de este Consejo que el ejercicio de las facultades revisoras resultaría contrario a las leyes (art. 110 LPACAP), por lo que también por esta razón en este caso no procede la revisión de oficio. De entrada, procede aclarar que

normalmente la revisión de oficio constituye la respuesta idónea ante la nulidad de un contrato, cuando hubieren transcurrido los plazos para interponer los recursos ordinarios. No obstante, en supuestos concretos, como el que es objeto de este Dictamen, el ejercicio por la Administración de las facultades de revisión resulta contrario a las leyes porque el procedimiento de revisión de oficio incurre en el fraude de ley del art. 6.4 del Código Civil, pues con la declaración de nulidad pretendida se trata de eludir la aplicación de la legislación de contratación pública y de otras leyes, como veremos seguidamente. O lo que es lo mismo, perjudica o impide absolutamente la protección de bienes jurídicos legalmente amparados, desconociendo o chocando con principios jurídicos reconocidos o creados por una ley. En cada supuesto habrá que ponderar si ha de prevalecer el efecto depurador de la revisión de oficio o la consecución de los fines que aquellas leyes persiguen. Como enseguida se argumentará, en el caso dictaminado la declaración de la nulidad instada resulta contraria a varias leyes.

En primer lugar, es palmaria su contradicción con la legislación de contratación pública, y concretamente con la tan citada LCSP. La irregular práctica seguida ha impedido fijar el objeto del contrato y su precio conforme regulan los arts. 99 a 105 LCSP, que aseguran el interés público del contrato mismo; pero es que, además, se omitió la formación de un expediente de contratación (arts. 115 y siguientes LCSP) y la formalización del contrato (art. 37 LCSP). También se desatendieron los artículos que regulan una selección del contratista conforme al principio de libre concurrencia (art. 132.2 LCSP: "La contratación no será concebida con la intención de eludir los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que corresponda"), pero también aquellos que tratan de verificar la capacidad y solvencia de los licitadores (arts. 65 a 98 LCSP), condición relacionada con el éxito o fracaso del contrato. Con el buen resultado de la contratación pública también tienen que ver las prescripciones de los arts. 106 a 114 LCSP, relativas a las garantías. Por lo demás, debe destacarse particularmente la decisión del órgano de contratación que "ante la necesidad inmediata y urgente de obtener los suministros" (informe-memoria que figura en el presente expediente), no acude a la contratación de urgencia (art. 119 LCSP), pero ni siquiera a la de emergencia (art. 120 LCSP), sino que sigue como práctica habitual la de omitir todo procedimiento de planificación previa de la contratación (art. 28.4 LCSP). En fin, una práctica irregular como la seguida, que utiliza la revisión de oficio como trámite intermedio para convalidar la irregularidad, resulta contraria a la tan citada LCSP.

Finalmente, particular referencia habrá que hacer a la legislación estatal en materia de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (Ley 19/2013, de 9 de diciembre, especialmente arts. 8 y 12), así como a la canaria (Ley 12/2014, de

26 de diciembre, particularmente su art. 28). También por resultar la revisión de oficio que se dictamina contraria a estas Leyes procede aplicar los límites del art. 110 LPACAP.

Por todos estos motivos, en el procedimiento a que se refiere la PR resultan de aplicación los límites del art. 110 LPACAP, por lo que las facultades de revisión no podrán ser ejercidas.

9. Ya por último, debe 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.

El Servicio Canario de la Salud, 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.

Pues bien, sobre la base de estas premisas, hemos de concluir que no procede acordar la nulidad de las contrataciones efectuadas por la empresa mencionada, tal como hemos señalado con reiteración, 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".

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 anormalidad en la tramitación de procedimientos".

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

2. Dada la similitud de supuestos, en aras de la coherencia y unidad de doctrina, procede ahora pronunciarse en el mismo sentido en aplicación de la doctrina establecida por el Pleno de este Organismo.

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, por lo que dado el carácter vinculante de este Dictamen no podrá declararse la misma.