



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 3 1 / 2 0 1 6

(Pleno)

La Laguna, a 15 de julio de 2016.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con la *consulta facultativa sobre si las derivaciones de pacientes que se produzcan una vez agotado el crédito dispuesto en el contrato de forma definitiva o temporal (hasta la incorporación de suficiencia económica mediante modificación o entrada en el ejercicio económico siguiente), se deben calificar como supuestos extracontractuales ajenos al contrato administrativo tramitado o si, por el contrario, forman parte del mismo contrato como modificación o como un fraccionamiento indebido y procede, en cualquiera de esos casos, la concurrencia de la nulidad de pleno derecho en la totalidad del contrato administrativo tramitado (EXP. 212/2016 CG)*.*

F U N D A M E N T O S

I

Se interesa por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno dictamen facultativo sobre determinadas cuestiones relativas a contratos administrativos que tienen por objeto la derivación de pacientes tramitados por la Consejería de Sanidad.

La solicitud de dictamen se ampara en lo previsto en el art. 14 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, que prevé la emisión, a solicitud del Presidente del Parlamento o del Gobierno, de dictámenes de carácter facultativo en asuntos de especial relevancia. El precepto exige no obstante que el objeto de la consulta se exprese con claridad y precisión, delimitando el alcance e incidencia de la materia o disposiciones afectadas y el ámbito concreto del pronunciamiento del Consejo.

* Ponente: Sr. Fajardo Spínola.

Se ha dado cumplimiento por la Presidencia del Gobierno a las exigencias legales que acaban de señalarse.

Así, por lo que se refiere a la especial relevancia del asunto, el texto que acompaña a la consulta evidencia la discrepancia interpretativa existente entre la Intervención General y la Consejería de Sanidad sobre la posible nulidad de los contratos administrativos que tienen por objeto la derivación de pacientes a centros concertados, con las subsiguientes consecuencias para la prestación de la asistencia sanitaria a que está obligado el Servicio Canario de la Salud.

Los términos de la consulta se han expresado además con claridad y precisión, en los términos que más adelante se indicarán. Por otra parte, la solicitud se ha cursado por el procedimiento ordinario.

Antes de entrar a analizar el planteamiento de la consulta y su posible resolución en Derecho, debemos efectuar una consideración previa de carácter sustancial.

Este Dictamen da respuesta a la consulta que ha sido interesada facultativamente por el Presidente del Gobierno sobre una cuestión que, aunque con proyección en determinados contratos, se ha planteado con carácter general. La documentación obrante en el expediente que acompañaba a la consulta plantea incidentalmente cuestiones sustantivas relativas a los contratos de los que aquella trae causa, cual pudiera ser la eventual nulidad de determinados actos administrativos o incluso del contrato afectado. Con el mismo carácter incidental, este Consejo, al tiempo que da respuesta a la consulta planteada, opina sobre tales aspectos sustanciales en la medida que son consecuencia del planteamiento de la propia consulta, pero sin que en ningún momento tal opinión, que, se insiste, da respuesta a una consulta planteada en términos generales, condicione o prejuzgue la posible opinión del Consejo si en el futuro se suscita la nulidad de algún contrato específico, que ahora se conoce de forma genérica en trámite de consulta gubernativa.

II

1. El escrito del Sr. Consejero de Sanidad que acompaña a la solicitud de dictamen, a los efectos de concretar el objeto de la consulta, pone de manifiesto la obligación de prestar asistencia sanitaria a sus usuarios dentro de un tiempo máximo que han de asumir los servicios sanitarios públicos, de conformidad con la normativa básica de aplicación.

Señala en este sentido que:

«la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, en su artículo 4, que son derechos de los ciudadanos en el conjunto del Sistema Nacional de Salud recibir asistencia sanitaria en su comunidad autónoma de residencia en un tiempo máximo en los términos recogidos en el artículo 25, así como a recibir, por parte del servicio de salud de la comunidad autónoma en la que se encuentre desplazado, la asistencia sanitaria del catálogo de prestaciones del Sistema Nacional de Salud que pudiera requerir, en las mismas condiciones e idénticas garantías que los ciudadanos residentes en esa comunidad autónoma.

Igualmente, en su artículo 23, al regular la garantía de accesibilidad, señalaba que todos los usuarios del Sistema Nacional de Salud tendrán acceso a las prestaciones sanitarias en condiciones de igualdad efectiva.

Por su parte, el citado artículo 25 establecía las garantías de tiempo, disponiendo que en el seno del Consejo Interterritorial se acordarán los criterios marco para garantizar un tiempo máximo de acceso a las prestaciones del Sistema Nacional de Salud, que se aprobarán mediante real decreto. Las comunidades autónomas definirán los tiempos máximos de acceso a su cartera de servicios dentro de dicho marco. Finalmente, en su artículo 71, que define las funciones del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, indicaba que éste conocerá, debatirá y, en su caso, emitirá recomendaciones sobre los criterios marco que permitan garantizar un tiempo máximo de acceso a las prestaciones del Sistema Nacional de Salud.

El contenido de las prestaciones sanitarias a las que se refiere el párrafo anterior viene regulado por el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, en cuyo artículo 2.3 se dispuso que el procedimiento para el acceso a los servicios que hacen efectivas las prestaciones será determinado por las administraciones sanitarias en el ámbito de sus respectivas competencias.

A su vez, en el Real Decreto 1039/2011, de 15 de julio, por el que se establecen los criterios marco para garantizar un tiempo máximo de acceso a las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud, dictado en desarrollo de las previsiones de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, y de carácter básico, se definen los criterios marco para garantizar un tiempo máximo de acceso a las prestaciones del Sistema Nacional de Salud. En su Anexo establece también un tiempo máximo para determinadas intervenciones quirúrgicas mínimas para todo el territorio nacional.

En el ámbito de esta Comunidad Autónoma, la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias, establecía, en las letras e) y f) de su artículo 4, que el Sistema Canario de la Salud se rige por los principios de igualdad en el acceso a los servicios y las prestaciones, y de mejora continua de la calidad de la atención y la asistencia prestada

por los servicios. Asimismo, en el apartado primero, letras h) y j) del artículo 6 del mismo texto normativo, se establecían como derechos de los ciudadanos el derecho a las prestaciones y servicios de salud individual y colectiva del Sistema Canario de la Salud adecuados a las necesidades individuales y colectivas, acorde con los recursos disponibles, y a la igualdad en el acceso y uso de los servicios sanitarios.

En este contexto normativo, el 15 de mayo de 2003, la extinta Consejería de Sanidad y Consumo dictó una Orden por la que se establecieron los plazos máximos de respuesta a determinados procedimientos quirúrgicos a cargo del Servicio Canario de la Salud y al mismo tiempo determinó unas garantías de cumplimiento de dichos plazos, así como la pretensión de que las mismas se extendieran al resto de procesos quirúrgicos y a las pruebas complementarias de diagnóstico y consultas de especialidades de la red sanitaria pública. Dichos procesos quirúrgicos y sus plazos máximos de espera se encuentran detallados en su Anexo.

De igual forma, en el ámbito de nuestra Comunidad Autónoma se han adoptado medidas para la gestión, seguimiento y reducción de las listas de espera. Estas medidas pretenden, como objetivo fundamental, tal y como contempla el Decreto 116/2006, de 1 de agosto, por el que se reguló el sistema de organización, gestión e información de las listas de espera en el ámbito sanitario, llevar a cabo una serie de actuaciones específicas para la adecuación inmediata de la oferta asistencial a las demandas y necesidades de los pacientes, así como establecer las condiciones necesarias para hacer factible, a medio plazo, la aplicación en Canarias del derecho a la garantía de respuesta asistencial, participando en ellas los distintos centros y establecimientos hospitalarios integrados y adscritos funcionalmente al Servicio Canario de la Salud y que constituyen la Red Hospitalaria de Utilización Pública, junto con los centros concertados

De este modo, se estableció como obligación legal que transcurrido el tiempo máximo de programación sin que el centro o servicio sanitario hubiera fijado la fecha de la cita correspondiente, se podrá derivar al paciente a otro centro o servicio de la Red Hospitalaria de Utilización Pública del Servicio Canario de la Salud o, en su caso, a un centro o servicio concertado».

En este contexto, indica el referido escrito, desde la Consejería de Sanidad se lleva a cabo la actividad de la concertación sanitaria para dar cumplimiento a los plazos máximos legales establecidos para determinados supuestos de atención sanitaria.

2. En lo que a estos aspectos contractuales se refiere y en lo que se centra la consulta, del señalado escrito pueden diferenciarse dos situaciones diferentes, que pasamos a destacar.

2.1. Se parte en primer lugar de supuestos en los que se ha consignado la correspondiente partida presupuestaria y se ha tramitado asimismo el procedimiento de contratación conforme dispone la normativa de contratación del sector público.

En este caso, según se indica, «la referida concertación cuenta con los créditos que presupuestariamente se asignan cada año en las correspondientes partidas presupuestarias establecidas a tal efecto. Por ello, desde los Centros Directivos de la Consejería de Sanidad que tienen asignadas las funciones de concertación, se realizan los correspondientes expedientes de contratación administrativa y de prórroga de los mismos, asignándoles en cada caso la cantidad total estimada para el correspondiente periodo de vigencia contractual, de conformidad con la normativa de contratación administrativa dispuesta en cada momento, y que, respecto del asunto objeto de la presente solicitud, coincide con la regulación del vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP).

De este modo, conforme a lo dispuesto en su artículo 22, en cada expediente se determina, desde el inicio de su tramitación, 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, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación.

Igualmente, en los supuestos de prórroga o modificación, se determinan, con carácter previo a su aprobación, los créditos existentes para el nuevo periodo de vigencia, manteniendo el resto de las cláusulas. Todo ello bajo la fiscalización previa o permanente, según los casos, de los distintos órganos de la Intervención.

En dichos contratos, y siguiendo la regulación del artículo 26 TRLCSP, se define su objeto, es decir, la concreta actividad a concertar, la duración del contrato y la de sus posibles prórrogas, y, además del presupuesto máximo de adjudicación para ese período temporal, se concreta, respecto a los precios que el contratista recibirá por la prestación, que dicho precio se establece por "PROCESO", con las excepciones e inclusiones previstas en la propia cláusula, teniendo en cuenta los precios máximos unitarios establecidos normalmente en el Anexo del Contrato, así como la partida presupuestaria con cargo a la que se abonará el precio en cada caso.

Ello permite a las entidades licitadoras estimar una cuantificación de las actuaciones a recibir y asegurar a la Administración contratante su disponibilidad para la recepción de los pacientes.

Una vez agotado el crédito asignado inicialmente, se procede a su modificación en el mismo ejercicio económico en los casos en los que aún se cuente con crédito disponible en las partidas vinculadas, según el estado de ejecución del momento y de la previsión de gastos hasta el final del mismo ejercicio, con la finalidad de permitir, bajo el amparo de las cláusulas del propio contrato suscrito, ampliar la atención sanitaria concertada a la mayor demanda producida.

Para llevar a cabo dicha modificación es requisito imperativo contar con la conformidad del adjudicatario, en tanto que una vez suscrita tendría la obligación de recibir a los nuevos pacientes derivados».

2.2. La segunda situación que plantea el escrito del Sr. Consejero de Sanidad, surge como consecuencia de inexistencia de crédito que permita operar la modificación del contrato.

En estos casos, se plantea la cuestión en los siguientes términos:

«En el caso de inexistencia de crédito que permita la referida modificación, y teniendo en cuenta el contenido del artículo 26.2 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que dispone que el documento contractual no podrá incluir estipulaciones que establezcan derechos y obligaciones para las partes distintos de los previstos en los pliegos, concretados, en su caso, en la forma que le resulte de la proposición del adjudicatario, o de los precisados en el acto de adjudicación del contrato de acuerdo con lo actuado en el procedimiento, se ha de entender que, tanto si el contrato finaliza en ese ejercicio como si tiene continuidad temporal para el ejercicio siguiente, las nuevas asignaciones de derivaciones de pacientes no se ejecutan contra el propio contrato, sino que se trata de supuestos extracontractuales ajenos al mismo.

Y deben ser consideradas así, en tanto que el adjudicatario no tiene obligación alguna de recibir esas derivaciones, pudiendo negarse a ello; ni de recibir a cambio el precio del contrato, pudiendo señalar un precio distinto (normalmente superior en virtud de las reglas básicas del mercado de la oferta y la demanda, especialmente si la petición se realiza con carácter de urgencia).

Respecto a este concreto supuesto de derivaciones extracontractuales, procede analizar el contenido del artículo 32 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que contempla como causas de nulidad de derecho administrativo las siguientes:

(...)

c. La carencia o insuficiencia de crédito, de conformidad con lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o en las normas presupuestarias de las restantes Administraciones Públicas sujetas a esta Ley, salvo los supuestos de emergencia.

Teniendo en cuenta que la obligación de realizar las referidas derivaciones sin esperar a que el contrato vuelva a contar con crédito suficiente viene impuesta por la legislación sanitaria señalada en el apartado 1 del presente escrito, siendo ello así porque se trata de supuestos en los que se considera que la atención sanitaria no puede demorarse más allá del plazo máximo dispuesto por las consecuencias negativas que tendría para la salud del paciente, daría lugar a que esa actuación se califique como el supuesto de causa de nulidad descrito en la letra c) del citado artículo 32 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, y más concretamente en la salvedad referida a que se trata de supuestos de emergencia.

Independientemente de que se comparta o no la existencia de la emergencia, considerar nulas todas las actuaciones realizadas al amparo del contrato legalmente constituido por estas derivaciones adicionales daría lugar a los efectos señalados en el artículo 35 del mismo texto legal, es decir, que la declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevaría en todo caso consigo la del mismo contrato, que entraría 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 devolvería su valor. La parte que resultase culpable debería indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido.

Por ello, no se comparte la argumentación realizada por la Intervención General en varios informes de fiscalización (Informes de fiscalización de 9 y 18 de marzo de 2016, entre otros), ni en el de 19 de abril de 2016 solicitado por la Secretaría General Técnica de la Consejería de Sanidad a este respecto, en los que señala que las facturas correspondientes a las derivaciones extracontractuales deben ser incorporadas al contrato y declararlo nulo en su totalidad, ya que, al margen, se insiste, de la consideración de los supuestos de emergencia, el artículo 35.2 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, establece que la nulidad de los actos que no sean preparatorios sólo afectará a éstos y sus consecuencias.

Se considera también necesario aclarar que, evidentemente; tampoco se trata de un supuesto de fraccionamiento del contrato, en tanto que el objeto de las derivaciones contractuales no coincide con el de las extracontractuales, principalmente, como ya se ha dicho: porque el contratista no tendría obligación alguna de recibirlas, pudiendo optar sólo por las que tenga capacidad de atención, y porque tampoco existe obligación de respetar el precio estipulado en el contrato, independientemente de que puedan coincidir finalmente.

Y la falta de fraccionamiento también se evidencia en que en las actuaciones realizadas no se elude ni las publicaciones, ni el trámite de autorización previa por el Gobierno (...) se

trata simplemente de que la demanda supera el crédito existente y no puede obviarse la obligación legal de realizar la atención sanitaria sin demora.

Finalmente, tampoco se estima ajustado a derecho que se califiquen de supuestos de modificación del contrato para lo que estiman necesario el trámite del informe preceptivo del Consejo Consultivo, por los mismos argumentos de falta de identidad del objeto contractual, independientemente de que en algunos supuestos coincidan. Por ello, las referencias puntuales a pronunciamiento del Consejo Consultivo en los Informes de la Intervención General no serían de aplicación al supuesto de hecho de actuación extracontractual que se expone, en tanto que en ellas se establece el carácter preceptivo de los dictámenes en los casos de existencia de modificaciones contractuales».

3. Explicitados los antecedentes que han motivado la solicitud de dictamen a este Consejo en los términos señalados, la consulta ha sido planteada en los siguientes términos:

«(...) si las derivaciones de pacientes que se produzcan una vez agotado el crédito dispuesto en el contrato de forma definitiva o temporal (hasta la incorporación de suficiencia económica mediante modificación o entrada en el ejercicio económico siguiente), se deben calificar como supuestos extracontractuales ajenos al contrato administrativo tramitado o si, por el contrario, forman parte del mismo contrato como modificación o como un fraccionamiento indebido y procede, en cualquiera de esos casos, la concurrencia de la nulidad de pleno derecho en la totalidad del contrato administrativo tramitado».

III

1. La consulta se centra pues en determinar si son susceptibles de declaración de nulidad de pleno derecho los contratos administrativos suscritos debido a la ausencia de consignación presupuestaria en relación con determinados supuestos de ampliación de las prestaciones.

El escrito que acompaña a la solicitud de dictamen diferencia aquellas situaciones que se producen dentro de la legalidad contractual, en las que se han consignado previamente los créditos necesarios y se ha tramitado el correspondiente procedimiento administrativo de contratación, así como los supuestos de prórroga, que según se indica, se han llevado a cabo dentro de las normas establecidas. Ninguna cuestión plantea pues la consulta sobre estos supuestos, relativos a los contratos inicialmente suscritos y sus prórrogas.

El problema surge entonces en aquellos casos en los que, vigentes los contratos, se ha agotado el crédito consignado pero las prestaciones continúan realizándose por la entidad contratista.

A su vez en estos casos se parte de dos situaciones posibles.

La primera es que, agotado este crédito, se procede a su modificación en el mismo ejercicio económico en los casos en los que aún se cuenta con crédito disponible en las partidas vinculadas, con la finalidad de permitir, bajo el amparo de las cláusulas del propio contrato, ampliar la atención sanitaria concertada a la mayor demanda producida.

En estos casos, la Administración, según se deduce del escrito que acompaña a la solicitud de dictamen, tramita el correspondiente procedimiento de modificación contractual. En este escrito sin embargo no se contiene mención alguna a la tramitación de los correspondientes procedimientos de modificación que se hubiesen llevado a efecto ni, en su caso, a la no preceptividad del dictamen de este Consejo.

La segunda situación parte precisamente del hecho de que no existe crédito que permita la modificación, a pesar de lo cual las derivaciones siguen produciéndose.

En estos casos, ante la inexistencia de crédito, según resulta del señalado escrito, la Intervención General entiende que las facturas correspondientes a las derivaciones afectadas deben ser incorporadas al contrato y declararlo nulo en su totalidad.

Por el contrario, la tesis de la Consejería de Sanidad sostiene que las nuevas asignaciones de derivaciones de pacientes no se ejecutan contra el propio contrato, sino que se trata de supuestos extracontractuales ajenos al mismo, teniendo en cuenta que el art. 26.2 TRLCSP dispone que el documento contractual no podrá incluir estipulaciones que establezcan derechos y obligaciones para las partes distintos de los previstos en los pliegos, concretados, en su caso, en la forma que le resulte de la proposición del adjudicatario, o de los precisados en el acto de adjudicación del contrato.

A este argumento se añade, en apoyo del carácter extracontractual de estas derivaciones, que el contratista no tendría obligación alguna de recibirlas, pudiendo optar sólo por las que tenga capacidad de atención, y, por otra, porque tampoco existe obligación de respetar el precio estipulado en el contrato, independientemente de que pueda coincidir finalmente.

2. Centrada pues la consulta en estos términos, la cuestión se dirige a determinar, por una parte, su carácter extracontractual o no y, por otra, la posible nulidad del contrato inicialmente suscrito.

Pues bien, no se comparte la tesis de que tales prestaciones revistan el carácter de no contractuales, pues, tal como resulta de los términos de la consulta, se trata de adaptar el contrato a la mayor demanda de derivación de pacientes producida. Constituyen por tanto supuestos de modificación del contrato para los que se ha incumplido la obligación de la previa consignación presupuestaria y de la tramitación del correspondiente procedimiento, pero aun así encuadrables dentro de la relación contractual que sostiene la Administración con la entidad concertada. De hecho, la conducta de la propia Administración sanitaria así lo demuestra, pues no duda en calificarlo como un supuesto de modificación contractual en los casos en que cuenta con consignación presupuestaria, variando en cambio su naturaleza al carecer de ella y aun a pesar de reconocer que es precisa la aceptación del contratista. A ello se une además que, si bien se califica de supuestos extracontractuales, sin embargo se parte de la aplicación a los mismos de las causas de nulidad de los contratos administrativos y, por ende, de la legislación de contratos.

Partiendo de esta consideración, procede entonces analizar si esta modificación operada en estos términos se encuentra incurso en causa de nulidad y si, en caso afirmativo, supone asimismo declarar la nulidad del contrato inicialmente suscrito, como al parecer sostiene la Intervención.

La posibilidad de modificar los contratos administrativos se contempla en los arts. 105 a 108 TRLCSP.

Como regla general, el art. 105.1 dispone que los contratos del sector público solo podrán modificarse cuando así se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación o en los casos y con los límites previstos en el art. 107. A su vez, este art. 107 TRLCSP, para los casos en que las modificaciones no estén previstas en los pliegos o en el anuncio de licitación, únicamente permite que se lleven a cabo cuando concurra alguna de las circunstancias que el propio precepto contempla.

En la consulta efectuada no se contiene información alguna acerca de la inclusión o no de la posibilidad de modificación en los contratos suscritos o, en su caso, de la concurrencia de alguna de las causas previstas en el art. 107 TRLCSP.

No obstante, con independencia de ello, el art. 32.c) TRLCSP establece como causa de nulidad de los contratos administrativos la carencia o insuficiencia de crédito, de conformidad con lo establecido en el art. 47.3 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o en las normas presupuestarias de las restantes Administraciones Públicas sujetas a esta Ley (art. 48 de la Ley 11/2006, de 11 de diciembre, de la Hacienda Pública Canaria), salvo los supuestos de emergencia.

Norma que es igualmente extensible a las modificaciones contractuales que se operen.

Así pues, dado que en el presente caso se ha producido una modificación del contrato sin la previa consignación presupuestaria, incurre esta modificación en la causa de nulidad prevista en el art. 32.c) TRLCSP.

La consulta plantea la posibilidad de que pueda operar la excepción prevista en el propio art. 32.c) TRLCSP en cuanto a la innecesidad de la cobertura presupuestaria en los supuestos de emergencia, considerando que la asistencia sanitaria no puede demorarse más allá del plazo máximo dispuesto en la normativa de aplicación por las consecuencias negativas que tendría para la salud de paciente.

La *emergencia* a la que se refiere el precepto se encuentra definida en el art. 113.1 TRLCSP, que hace referencia a aquellos supuestos en los que la Administración ha de actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional. A este respecto, ha señalado el Tribunal Supremo que no basta la existencia de un acontecimiento de excepcional naturaleza del que dimana la situación que las medidas en cuestión afrontan, sino que lo que ampara la normativa de emergencia es «una situación urgente objetivamente evaluable y no apreciada de modo subjetivo por el órgano de contratación, de modo que responda la urgencia a razones de interés público que se acrediten de modo razonable y con criterios de lógica o que se demuestra la necesidad inaplazable de tramitar el procedimiento con la urgencia que requiera, para que de ese modo no se altere de modo injustificado el procedimiento ordinario de contratación que la Ley prevé como garantía del interés público» (STS de 27 de febrero de 2008, RJ 2008/1960, y STJ de Cantabria, de 12 de noviembre de 2013, JUR/2014/16097)). Este concepto no se ajusta con las necesidades de derivación de pacientes por su carácter previsible y no puede por consiguiente el referido artículo ofrecerle la necesaria cobertura a los efectos de prescindir del procedimiento contractual y de la necesaria cobertura presupuestaria.

La posible nulidad de las modificaciones contractuales operadas no acarrea sin embargo la del contrato inicialmente suscrito, que solo podría declararse nulo en caso de concurrir alguna de las causas previstas en el art. 32 TRLCSP en el momento de su preparación y adjudicación. La causa esgrimida aquí, la ausencia de consignación presupuestaria, de acuerdo con los términos de la consulta, no se aprecia en los contratos iniciales, dado que expresamente se indica que se han

llevado a cabo previa la determinación de los créditos necesarios. Por ello, cuando se produjeron estas adjudicaciones concurrían todos los presupuestos jurídicos y fácticos necesarios para formar la voluntad administrativa, entre ellos la fiscalización y aprobación del gasto, por lo que no concurre un vicio originario que sancione con la nulidad los contratos suscritos. En este sentido, se ha pronunciado el Consejo de Estado en sus Dictámenes 1.722/2004, de 22 de julio de 2004 y 2148/2010, de 28 de octubre.

La nulidad por consiguiente solo sería predicable de las modificaciones posteriores operadas sin consignación presupuestaria. Como señala la STS de 22 junio 2005, es esencial en la contratación administrativa el aseguramiento de la necesaria cobertura presupuestaria para atender a la obligación que va a contraerse, incurriendo en caso contrario en causa de nulidad.

En cuanto a las consecuencias de la eventual nulidad, no se comparte sin embargo el criterio sustentado por la Intervención, que estima que esta declaración alcanzaría al propio contrato inicialmente suscrito, dado que este no se estimaría nulo como consecuencia de actuaciones posteriores al mismo. El art. 35.2 TRLCSP (art. 65.2 TRLCAP) dispone, después de señalar en el número anterior que la nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación provocará la del contrato mismo, que tal efecto no se derivará de los demás actos administrativos relacionados con este, como es el de modificación. Por ello, la declaración de nulidad afectaría únicamente a la modificación que suponen las derivaciones de pacientes efectuadas sin la oportuna consignación presupuestaria y, habría que añadir, sin el oportuno procedimiento.

3. Por último, plantea y niega la consulta la posibilidad de que se trate de un supuesto de fraccionamiento de los contratos, si bien fundamentado en las razones ya apuntadas de que el objeto de las derivaciones contractuales no coincide con el de las extracontractuales, ya que el contratista no tendría obligación alguna de recibirlas y tampoco existiría obligación de respetar el precio estipulado en el contrato, con independencia de que pueda coincidir finalmente. Avala asimismo este criterio el hecho de que en las actuaciones realizadas no se elude ni las publicaciones, ni el trámite de autorización previa por el Gobierno.

En relación con el fraccionamiento, el art. 86.2 TRLCSP dispone que no podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía el mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que corresponda.

El escrito que acompaña a la solicitud de dictamen no contiene elementos de juicio suficientes para dar respuesta adecuada a esta consulta, dado que no se aporta el presupuesto de los contratos iniciales, ni las modificaciones posteriores y de los procedimientos administrativos tramitados para su adjudicación.

No obstante, sí procede reiterar que no se considera que se trate de derivaciones extracontractuales cuyo objeto no sea coincidente con las estipuladas en el contrato, pues en ambos casos se trata de prestar atención sanitaria a los pacientes dentro de los plazos máximos estipulados, por lo que no puede servir de fundamentación para negar un supuesto fraccionamiento. A pesar de ello, dado los términos de la consulta, no parece que se haya perseguido una vulneración de los requisitos de publicidad y licitación de la contratación pública, pues no se ha planteado la celebración de sucesivos contratos independientes por importe inferior al fijado en la normativa de contratación a los fines de eludir los mentados principios.

4. En conclusión, las derivaciones de pacientes que se produzcan una vez agotado el crédito dispuesto en el contrato no tienen la consideración de supuestos extracontractuales ajenos al contrato administrativo tramitado. Constituyen por el contrario modificaciones contractuales sin la previa y preceptiva consignación presupuestaria, por lo que se consideran susceptibles de ser calificadas de nulas de pleno derecho por aplicación del art. 32.c) TRLCSP.

Los efectos de una declaración de nulidad, sin embargo, no se proyectarían sobre el contrato inicialmente suscrito sino sobre la modificación operada y sus consecuencias.