Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 7 4 5 / 2 0 2 4

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 19 de diciembre de 2024.

Dictamen solicitado por la Excma. Sra. Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento administrativo de revisión de oficio para la declaración de nulidad de la contratación del servicio público de asistencia sanitaria, adjudicado a la entidad mercantil (...), durante el mes de junio 2024, por un importe total de 33.715,11 euros (EXP. 717/2024 RO)*[*].

F U N D A M E N T O S

I

1. El presente Dictamen tiene por objeto examinar la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución emitida en el procedimiento de revisión de oficio para la declaración de nulidad, según alega la Administración sanitaria, de diversos contratos de servicio público de asistencia sanitaria, adjudicados a la entidad mercantil (...) (CIF. (...)), durante el mes de junio 2024, por un importe total de 33.715,11 euros (expediente de contratación 14/2024).

2. La legitimación de la Sra. Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias para solicitar el dictamen, su carácter preceptivo y la competencia de este Consejo Consultivo para emitirlos resultan de los arts. 11.1.D.b) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación con el art. 41 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2017 (en adelante, LCSP), norma básica aplicable al presente supuesto porque el contrato que se pretende declarar nulo fue iniciado con posterioridad a su entrada en vigor.

[*] **Ponente: Sra. Navarro de Paz.**

También es de aplicación, subsidiariamente, de acuerdo con lo establecido en la Disposición final cuarta, apartado 1 LCSP, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP), porque el presente procedimiento se inició con posterioridad a su entrada en vigor.

Asimismo, resulta aplicable, en lo que no se oponga a la LCSP (Disposición derogatoria LCSP), el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante, RGLCAP), también de carácter básico.

3. En este procedimiento se ha otorgado preceptivo trámite de vista y audiencia al contratista, quien mediante escrito de 11 de septiembre de 2024 mostró su conformidad.

No obstante, este Consejo Consultivo en su Dictamen 72/2023, de 1 de marzo, seguido, entre otros, por los Dictámenes 170/2023, de 20 de abril, 318/2023, de 20 de julio, 386/2023, de 5 de octubre, 412/2023, de 19 de octubre, 452/2023, de 7 de noviembre y 533/2023, de 21 de diciembre, ha considerado que el dictamen debe ser preceptivo haya o no oposición del contratista, en los casos de ausencia de actos administrativos preparatorios o de adjudicación del contrato, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 106.1 LPACAP, por remisión del art. 41 LCSP.

4. La regulación del correspondiente procedimiento de revisión de oficio se contiene en la LPACAP, puesto que el art. 41.1 LCSP, en relación con la revisión de oficio de los actos preparatorios y de adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas viciados de nulidad, remite a la regulación que del correspondiente procedimiento de revisión de oficio se contiene en la LPACAP. Esta remisión normativa efectuada por el art. 41.1 LCSP a la legislación estatal en materia de procedimiento administrativo común, nos conduce a la aplicación de los arts. 106 a 111 LPACAP.

El art. 106.1 LPACAP contempla la revisión de oficio de los actos administrativos nulos; permitiendo a las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, previo dictamen favorable del órgano consultivo autonómico, declarar de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el art. 47.1 LPACAP.

Este artículo no contempla un procedimiento específico para la tramitación de los expedientes de declaración de nulidad, por lo que se entienden aplicables las normas recogidas en el Título IV de la LPACAP («De las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común»), con la especialidad exigida por el art. 106, que establece como preceptivo el previo dictamen favorable del órgano consultivo que corresponda.

5. En la Propuesta de Resolución se afirma, acerca de la competencia para resolver el presente procedimiento administrativo, que «*En cuanto a la competencia para incoar y resolver los expedientes de revisión de oficio, le corresponde a la titular de la Consejería de Sanidad, atribuidas por el artículo 29.1 g) de la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias*».

6. En la Propuesta de Resolución, la Administración autonómica afirma acerca de la causa de nulidad en la que se considera que incurre dicha contratación manifestando escuetamente que «*Mediante Informe-Memoria de este Centro Gestor de fecha 4 de septiembre de 2024, se justificó la necesidad del inicio del procedimiento, conforme al artículo 47.1e) de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC) ya que los servicios fueron prestados sin la cobertura del contrato encontrándose también incursa en nulidad en base al artículo 39.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP); la cuantificación económica de la prestación realizada y manifestación de su adecuación a los precios normales de mercado en el momento de su ejecución; la imposibilidad en el momento actual de restituir las prestaciones sanitarias recibidos por la Administración, así como la procedencia del abono de la prestación realizada, ya que de lo contrario se produciría un enriquecimiento injusto de la Administración*».

7. A su vez, el art. 41.1 LCSP, en relación con la revisión de oficio de los actos preparatorios y de adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas viciados de nulidad, remite a la regulación que del correspondiente procedimiento de revisión de oficio se contiene en la LPACAP, especialmente en su art. 106.5, al disponer que, cuando estos procedimientos se hubieran iniciado de oficio, como es el caso en el que se inició la tramitación mediante la Orden de la Consejera de Sanidad n.º 691/2024, de 6 de septiembre (firmada el 5 de septiembre de 2024), el transcurso del plazo de seis meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá su caducidad, plazo que se cumpliría el 5 de marzo de 2025, por lo que el procedimiento no está caducado.

II

1. En lo que se refiere a los antecedentes de hecho, constan en la Orden de la Consejera de Sanidad por la que se inicia la tramitación del presente procedimiento administrativo en los siguientes términos:

«Primero.- La Dirección del Área de Salud de Tenerife, ha canalizado y cursado durante el mes de junio la derivación solicitada por los hospitales de referencia de Tenerife integrados en la red hospitalaria pública para usuarios y pacientes del SCS, hacia centros y hospitales de carácter privado, para reducir la demora en la atención de procesos quirúrgicos de cirugía ortopédica y traumatología y que aquéllos reciban la prestación de éstos servicios sanitarios y asistenciales que no pueden asumir los hospitales públicos.

La razón que motiva tal derivación es la insuficiencia de recursos propios del SCS para asumir el volumen elevado de demanda, requiriéndose en consecuencia la participación de entidades privadas para la prestación de dichos servicios públicos a los que los usuarios tienen derecho, bien para reducir las listas de espera o bien porque se requiere de una técnica específica que no se presta en el ámbito de este Área de Salud.

Segundo. - Como consecuencia de las derivaciones de pacientes autorizadas por esta Dirección de Área, a instancias de los hospitales de referencia del Área de Salud de Tenerife y que no pudieron asumir los hospitales públicos, la entidad (...), con C.I.F.: (...), presenta facturas por la realización de servicios públicos de asistencia sanitaria por importe, períodos y conceptos que se detallan en el Anexo de esta resolución.

Tercero. - Consta en el expediente informe de la Dirección del Área de Salud de Tenerife de fecha 4 de septiembre de 2024, relativo a los servicios cuyas contrataciones son objeto del presente expediente, en el que se relaciona el objeto de los distintos servicios prestados para el Servicio Canario de la Salud por la entidad, así como la justificación o causa que los motivó».

2. Asimismo, en el Anexo de dicha Orden obra la relación de facturas emitidas en el mes de junio de 2024 por la referida empresa contratista:

(...) - CIF: (...)					
OBJETO DE LA PRESTACIÓN	PERIODO	N.º SERIE FACTURA	FECHA ENTRADA	FECHA PLAZO PAGO	IMPORTE FACTURA €
Servicio público de asistencia sanitaria	junio	EMIT-45260	30.06.2024	25.07.2024	13.205,11
Servicio público de asistencia sanitaria	junio	EMIT-45261	30.06.2024	25.07.2024	3.063,00

Servicio público de asistencia sanitaria	junio	EMIT-45262	30.06.2024	25.07.2024	17.447,00
				TOTAL	33.715,11

3. Por último, en el Informe-Memoria emitido por el Director del Área de Salud de Tenerife el día 4 de septiembre de 2024, incorporado al expediente, se señala que:

«La Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias (en adelante, LOSC), encomienda al Servicio Canario de la Salud la prestación de asistencia sanitaria, facultándole a tal fin en su artículo 51.2 b), para establecer los acuerdos, convenios y conciertos que se consideren necesarios. En el ámbito de la asistencia hospitalaria, la LOSC, configura la red hospitalaria de utilización pública como un instrumento que permite la coordinación y complementariedad de los servicios (artículos 93 a 98). En dicha red podrán incluirse hospitales privados, mediante la figura del convenio singular.

En la actualidad, los conciertos que sirven de base a la prestación de la asistencia sanitaria con medios ajenos en Canarias, son en su mayoría, aquéllos en los que la Comunidad Autónoma se subrogó en 1994, con motivo de las transferencias del Instituto Nacional de la Salud, suscritos por el Instituto Nacional de Previsión entre los años 60 y 70 (estos centros no están incluidos en la red pública), si bien han coexistido con aquellos otros suscritos por la propia Comunidad Autónoma de Canarias, Consejería de Sanidad como fue el caso de las hospitalizaciones de media estancia.

Además de estos conciertos sanitarios, en los últimos años se han contratado diversas prestaciones extrahospitalarias (resonancias magnéticas, rehabilitación ambulatoria, logopedia, consultas, pruebas diagnósticas (...)), si bien, resultan en su conjunto, claramente insuficientes para atender la actual demanda de asistencia sanitaria (urgencias y procesos), al menos, en el ámbito del Área de Salud de Tenerife.

(...)

La entidad y los servicios prestados durante el mes de junio son los que se citan a continuación:

- (...)

Se trata de una empresa privada.

Intervenciones quirúrgicas especialidad cirugía ortopédica y traumatología.

Uno de los principales objetivos del SCS es la reducción de las demoras en la atención de los procesos quirúrgicos motivadas por la cantidad de pacientes que acuden cada día a las

urgencias, en este caso y en concreto, con patologías de las especialidades de cirugía ortopédica y traumatológica. Esta circunstancia provoca no sólo la sobrecarga de los quirófanos disponibles de las citadas especialidades, sino también impide la programación de aquellos procesos que permanecen en lista de espera quirúrgica. Si bien es cierto que estas prestaciones no se encuentran concertadas ni contratadas conforme a la LCSP, se han suscrito con esta entidad acuerdos que desarrollan diversos programas con la finalidad expuesta anteriormente en los que se enmarcan los servicios prestados objeto de este procedimiento:

1. acuerdo suscrito en octubre de 2022 por el que se puso en marcha el "Desarrollo de un programa de intervenciones quirúrgicas de la especialidad de cirugía ortopédica y traumatología en la Clínica Vida por facultativos del Hospital Universitario de Canarias bajo la modalidad "Médicos del Servicio Canario de la Salud", con el fin de reducir las demoras en la atención a los procesos quirúrgicos y potenciar la realización, por parte de facultativos propios del SCS, de intervenciones quirúrgicas en Centros Privados, en respuesta a la demanda de incremento de horas de quirófanos expresada por las Gerencias. Dada la buena valoración de la parte se decidió su prórroga para 2023.

2. acuerdo suscrito del 22 de marzo de 2023 por el que se puso en marcha el " Desarrollo de un programa de intervenciones quirúrgicas urgentes de la especialidad de cirugía ortopédica y traumatología en la Clínica Vida de pacientes remitidos desde el Hospital Universitario de Canarias" al objeto de generar un flujo estable de pacientes de esta especialidad atendidos en urgencias de los Hospitales Públicos afectados de diversos tipos de fracturas; con el mismo fin de reducir las demoras en la atención a los procesos quirúrgicos potenciar la realización, por parte de facultativos propios del SCS, de intervenciones quirúrgicas en Centros Privados, en respuesta a la demanda de incremento de horas de quirófanos expresada por las Gerencias.

La buena valoración de los resultados de ambos acuerdos ha determinado que las partes hayan decidido su prórroga para 2024».

III

En lo que se refiere a la tramitación del presente procedimiento administrativo de revisión de oficio, constan las siguientes actuaciones:

- El presente procedimiento comenzó mediante la Orden de la Consejera de Sanidad n.º 691/2024, de 6 de septiembre, resolviéndose en ella:

«Primero. - Iniciar el procedimiento de revisión de oficio previsto en el artículo 106 de la LPAC para declarar la nulidad de diversos contratos administrativos de servicios con la entidad (...), con C.I.F.: (...), y por el importe total de treinta y tres mil setecientos quince euros con once céntimos (33.715,11), por los períodos y conceptos que se señalan en el Anexo a la presente Resolución.

Segundo. - Acumular tres expedientes de nulidad de la entidad (...), , y por los importes, períodos y conceptos que se señalan en el Anexo a esta Resolución, por las razones descritas en los antecedentes de hecho de la misma».

- Dado el preceptivo trámite de audiencia a la empresa contratista, a efectos de que procediera a efectuar cuantas alegaciones y presentación de documentos y justificaciones estimara oportunas, se procedió por parte de la empresa contratista, mediante escrito de fecha 11 de noviembre de 2024, a acusar recibo del trámite de audiencia y manifestar su conformidad con el expediente de nulidad.

- Con fecha 13 de noviembre de 2024 por la Viceconsejería de Servicios Jurídicos del Gobierno de Canarias se emitió informe con carácter preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el art. 20.e) del Decreto 19/1992, de 7 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias.

- En fecha que se desconoce se emitió Propuesta de Resolución en la que se resuelve:

«1º) Declarar la nulidad de los contratos administrativos de Servicios, con la entidad (...), con C.I.F.: (...), y por el importe total de treinta y tres mil setecientos quince euros con once céntimos (33.715,11), por los períodos y conceptos que se señalan en el Anexo a la presente Orden.

2º) Proceder a la liquidación de los contratos de referencia, aprobar el gasto y abono del valor de las prestaciones, derivado del expediente de nulidad nº 14/2024 JUNIO, relativo al servicio público de asistencia sanitaria de la entidad, objeto, facturas, importes y periodos que se relacionan en el Anexo II a la presente Orden, en su aplicación presupuestaria: 39.37.312C.252.06.00 por un importe de TREINTA Y TRES MIL SETECIENTOS QUINCE EUROS CON ONCE CÉNTIMOS (33.715,11-euros), y abonar a el contratista el valor de sus prestaciones, conforme a la relación de facturas señaladas en el Anexo II a la presente Orden».

- Por último, también obra en el expediente remitido a este Consejo Consultivo el Informe-Memoria emitido por el Director del Área de Salud de Tenerife el día 4 de septiembre de 2024, como ya se dijo.

IV

1. Este Consejo Consultivo, siguiendo constante y abundante Jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha reiterado que la revisión de oficio supone el examen por la Administración de la legalidad de sus propios actos y en razón de los vicios e

infracciones legales que le son imputables a los mismos, es decir, que por formar parte de su contenido, formal o sustantivo, le son atribuibles y susceptibles de valoración y corrección por la propia Administración autora del acto en el ejercicio de su potestad de revisión, sin que pueda extenderse al examen de la legalidad de otros actos dictados por otras administraciones no sujetos a revisión (STS 405/2020, de 14 de mayo).

La revisión de oficio implica el ejercicio de una facultad exorbitante por parte de la Administración para expulsar del ordenamiento jurídico actos firmes en vía administrativa que adolecen de vicios especialmente graves, en cuya aplicación se ha de ser riguroso por implicar un conflicto entre dos principios generales del derecho: el principio de legalidad y el principio de seguridad jurídica. De aquí que no cualquier vicio jurídico permita acudir sin más a la revisión de oficio, sino que ésta solo es posible cuando concurra de modo acreditado e indubitado un vicio de nulidad de pleno derecho de los legalmente previstos, cuyos presupuestos no pueden entenderse de manera amplia, sino restrictiva (Dictámenes de este Consejo 302/2018, de 29 de junio y 430/2017, de 14 de noviembre, que reiteran varios pronunciamientos de este Organismo en el mismo sentido).

Por su parte, en nuestro Dictamen 46/2016, de 18 de febrero, afirmábamos que *«no toda infracción del Ordenamiento jurídico conlleva la revisión de oficio, que no está prevista para corregir errores o deficiencias de la Administración, sino para suprimir actos administrativos contaminados con vicios graves determinantes del nacimiento del derecho o facultad (…) ».*

En definitiva, *«la revisión de oficio en principio no es una técnica al servicio de la instrucción de una "causa general" respecto de determinado procedimiento, sino el instrumento que permite anular actos con vicios de orden público, que son los que la ley califica como causas de revisión, debidamente interpretadas en función de las circunstancias del caso, la conducta de los interesados y la actuación de la Administración»* (Dictamen 449/2017, de 5 de diciembre).

2. En el presente caso, es necesario realizar una serie de precisiones antes de entrar en el análisis de la cuestión de fondo.

En primer lugar, sobre el objeto del presente procedimiento administrativo de revisión de oficio, la Administración sanitaria hace referencia incorrectamente a varios *contratos* y cuyos procedimientos de revisión de oficio acumula en uno solo, pero realmente dichos contratos no son más que las facturas emitidas por la referida empresa contratista en relación con una única contratación, es decir, nos hallamos

en el ámbito de un único contrato de servicio, cuyo objeto no es otro que una única prestación recurrente, periódica, previsible y de tracto sucesivo, la cual genera diversas facturas de forma también recurrente y periódica.

En segundo lugar, como consecuencia necesaria de lo anteriormente señalado, tampoco se pueden considerar que tales facturas, emitidas periódicamente por una sola empresa y en relación con el mismo servicio que presta la misma, sean contratos menores independientes, pues ello supondría un fraccionamiento irregular de un solo contrato, que tiene las características anteriormente expuestas, y cuya cuantía total excede los umbrales de la contratación menor (art. 118.1 LCSP). En este caso, dicha prestación generó, al menos en el mes de junio, tres facturas, cuya cuantía total asciende a 33.715,11 euros, lo que muestra que solo en el mes de junio se superaron los umbrales de la contratación menor.

Por último, del expediente, especialmente del Informe-Memoria parcialmente reproducido en este Dictamen, se deduce que se contrató con la entidad mercantil (...) sin seguirse los preceptivos trámites de la contratación administrativa establecidos en la normativa aplicable a la materia (LCSP), el referido contrato de servicio.

Por tanto, se desprende que se ha incurrido en la causa de nulidad de pleno derecho contenida en el art. 39.1 LCSP en relación con el art. 47.1 e) al haberse prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, como se dijo.

3. En relación con la causa establecida en el art. 47.1.e) LPACAP, este Consejo Consultivo ha manifestado, por ejemplo, en el reciente Dictamen 145/2024, de 21 de marzo, (con cita de los Dictámenes 8/2021, de 15 de enero, 489/2021, de 14 de octubre y 161/2020, de 1 de junio), lo siguiente:

«El art. 62.1, e) LRJAP-PAC configura como una causa de nulidad el que los actos sean dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. Como las causas de nulidad radical o absoluta de los actos administrativos son tasadas, tienen carácter excepcional y han de interpretarse de forma estricta, la jurisprudencia del Tribunal Supremo es especialmente restrictiva en cuanto a la aplicación de esa causa de nulidad, ya que el empleo por la Ley de los dos adverbios "total y absolutamente" impone que los defectos formales necesarios para aplicar esta nulidad radical deben ser de tal dimensión que es preciso que se haya prescindido de modo completo y absoluto del procedimiento, no bastando la omisión de alguno de sus trámites. La omisión de algún trámite se equipara a la omisión total del procedimiento cuando tiene la naturaleza de

esencial en los supuestos en que haya causado indefensión material al interesado (para lo cual habrán de tenerse en cuenta, entre otras circunstancias, las consecuencias que sufrió por la omisión del trámite). También se equipara a la omisión total si los trámites incumplidos, de haberse observado, habrían determinado un acto de contenido distinto. Consúltense al respecto las SSTS de 23 febrero de 2016; de 26 enero de 2016; de 24 enero de 2014; de 27 junio de 2012 y de 25 abril de 2002 (…) ».

También hemos señalado en los DCCC 84/2014, de 17 de marzo, y 258/2020, de 25 de junio, que *«(L)a interpretación jurisprudencial de este precepto considera que se está ante esta causa de nulidad no sólo cuando el acto se dicta prescindiendo de todo procedimiento, sino también cuando se dicta a través de un procedimiento que no es el previsto legalmente; o cuando, aun siguiendo el procedimiento debido, se omiten trámites esenciales de éste que causan indefensión absoluta a los interesados».* Véanse por todas las SSTS de 25 de abril de 2002 y de 27 de junio de 2012.

4. Como razonábamos en nuestro Dictamen 555/2021, de 18 de noviembre, citando a su vez otro similar -el Dictamen 483/2021, de 14 de octubre- procede señalar, de idéntica manera, en este caso que, aplicando los razonamientos jurídicos que se han expuesto en las líneas precedentes al supuesto de hecho analizado, se ha de concluir que la actuación administrativa incurre de forma clara, manifiesta y ostensible en la causa de nulidad establecida en el art. 47.1, apartado e) LPACAP, toda vez que se ha procedido a recibir la prestación del servicio sin la previa tramitación del oportuno procedimiento de contratación a tal efecto.

Además, tal infracción del Ordenamiento Jurídico no puede ser imputable al tercero que ha realizado la prestación de buena fe, sino únicamente a la propia Administración, que justifica su actuación en el referido Informe-Memoria, señalando que *«Esta Dirección del Área de Salud de Tenerife, ha canalizado y cursado durante el mes de junio la derivación solicitada por los hospitales de referencia de Tenerife integrados en la red hospitalaria pública para usuarios y pacientes del SCS, hacia centros y hospitales de carácter privado, para reducir la demora en la atención de procesos quirúrgicos de Neurocirugía y cirugía ortopédica y traumatología y que aquéllos reciban la prestación de éstos servicios sanitarios y asistenciales que no pueden asumir los hospitales públicos.*

La razón que motiva tal derivación es la insuficiencia de recursos propios del SCS para asumir el volumen elevado de demanda, requiriéndose en consecuencia la participación de entidades privadas para la prestación de dichos servicios públicos a los que los usuarios tienen derecho, bien para reducir las listas de espera o bien porque se requiere de una técnica específica que no se presta en el ámbito de este Área de Salud».

Así pues, habiéndose obviado toda clase de procedimiento de licitación al efecto -y, por tanto, prestándose el servicio de referencia sin cobertura jurídica formal alguna-, y desarrollado el servicio a entera satisfacción de la Administración, se ha de concluir que la Propuesta de Resolución se considera ajustada a Derecho en cuanto a la concurrencia de la causa de nulidad.

5. A mayor abundamiento y de acuerdo con las precisiones efectuadas en este Fundamento, se necesario recordar lo señalado por este Consejo Consultivo acerca del fraccionamiento irregular de los contratos en su Dictamen 115/2024, de 7 de marzo, en el que se manifestó al respecto:

«En relación con el fraccionamiento de los contratos menores, el Informe n.º 14/2020, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa Estatal, indica que « (...) se puede producir con frecuencia en todos aquellos procedimientos de adjudicación en que exista un umbral cuya superación obliga a aplicar normas de contratación más rígidas. Este es, sin duda, el caso de los contratos menores en que, mediante un fraccionamiento artificioso e indebido del objeto del contrato, cabría sustraer de la necesidad de licitar a ciertas prestaciones cuya periodicidad es bien conocida por el órgano de contratación. De este modo, la división temporal de la prestación puede, en ciertos casos, permitir la aplicación de un tipo de procedimiento que, si se considerase la posibilidad de celebrar el contrato por un periodo de tiempo superior, quedaría excluido. Así lo declaramos en nuestro informe 73/2018"

A la anterior consideración hay que añadir otra igualmente relevante. Como es bien conocido, el contrato menor es un supuesto de adjudicación directa del contrato público. En él se limita la aplicación del principio de concurrencia de los licitadores y de su derecho a participar en las licitaciones públicas. Por esta razón, la técnica del contrato menor no puede utilizarse mediante un abuso de los supuestos en que es factible o, dicho de otro modo, si existe la posibilidad de no dividir artificiosamente la prestación para adaptarla sin necesidad a la técnica del contrato menor, sino que es factible aplicar un procedimiento más respetuoso con los principios básicos de la contratación pública, ésta debe ser la solución por la que se decida el órgano de contratación para evitar incurrir en un fraude de ley. Este criterio se encuentra recogido en diversos informes de esta Junta consultiva como el nº 111/2018 en el que señalamos lo siguiente:

"Sobre esta materia concreta ya tuvo ocasión de pronunciarse esta Junta Consultiva (Informes 31/2012 y 86/2018 -que cita los anteriores 1/2009 y 15/2016-, entre otros) en el sentido de que existe fraccionamiento del objeto del contrato siempre que se divida este con la finalidad de eludir los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación correspondiente, y ello, aunque se trate de varios objetos independientes, si entre ellos existe la necesaria unidad funcional u operativa. Correlativamente, no existirá

fraccionamiento siempre que se trate de diversos objetos que no estén vinculados entre sí por la citada unidad.

Como hemos visto, la finalidad de la norma no era otra que impedir el nacimiento de relaciones contractuales en las que la alteración indebida del objeto pretende encubrir un fraccionamiento engañoso del contrato con la intención de disminuir su cuantía y eludir así las exigencias normativas sobre publicidad y procedimientos de adjudicación fijados en la ley».

En línea con lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Baleares, en su Informe n.º 1/2009, de 30 de julio, señaló que *«puede hablarse de fraccionamiento cuando razonablemente se pueda prever que la prestación objeto del contrato tiene que mantenerse durante un periodo determinado que excede del plazo de ejecución o de la duración máxima previstas al inicio de la contratación»,* y añade el Informe n.º 5/2018, de 15 de junio, de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, cuando estima que en los contratos de suministros o servicios que se repiten cada año y que se prevé que puedan seguir repitiéndose en ejercicios futuros, parece ciertamente complicado justificar, conforme a lo dispuesto en el art. 118.3 LCSP, *«que no se está alterando el objeto del contrato y, sobre todo, que no se está haciendo con la intención de evitar la aplicación de las reglas generales de contratación entre otras cosas porque se trata de servicios y suministros para actuaciones que se repiten cada ejercicio presupuestario (...), y para las que existe la decisión o la intención de repetirlas anualmente, al menos dentro de una legislatura».*

Además, de otro lado, el art. 28.4 LCSP establece la necesidad de programación de la actividad contractual, cuando dispone que *«las entidades del sector público programarán la actividad de contratación pública que desarrollarán en un ejercicio presupuestario o periodos plurianuales Y darán a conocer su plan de contratación anticipadamente mediante un anuncio de información previa previsto en el artículo 134 que al menos recoja a aquellos contratos que quedarán sujetos a una regulación armonizada».*

Según indica el ya citado Informe n.º 14/2020, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa Estatal *«Este artículo establece la obligatoria programación de la actividad de contratación que se vaya a desarrollar por cada órgano de contratación. Tal programación exige el análisis de los contratos que se van a realizar en cada periodo de tiempo, lo que indudablemente presupone el conocimiento de que el órgano de contratación va a tener una necesidad mantenida en el tiempo de una determinada prestación por un periodo de tiempo superior a un año. Por tanto, si el órgano de contratación cumple con su obligación de planificar adecuadamente su actividad contractual, es patente que la realización de prestaciones idénticas en ejercicios sucesivos ha de ser conocida con carácter*

previo, lo que puede llevar a concluir que en este caso no se está reaccionando ante necesidades sobrevenidas, desconocidas o novedosas, sino que, por el contrario, se estaría planteando la utilización del contrato menor en fraude de ley».

Conectando la necesidad de planificación con los principios generales establecidos en el art. 1 LCSP, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias, en su informe n.º 8/2016, estimó que *« (…) la suscripción de sucesivos contratos menores de servicio no solo es contrario a los principios generales que inspiran la contratación pública como son los de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e Igualdad de trato entre los candidatos, y tampoco resulta la manera más adecuada para asegurar una eficiente utilización de los fondos destinados para la realización de obras y la adquisición de bienes y la contratación de servicios y de seleccionar la oferta económicamente más ventajosa (…) ».*

En definitiva, el fraccionamiento fraudulento del objeto de un contrato se puede producir tanto mediante la suscripción de diversos contratos menores destinados a la obtención de un resultado único o de una prestación que hubiera tenido que ser objeto de un único contrato, como también llevando a cabo contrataciones menores sucesivas para cubrir necesidades recurrentes que tuvieran que formar parte de un único contrato, de acuerdo con lo que se ha indicado anteriormente, siempre que estas contrataciones sucesivas supongan una alteración de las normas de publicidad y de las relativas a los procedimientos de adjudicación que se hubieran tenido que aplicar», doctrina aplicable al presente asunto.

6. En cuanto a los efectos económicos de la declaración de nulidad de la contratación, con relación ahora a las facturas a las que se refiere este procedimiento concreto, ha de estarse a lo señalado en el Dictamen 265/2019, esto es, a lo dispuesto en el art. 42.1 LCSP, que prescribe 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*».

Todo ello sin perjuicio de las responsabilidades que, vinculadas a esta práctica irregular de contratación pública, pudieran derivarse para el personal al servicio de las Administraciones públicas (disposición adicional vigésima octava de la LCSP).

Como se ha señalado en múltiples ocasiones por este Consejo Consultivo, en lo que se refiere al momento procedimental en el que procede efectuar el cálculo de la

liquidación del contrato, cabe recordar que el art. 42.1 LCSP establece que aquella fase se producirá una vez firme la resolución por la que se acuerde la revisión de oficio (a través del oportuno expediente contradictorio).

Sin embargo, como ya ha indicado el propio Consejo de Estado en su Dictamen 1724/2011, de 21 de diciembre (y este Consejo Consultivo de Canarias -Dictamen 220/2013, de 19 de junio-), « *(...) nada impide, por economía procesal, acumular la declaración de nulidad a la compensación o indemnización que obviamente debe estimarse y aplicarse según los propios criterios ahora descritos en el artículo 35.1 de la Ley de Contratos (...), para tramitar simultáneamente el procedimiento de revisión de oficio de la adjudicación del contrato por ser nula de pleno derecho con la compensación por los trabajos realizados prevista en ese mismo artículo para el supuesto de nulidad de pleno derecho de la misma*».

De esta manera, resulta posible resolver de forma conjunta sobre la nulidad del acto de contratación afectado y sobre la liquidación y, en su caso, indemnización que proceda (art. 42.1 LCSP).

En el presente caso la reparación integral del daño al contratista coincide con la totalidad del importe de las facturas en su momento presentadas, correspondientes a los servicios prestados durante el mes de junio de 2024 por un importe total de 33.715,11 euros, lo que incluye la totalidad del precio del contrato efectivamente ejecutado. En este sentido, como manifestamos en el citado Dictamen 318/2023, de 20 de julio, y en el Dictamen 386/2023, de 5 de octubre, la finalidad del procedimiento indemnizatorio es la reparación integral del daño causado de forma que los interesados vuelvan a la misma situación patrimonial que tenían antes del acaecimiento del hecho lesivo, sin que haya enriquecimiento injusto para ninguna de las partes, tal y como detallamos extensamente en el citado Dictamen 318/2023 de 20 de julio.

De todo lo expuesto cabe concluir que en los supuestos, como en el presente caso, en que el servicio se ha prestado a satisfacción de la Administración, interviniendo la buena fe de la contratista, aun concurriendo causa de nulidad al haberse dictado los actos preparatorios del contrato de servicios que nos ocupa, prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, tal como prevé el art. 47.1.e) LPACAP, en relación con el art. 39.1 LCSP, se debe pagar a la contratista en idéntica cuantía al valor de los servicios prestados, por lo que hay que concluir que la Propuesta de Resolución es conforme a Derecho en ese punto.

7. Resta por abordar la cuestión relativa a las consecuencias derivadas de la prestación del servicio durante periodos diferentes a los que no se refiere el presente procedimiento de revisión de oficio y que se traducen en las facturas que, con origen en la presente contratación cuya nulidad se dictamina, se hayan podido emitir.

En relación con ello, ya en nuestros Dictámenes 452/2023, de 7 de noviembre de 2023, y 49/2024, de 25 de enero, señalábamos:

«Esta cuestión ya ha sido resuelta por el Consejo Consultivo de Asturias, en su Dictamen 15/2020, de 23 enero, en el que razona lo siguiente:

"En el reiterado Dictamen Núm. 265/2019, remitido a la misma autoridad consultante en relación con la prórroga y modificación del mismo contrato de prestación del servicio de ayuda a domicilio en otro periodo, apreciamos que "la imposibilidad de proceder a la modificación, por el exceso producido en el precio del contrato inicialmente fijado, determinaba la procedencia de resolver el contrato y proceder a una nueva licitación. Y si bien concurre vicio de nulidad por omisión del procedimiento relativo tanto a una nueva licitación como en la prórroga que de facto se produce, no podemos obviar que al tiempo de esta última el contrato ya estaba viciado de nulidad radical. En suma, el hecho determinante de la nulidad es aquí la omisión de la nueva licitación al tiempo del modificado, suplida por la realización de una `modificación tácita´ cuando lo que procedía abrir era una nueva licitación, y ese vicio comporta la nulidad del contrato desde ese mismo momento, lo que afecta también a los postreros 20 días en los que el servicio se presta careciendo además de amparo en los plazos contractuales". Según exponíamos entonces, "con arreglo a la cláusula 32 del pliego (...), la superación de los límites establecidos en el mismo obligaba a la resolución del contrato en vigor y al inicio de un nuevo procedimiento de licitación, de conformidad con la LCSP ya vigente en el mes de noviembre de 2018. Tal prescripción fue desatendida en favor de la continuidad de la prestación con arreglo a unas nuevas condiciones; situación que implicó, en definitiva, tanto la vulneración del citado artículo 108 del TRLCSP como del artículo 37.1 de la LCSP, en cuanto que proscribe la contratación verbal, así como de los demás preceptos de esta Ley que someten a un determinado procedimiento la adjudicación de servicios en función de su cuantía".

Tal razonamiento ha de extenderse, por lógica, también a la prestación del servicio con posterioridad al 1 de enero de 2019, situación idéntica a la producida en el periodo comprendido entre el 11 y el 31 de diciembre de 2018, lo que nos obliga a remitirnos a las consideraciones efectuadas en el referido dictamen sobre la causa de nulidad apreciada, que acabamos de transcribir.

Ahora bien, no puede obviarse que la adjudicación directa, tácita o verbal, del servicio por el periodo mencionado ya fue anulada por Resolución de la Alcaldía de 12 de diciembre

de 2019, trasladada a este Consejo tras la emisión del Dictamen Núm. 265/2019, en la que se declara la nulidad de "los actos administrativos de modificación y prórroga del contrato administrativo de servicios de ayuda a domicilio (...), en tanto la prórroga comprendida entre el 11 y el 31 de diciembre de 2018 no ha sido objeto de tramitación, ni la misma era posible, y por cuanto el importe de adjudicación y prórroga ha sido modificado en un 21,78 %, porcentaje superior al que posibilita la realización de un modificado, no habiéndose procedido a la licitación del nuevo procedimiento de adjudicación que, a la vista de ello, hubiera resultado necesario". Siendo así, esto es, predicada esa nulidad de la decisión administrativa que dota de cobertura a la prestación continuada del servicio -y no de unas determinadas facturas, que ni siquiera tienen naturaleza de acto administrativo-, no se aprecia ninguna decisión posterior diferenciada o distinta, expresa o tácita, con relación a las nuevas facturas (por el periodo transcurrido entre 1 de enero y 31 de mayo de 2019), de modo que la nulidad carece ahora de objeto y la invalidez de las últimas facturas no es sino consecuencia material de la nulidad ya declarada el 12 de diciembre de 2019.

En efecto, aunque aparentemente la nulidad se predica de "la prórroga comprendida entre el 11 y el 31 de diciembre de 2018", consta que la voluntad de prorrogar el contrato se extendía mientras se llevaba a cabo "una nueva licitación", y que con fecha 13 de diciembre de 2018 se inició el nuevo procedimiento de licitación, por lo que debe entenderse que el acto tácito de prórroga se adoptó con ese horizonte temporal -en tanto se incorporaba un nuevo adjudicatario-, sin que pueda concebirse que aquella decisión tácita de prorrogar la continuidad del servicio se limitara únicamente hasta al 31 de diciembre de 2018 y excluyera los meses sucesivos cuando es manifiesto que la nueva adjudicación no se resolvería en tan corto lapso (y ni siquiera en una fecha cierta). Hallándonos ante una prestación continuada, de tracto sucesivo, en la que tampoco se exterioriza, con posterioridad a aquella decisión tácita ya anulada, ningún otro acto administrativo de cobertura, es forzoso concluir que el contrato verbal a cuyo amparo se emiten las nuevas facturas es el ya anulado por Resolución de la Alcaldía de 12 de diciembre de 2019.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 42.1 de la LCSP, "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". Por tanto, de la nulidad de los actos de contratación identificados en la Resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Tineo de 12 de diciembre de 2019 resulta la consecuente nulidad de la contratación bajo cuya vigencia se prestaron los servicios que dieron lugar a las facturas que ahora se someten a nuestra consideración.

En cuanto a los efectos de la declaración de nulidad de los actos de contratación cuestionados -que, se insiste, se declaró ya por Resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Tineo de 12 de diciembre de 2019 tras haberse sometido a nuestra consideración-, con relación ahora a las facturas a las que se refiere este procedimiento concreto ha de estarse a lo señalado en el Dictamen Núm. 265/2019 y en la propia resolución de anulación, esto es, a

lo dispuesto en el artículo 42.1 de la LCSP; regulación que constituye el cauce legal específico para garantizar los derechos de quien hubiera prestado servicios a la Administración en unas condiciones como las examinadas. Este artículo prescribe 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". Todo ello sin perjuicio de las responsabilidades que, vinculadas a esta práctica irregular de contratación pública, pudieran derivarse para el personal al servicio de las Administraciones públicas (disposición adicional vigésima octava de la LCSP)".

Conforme a la doctrina transcrita, que comparte este Consejo Consultivo, la declaración de nulidad de la decisión administrativa que dota de cobertura a la prestación continuada del servicio, al no apreciarse ninguna decisión posterior diferenciada o distinta, expresa o tácita, con relación a las nuevas facturas (por el periodo transcurrido desde el 31 de mayo de 2023 hasta que se dote de cobertura contractual a la prestación), determina que las ulteriores solicitudes de nulidad carezcan de objeto y la invalidez de las subsiguientes facturas no sean sino consecuencia material de la nulidad ya dictaminada en el presente Dictamen».

Por tanto, hallándonos ante un servicio de tracto sucesivo, es forzoso concluir que una vez declarada la nulidad de esta contratación sin procedimiento no procederá la emisión de nuevo Dictamen de este Consejo en relación con otras facturas que no hayan sido objeto del presente pronunciamiento, al quedar afectadas por la nulidad ya dictaminada.

8. Por último, en cuanto a la habitualidad con que se realizan fragmentaciones de procedimientos de revisión de oficio, ha de recordarse lo razonado por este Consejo Consultivo en el reiterado Dictamen 452/2023, de 7 de noviembre:

«De otro lado, cabe insistir una vez más en que la reiteración de la fragmentación de procedimientos de revisión de oficio por periodos de facturación, de una misma prórroga contractual que se mantiene en el tiempo, contraviniendo los principios de racionalización y agilidad de los procedimientos administrativos, eficacia, economía y eficiencia contenidos en el art. 3.1 d), h), i) y j) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), por cuanto ello obliga a sucesivos procedimientos de revisión de oficio, puede suponer, en su caso, un abuso de derecho o fraude de ley, que puede operar como un límite a la revisión de oficio del art. 110 LPACAP, tal y como hemos apreciado en algunas ocasiones, como manifestamos en el Dictamen 318/2023, de 20 de abril, con cita de los dictámenes 158/2023, de 18 de abril, 80, 81 y 82/2020, de 3 de marzo, así como en los

Dictámenes 386/2023, de 5 de octubre y 412/2023, de 19 de octubre, a los cuales nos remitimos para evitar reiteraciones.

Este Consejo Consultivo dictamina, entre otras cuestiones y conforme a su Ley reguladora, revisiones de oficio de actos preparatorios y de adjudicación de contratos, por lo que la fragmentación y multiplicación de procedimientos de revisión de oficio por periodos de facturación de un mismo contrato, con el fin de pagar «facturas» (nótese que cada procedimiento en sus antecedentes surge por la existencia de una determinada «factura»), además de contravenir los principios ya citados de la LRJSP, vulnera la finalidad de la revisión de oficio en los estrictos términos en que esta ha de interpretarse, así como la naturaleza de este Órgano Consultivo, tratando de implicarlo ilegítimamente en la gestión económica financiera diaria de la Administración solicitante.

Además, este Consejo Consultivo no puede sino reiterar la necesidad de que las Administraciones públicas respeten los principios de publicidad y concurrencia que fundamentan la regulación de los contratos administrativos, erradicando las prácticas que los vulneran. Este tipo de irregularidades, frecuentemente provocadas por graves faltas de diligencia en la gestión de los expedientes de contratación, originan situaciones de hecho en la prestación de los servicios cuya compensación luego, a su vez, genera distorsiones y tensiones sobre otras vías a fin de permitir los correspondientes pagos cuando, en puridad, deberían haberse canalizado en el marco de la relación contractual. Todo ello, sin perjuicio de las eventuales responsabilidades de orden administrativo o incluso penal en que pudieran incurrir las correspondientes autoridades o personal al servicio de las Administraciones públicas».

Finalmente, cabe señalar que la prestación de los servicios y el abono de las correspondientes facturas a través de la declaración de nulidad de contratos por no cumplir las formalidades legalmente establecidas, en ningún caso, puede erigirse como forma habitual de contratación por parte de las Administraciones públicas, eludiendo la tramitación del oportuno procedimiento de contratación donde se respeten los principios de publicidad y concurrencia que fundamentan la regulación de los contratos administrativos.

Como hemos repetido en otras ocasiones, este Consejo Consultivo dictamina, entre otras cuestiones y conforme a su Ley reguladora, revisiones de oficio de actos preparatorios y de adjudicación de contratos, por lo que la utilización -y, en muchos casos, reiteración- de procedimientos de revisión de oficio con el fin de pagar «*facturas*», vulnera la finalidad de la revisión de oficio en los estrictos términos en que ésta ha de interpretarse (entre otros, Dictámenes 412/2023, de 19 de octubre, 452/2023, de 7 de noviembre, 499/2023, de 7 de diciembre o 11/2024, de 11 de enero).

En el presente caso no consta que se estén impulsando los trámites para dar fin a esta situación irregular y dar cobertura jurídica adecuada a esta actuación material contraria a los principios por los que se debe regir la contratación pública. Los motivos alegados ponen de manifiesto una falta de planificación del servicio competente, y esta grave irregularidad, que como tal no puede prolongarse en el tiempo.

No se puede normalizar el uso de este procedimiento excepcional convirtiéndolo en una práctica habitual de la Administración pública, con abuso general de esta institución del enriquecimiento injusto y de la declaración de nulidad.

C O N C L U S I Ó N

Se dictamina favorablemente la Propuesta de Resolución por la que se declara la nulidad de la contratación del servicio público de asistencia sanitaria, adjudicado a la entidad mercantil (...), durante el mes de junio 2024, por un importe total de 33.715,11 euros.