Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 1 3 / 2 0 2 5

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 16 de mayo de 2025.

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 diversos contratos de servicios públicos de prestación sanitaria, por la empresa (...), durante el mes de noviembre de 2024 por importe total de 483.721,41 € (EXP. 163/2025 RO)*[*].

F U N D A M E N T O S

I

1. El presente Dictamen solicitado por la Excma. Sra. Consejera de Sanidad el 4 de abril de 2025, con registro de entrada en este Consejo Consultivo el 7 de abril de 2025, tiene por objeto el análisis jurídico de la Propuesta de Resolución del procedimiento administrativo de revisión de oficio para la declaración de nulidad de diversos contratos de servicios públicos de prestación sanitaria, por la empresa (...), por importe total de 483.721,41 €, correspondiente al mes de noviembre de 2024.

2. La legitimación de la Excma. Sra. Consejera de Sanidad para solicitar el dictamen, su carácter preceptivo y la competencia de este Consejo Consultivo para emitirlo 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 (LCSP).

También es de aplicación, subsidiariamente, de acuerdo con lo establecido en la Disposición final cuarta, apartado 1, de la LCSP, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

---

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

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

3. En este caso, se ha otorgado el trámite de vista y audiencia a la empresa prestadora del servicio, quien, manifiesta su conformidad con el procedimiento de revisión de oficio para la declaración de nulidad del contrato de Servicios Públicos de asistencia sanitaria (terapias respiratorias) por importe neto de 483.721,41 euros, correspondiendo a las facturas del mes de noviembre de 2024.

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.

Asimismo, de conformidad con lo previsto en el art. 106.1 LPACAP, es preciso que el dictamen sea favorable a la declaración pretendida, no pudiéndose acordar la nulidad del acto si el dictamen no lo considera así.

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 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. Por lo que se refiere al órgano competente para incoar y resolver el procedimiento, en la Propuesta de Resolución (fundamento de Derecho tercero) se indica que le corresponde a la titular de la Consejería de Sanidad, atribuida por el art. 29.1.g) de la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias.

La competencia para resolver el presente procedimiento está regulada en el art. 41.3 LCSP. Dicho precepto atribuye esta competencia al órgano de contratación, sin perjuicio de lo que, para el ámbito de las Comunidades Autónomas establezcan sus normas respectivas.

Como ha sostenido este Consejo en sus Dictámenes 272, 273, 274, 275 y 276/2024, todos de 4 de junio, con cita de la STC 68/2021, de 18 de marzo [FJ 9.b)]-conforme a la cual la determinación del órgano autonómico competente para iniciar y resolver estos procedimientos es de la competencia exclusiva autonómica-, esta competencia se atribuye por el ordenamiento jurídico autonómico a la persona titular de la Consejería competente, por aplicación de lo previsto en el art. 29.1, letra g) de la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias, que atribuye al titular de cada Departamento la competencia para «*resolver los expedientes de revisión de oficio de los actos del propio Departamento*».

Por tanto, la competencia para resolver el presente procedimiento corresponde a la persona titular de la Consejería de Sanidad, no obstante, por Orden de 25 de marzo de 2025, de la Consejera de Sanidad (BOC n.º 67 de 4 de abril de 2025) se delega en los titulares de los órganos del Servicio Canario de la Salud con facultades de contratación la competencia para incoar y resolver los expedientes de revisión de oficio en materia de contratación pública, lo cual debe ser tenido en cuenta a la hora de dictar la Resolución que ponga fin al procedimiento.

6. En la Propuesta de Resolución, la Administración autonómica afirma la nulidad de pleno derecho de la contratación por incurrir en la causa de nulidad establecida

en el art. 47.1.e) LPACAP, al que se remite el art. 39.1 LCSP, señalando que las contrataciones a las que se refiere el presente expediente se han realizado prescindiendo de los trámites esenciales del procedimiento previsto en la LCSP.

7. En lo que se refiere al plazo máximo para resolver, 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, 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 sin dictarse resolución producirá su caducidad.

En el presente caso el procedimiento se inicia el 11 de febrero de 2025, por lo que el plazo se cumpliría el 11 de agosto de 2025.

II

Los antecedentes que han dado origen al presente procedimiento de revisión de oficio, según los hechos relatados en la Propuesta de Resolución y la documentación contenida en el expediente remitido, son los siguientes:

Con fecha 31 de enero de 2025 el Director de Área de Salud de Tenerife emite Informe-Memoria con el objeto de proponer el inicio del procedimiento de revisión de oficio para declarar la nulidad de diversos contratos administrativos de servicios de prestación sanitaria por la entidad (...) En el mismo se indica lo siguiente:

« (...) Esta Dirección del Área de Salud de Tenerife, ha canalizado y cursado durante el mes de noviembre la derivación solicitada por los especialistas facultados del Servicio Canario de la Salud, para la prestación de técnicas de terapias respiratorias a domicilio incluidas dentro de la cartera de servicios de atención hospitalaria especializada hacia entidades de carácter privado, para reducir la demora en la atención especializada 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.

(...) En cuanto a los servicios sanitarios objeto del presente expediente, éstos fueron solicitados, y por tanto prestados, 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 o bien autorizadas de carácter excepcional por esta misma Dirección del Área, a los proveedores que indicaron dichos responsables y que no pudieron asumir los hospitales públicos. Todos los servicios sanitarios fueron solicitados para atender la necesidad inmediata y urgente de asistencia requerida por los pacientes.

Las prestaciones objeto del contrato se han realizado por el tercero a entera satisfacción de la Administración y contenido u objeto de la misma.

Imposibilidad en el momento actual de proceder a la restitución recíproca de las prestaciones recibidas como consecuencia de su naturaleza y grado o nivel de ejecución, procediendo el abono de la prestación realizada, ya que de lo contrario se produciría un enriquecimiento injusto de la Administración y se ocasionaría al contratista un perjuicio de imposible o difícil reparación.

Se relacionan en el "Anexo II" del presente, relación detallada del proveedor, importes de las facturas, correspondiente a dichos servicios sanitarios, incursos en este expediente 1/2025, y que han sido conformadas por este Centro Gestor y expedidas por la entidad contratista por los servicios prestados con importes acordes a los precios normales de mercado. Dichas facturas ascienden a un importe bruto de cuatrocientos noventa y cuatro mil ochocientos cuarenta y siete euros con tres céntimos (494.847,03.- euros)».

El Anexo I del informe viene referido a la *«Entidad, importes y servicios de asistencia sanitaria prestados»,* donde se especifica lo siguiente:

«- (...)

Terapias Respiratorias.

En el año 2010 esta empresa resultó adjudicataria del concurso de Oxigenoterapia, Aerosolterapia y Ventilación Mecánica Domiciliaria, vigente hasta 31 octubre 2021.

En el año 2022, mediante Orden del Consejero de Sanidad n.º 872/2022, de 16 de noviembre, se acordó iniciar expediente dirigido a la contratación del servicio de terapias respiratorias domiciliarias y otras técnicas de ventilación asistida en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias, mediante procedimiento abierto y tramitación anticipada. La previsión de duración del contrato era por 3 años, con posibilidad de prórroga hasta alcanzar un plazo máximo de 5 año. Durante la tramitación del expediente, se vieron modificadas sus previsiones iniciales, tanto en lo que respecta a la necesidad asistencial como en el importe de gasto estimado para atender la misma. En el año 2024, mediante Orden Nº 616/2024, de 26 de julio, se procedió a anular la Orden.

En por la que se inició el expediente número 18/T/21/SS/CO/A/0003, dirigido a la citada contratación, en base al informe de la Unidad Funcional de Gestión de Conciertos (UFGC), en de fecha 19 de julio de 2024, sobre las incidencias acaecidas en el expediente,

poniendo de manifiesto las circunstancias que aconsejan no continuar con el procedimiento iniciado.

El Servicio Canario de la Salud está preparando nuevo concurso que previsiblemente se resolverá durante el presente ejercicio.

Dado que se han contratado dichos servicios para la atención de necesidades inmediatas y urgentes sin las formalidades legalmente establecidas para su contratación, procede la declaración de su nulidad.

Importe contratado noviembre: 483.721,41.-euros».

En el Anexo II consta el proveedor, facturas e importes correspondientes. Un total de 28 facturas correspondientes al mes de noviembre de 2024.

III

En lo que a la tramitación del procedimiento de revisión de oficio se refiere, constan los siguientes trámites:

1. Mediante Orden n.º 11/2025 de 11 de febrero de 2025 de la Consejera de Sanidad, se acuerda:

«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 cuatrocientos ochenta y tres mil setecientos veintiún mil euros con cuarenta y un céntimos (483.721,41), por los períodos y conceptos que se señalan en el Anexo a la presente Orden.

Segundo. - Acumular veintiocho 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 esta.

Tercero. - Declarar de tramitación de urgencia, por lo cual se reducirán a la mitad los plazos establecidos para el procedimiento ordinario, salvo los relativos a la presentación de solicitudes y recursos.

Cuarto. - Conceder trámite de audiencia al contratista por un plazo de cinco días hábiles, contados a partir del día siguiente a la notificación de la presente orden, para que manifieste su conformidad o disconformidad con el presente expediente de declaración de nulidad, y todo ello según lo establecido en el art. 82 de la LPAC».

2. Se notifica la citada Orden y se otorga trámite de alegaciones a la empresa contratista quien expresa su conformidad con el procedimiento de revisión de oficio para declarar la nulidad de contratos administrativos de Servicios Públicos de asistencia sanitaria, (Terapias respiratorias), por importe neto de 483.721,41 euros,

correspondiendo a las facturas y notas de abono que en la tabla adjunta se relacionan del mes de noviembre de 2024.

3. El 26 de marzo de 2025 se dicta Propuesta de Resolución por el Director del Área de Salud de Tenerife, por la que se propone:

«1º) Declarar la nulidad de los contratos administrativos de Servicios, con la entidad (...), con C.I.F.: (...), y y por el importe total neto de cuatrocientos ochenta y tres mil setecientos veintiún euros con cuarenta y un céntimos (483.721,41), 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 1/2025 NOVIEMBRE DEUDA 2024, 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.254.01.00 por un importe total neto de cuatrocientos ochenta y tres mil setecientos veintiún euros con cuarenta y un céntimos (483.721,41), 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».

4. El 24 de marzo de 2025 se emite el preceptivo informe por la Viceconsejería de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Canarias.

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 cuanto al objeto del presente procedimiento administrativo de revisión de oficio, la Administración sanitaria hace referencia, incorrectamente, a varios contratos y a la acumulación de procedimientos de revisión de oficio 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 servicios, 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.

Según la Orden de inicio de la Consejería de Sanidad y la Propuesta de Resolución del Director del Área de Salud de Tenerife, el objeto del procedimiento de revisión de oficio es la declaración de nulidad de diversos contratos administrativos de servicios con la entidad (...).

Por su parte, en la Orden de inicio se acuerda acumular veintiocho expedientes de nulidad de la citada entidad**,** y por los importes, períodos y conceptos que se señalan en el Anexo de la Resolución.

A pesar de lo indicado sobre la existencia de varios contratos de servicios con la entidad (...) y de veintiocho expedientes de nulidad, en el expediente remitido a este Consejo Consultivo no hay evidencia de la existencia de varios contratos de servicios con la misma empresa, ni de los veintiocho expedientes de nulidad que se acumulan.

Únicamente consta, porque además así se expresa en los anexos, tanto de la Resolución de inicio como de la Propuesta de Resolución, facturas correspondientes a las prestaciones efectuadas en el mes de noviembre de 2024, por prestación de servicios sanitarios consistente en terapias respiratorias llevadas a cabo por la citada entidad.

Conviene advertir que la posible existencia de varias facturas mensuales correspondientes al mismo servicio con la misma empresa no implica la existencia de varios contratos administrativos de servicios.

Los elementos esenciales del contrato como institución jurídica son: sujeto, objeto y causa. Partiendo, así, de esta construcción doctrinal podemos concluir que existirá un único contrato cuando haya coincidencia en los tres citados elementos, es decir cuando la prestación a realizar para atender una necesidad haya de contratarse con un mismo sujeto, para realizar un mismo objeto, y motivado por una misma causa. Por el contrario, deberán formalizarse contratos distintos desde el momento en que la adecuada ejecución de la prestación a realizar motive que uno de esos tres elementos varíe, aunque haya coincidencia en los otros dos.

Según el art. 17 LCSP, son contratos de servicios aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro, incluyendo aquellos en que el adjudicatario se obligue a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario.

Por tanto, si las prestaciones se realizan de forma continuada a lo largo del tiempo, es decir, las obligaciones de las partes se extienden en el tiempo y se van cumpliendo de forma periódica o sucesiva, estamos ante un único contrato de tracto sucesivo, y no ante muchos contratos de servicios por cada mes de prestación, independientemente del sistema de determinación del precio conforme a lo establecido en el art. 309 LCSP.

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.

Además, del propio Informe-Memoria emitido por el Director de Área de Salud de Tenerife, se deriva que estamos ante un único contrato de servicios, por cuanto se informa que en el año 2010 esta empresa resultó adjudicataria del concurso de Oxigenoterapia, Aerosolterapia y Ventilación Mecánica Domiciliaria, vigente hasta el 31 de octubre de 2021, y que aunque en el año 2022 se acordó iniciar expediente dirigido a la contratación del servicio de terapias respiratorias domiciliarias y otras técnicas de ventilación asistida en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias, mediante procedimiento abierto y tramitación anticipada, el mismo no llegó a concluirse, llegándose a anular la Orden por la que se inició el expediente de contratación. Se informa igualmente, que el Servicio Canario de la Salud está preparando un nuevo procedimiento de contratación en relación con este servicio. Por tanto, es evidente que la prestación de este servicio por la referida entidad debió ser objeto de un único contrato, y no de varios contratos de servicios, cuya nulidad se pretende.

En consecuencia, deberá corregirse la resolución en el sentido de considerar la prestación como un único contrato de servicios prestado por (...) durante el mes de noviembre de 2024, por el importe expresado en las facturas que constan en el anexo de la Propuesta de Resolución, cuya nulidad se pretende declarar a través del procedimiento de revisión de oficio iniciado por Orden n.º 11/2025 de 11 de febrero de 2025.

3. En cuanto a la causa de nulidad de pleno Derecho concurrente, en la Propuesta de Resolución, se señala, de una manera genérica, en su fundamento de Derecho segundo que *«Las contrataciones a las que se refiere el presente expediente se han realizado prescindiendo de los trámites esenciales del procedimiento previsto en la LCSP, al tratarse el objeto de las facturas presentadas de una prestación de servicio público de asistencia sanitaria, incurriendo en el supuesto de hecho previsto en el artículo 39.1. a) de la citada ley con relación al artículo 47.1 e) de la LPAC».*

En el Informe-Memoria emitido por el Director de Área de Salud de Tenerife, se expone la justificación de la prestación llevada a cabo por la empresa (...), de la siguiente manera:

a) En primer lugar, se hace referencia a la competencia en materia de prestación sanitaria que se atribuye al Servicio Canario de Salud y la existencia de conciertos sanitarios y otros contratos con entidades privadas:

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. Para ello, el art. 51.2.b), permite que pueda establecer los acuerdos, convenios y conciertos que se consideren necesarios. En el ámbito de la asistencia hospitalaria, en la red hospitalaria de utilización pública podrán incluirse hospitales privados, mediante la figura del convenio singular.

Según el citado informe, en la actualidad el Servicio Canario de la Salud cuenta con los conciertos 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, y otros suscritos por la propia Comunidad Autónoma de Canarias, Consejería de Sanidad como fue el caso de las hospitalizaciones de media estancia. Además, 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.

b) Sobre el objeto de la prestación llevada a cabo por la entidad (...), y justificación de esta, en el informe-memoria se hace constar lo siguiente:

«Esta Dirección del Área de Salud de Tenerife, ha canalizado y cursado durante el mes de noviembre la derivación solicitada por los especialistas facultados del Servicio Canario de la Salud, para la prestación de técnicas de terapias respiratorias a domicilio incluidas dentro de la cartera de servicios de atención hospitalaria especializada hacia entidades de carácter privado, para reducir la demora en la atención especializada 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.

(...)

En cuanto a los servicios sanitarios objeto del presente expediente, éstos fueron solicitados, y por tanto prestados, 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 o bien autorizadas de carácter excepcional por esta misma Dirección del Área, a los proveedores que indicaron dichos responsables y que no pudieron asumir los hospitales públicos. Todos los servicios sanitarios fueron solicitados para atender la necesidad inmediata y urgente de asistencia requerida por los pacientes».

Además, como ya se ha indicado, se reconoce en el citado informe que este servicio venía siendo prestado por la misma empresa en virtud de contrato para la prestación del servicio de Oxigenoterapia, Aerosolterapia y Ventilación Mecánica Domiciliaria, vigente hasta el 31 de octubre de 2021.

Por tanto, estamos ante un servicio de asistencia sanitaria consistente en la prestación de técnicas de terapias respiratorias a domicilio incluidas dentro de la cartera de servicios de atención hospitalaria especializada, que se ha venido llevando a cabo mediante fórmulas de gestión indirecta de los servicios públicos, acudiendo a la contratación administrativa con entidades privadas, pero que el contrato que daba cobertura a este servicio finalizó el 31 de octubre de 2021. A pesar de lo cual se ha venido prestando por la misma empresa, tras la extinción del contrato, y por tanto, sin cobertura contractual alguna.

La LOSC, encomienda al Servicio Canario de la Salud la prestación de asistencia sanitaria, facultándole a tal fin en su art. 51.2.b), para establecer los acuerdos, convenios y conciertos que se consideren necesarios.

Dentro de la modalidad de gestión indirecta se enmarca el concierto con personas físicas o jurídicas que realicen prestaciones análogas al servicio público que la administración realice.

Tras la entrada en vigor de la LCSP, las Administraciones responsables del servicio deberán optar por configurar la prestación del servicio por el tercero bien como un contrato de concesión o como un contrato de servicios, en función de si se transfiere o no de forma sustancial el riesgo operacional al contratista.

Del expediente, especialmente del Informe-Memoria, 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). 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) LPACAP al haberse prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, como se dijo.

4. 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.

5. 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 noviembre la derivación solicitada por los especialistas facultados del Servicio Canario de la Salud, para la prestación de técnicas de terapias respiratorias a domicilio incluidas dentro de la cartera de servicios de atención hospitalaria especializada hacia entidades de carácter privado, para reducir la demora en la atención especializada 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.

(...)

En cuanto a los servicios sanitarios objeto del presente expediente, éstos fueron solicitados, y por tanto prestados, 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 o bien autorizadas de carácter excepcional por esta misma Dirección del Área, a los proveedores que indicaron dichos responsables y que no pudieron asumir los hospitales públicos. Todos los servicios sanitarios fueron solicitados para atender la necesidad inmediata y urgente de asistencia requerida por los pacientes».

Así pues, se reconoce en el informe que los proveedores de los servicios fueron indicados por los responsables de la Dirección de Área o de los hospitales de referencia, y no a contratistas adjudicatarios de los correspondientes procedimientos de licitación. Por tanto, 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.

En consecuencia, la prestación del servicio de terapias respiratorias en el mes de noviembre de 2024 se produce de forma irregular, contraviniendo la normativa de contratación y prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, incurriendo en la causa de nulidad prevista en el art. 47.1.e) LPACAP.

La contratación verbal, salvo que el contrato tenga carácter de emergencia, está expresamente prohibida en la LCSP que dispone: «Las entidades del sector público no podrán contratar verbalmente, salvo que el contrato tenga, conforme a lo señalado en el artículo 120.1, carácter de emergencia» (art. 37.1 LCSP).

6. En cuanto a los efectos económicos de la declaración de nulidad de la contratación, de la documentación obrante en el expediente se pone de manifiesto que el inicio del presente expediente de revisión de oficio está motivado por la prestación del servicio en el mes de noviembre 2024, sin cobertura legal alguna.

Con relación a las facturas a la 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 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 restitución del valor de la prestación al contratista coincide con la totalidad del importe de las facturas en su momento presentadas, lo que incluye la totalidad del precio del contrato efectivamente ejecutado.

De todo lo expuesto cabe concluir que en los supuestos, como en el presente caso, en que la contratista ha manifestado buena fe, prestando el servicio a satisfacción de la Administración, aun concurriendo causa de nulidad al haberse dictado los actos preparatorios del contrato de servicios sanitarios, 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 coste del servicio realizado, por lo que hay que concluir que la Propuesta de Resolución debe liquidar el contrato por la cantidad igual al coste del servicio efectivamente realizado.

El incremento patrimonial, con el consiguiente empobrecimiento, resultaría de la ejecución de unos trabajos por el contratista en beneficio de la administración no abonados.

7. Resta por abordar la cuestión relativa a las consecuencias derivadas de la posible prestación del servicio durante periodos diferentes a los que son objeto del presente procedimiento de revisión de oficio y que se traduzcan en facturas que puedan emitirse al amparo del presente contrato cuya nulidad se dictamina.

En relación con ello, ya en nuestros Dictámenes 452/2023, de 7 de noviembre de 2023, 49/2024, de 25 de enero o 548/2024, de 2 de octubre, nos hemos pronunciado extensamente sobre esta circunstancia, a cuyo contenido nos remitimos.

Por tanto, tratándose de un servicio de tracto sucesivo, es forzoso concluir que una vez dictaminada la nulidad de esta contratación, 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.

Esta situación, a todas luces irregular, debe cesar mediante el inicio efectivo del oportuno procedimiento de contratación conforme a las previsiones de la LCSP, y su finalización mediante adjudicación y formalización del contrato correspondiente.

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, como tal, no puede prolongarse en el tiempo.

Además, se reconoce que los servicios sanitarios fueron solicitados a los proveedores que indicaron los responsables de la Dirección de área, es decir, vulnerando de manera flagrante los básicos principios que rigen la contratación pública. Además, se constata que este hecho no se produce de manera puntual, sino que se trata de una práctica habitual y reiterada por parte de la Dirección de Área de Salud de Tenerife, a la vista del número de dictámenes solicitados a este Consejo Consultivo sobre procedimientos de revisión de oficio en relación con las prestaciones sanitarias competencia del Servicio Canario de Salud, incluidas dentro de la cartera de servicios, en este caso, de atención hospitalaria especializada.

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

9. Para finalizar, este Consejo Consultivo no puede dejar de señalar que, al igual que lo hemos indicado así en otros pronunciamientos anteriores (por todos, Dictámenes 119 y 120/2024, de 7 de marzo, y 202/2024, de 24 de abril), del examen del expediente se desprende que la finalidad del procedimiento de revisión de oficio, en este caso, es el pago de unas facturas.

En casos como el que analizamos, el procedimiento de revisión de oficio no sirve a los fines que le son propios, haciéndose un uso fraudulento del mismo e incurriéndose en una clara desviación de poder (art. 70.2, párrafo segundo de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa). En efecto, cuando lo que se persigue a través de la revisión de oficio no es,

principalmente, la depuración del ordenamiento jurídico -tratando de expulsar de éste aquellos actos firmes en vía administrativa que adolezcan de vicios especialmente graves y determinantes de su nulidad de pleno derecho-, sino su instrumentalización, es decir, su utilización como mecanismo que permita soslayar todas aquellas circunstancias que impiden hacer efectivo el pago de facturas debidas a los contratistas (*v.gr.*, levantamiento de los posibles reparos de la Intervención), nos encontramos ante un uso fraudulento o, cuanto menos, abusivo de dicha potestad revisora.

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 atención a tales circunstancias, y como se ha advertido en otros pronunciamientos de este Organismo consultivo (*v.gr.*, Dictámenes 119 y 120/2024, de 7 de marzo), *« (...) antes de incoar un procedimiento de revisión de oficio la Administración actuante debe valorar concienzudamente la necesidad de acudir al citado procedimiento excepcional, debiendo valorar otras alternativas de convalidación o resolución del reparo y sólo acudir a este instrumento excepcional cuando existan auténticas causas de nulidad de pleno derecho y la infracción sea grave, evidente y palmaria, en los términos ya indicados en este mismo Fundamento».*

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución del procedimiento administrativo de revisión de oficio para la declaración de nulidad de diversos contratos de servicios públicos de prestación sanitaria, realizado por la empresa (...), por importe total de 483.721,41 €, correspondiente al mes de noviembre de 2024, se considera conforme a Derecho, dictaminándose favorablemente, en virtud de los razonamientos expuestos, al concurrir una causa de nulidad de Pleno Derecho en los términos indicados, sin perjuicio de las observaciones señaladas en el Fundamento I.5 sobre el órgano competente para resolver el procedimiento de revisión de oficio y las advertencias señaladas en cuanto a la improcedencia de considerar la existencia de varios contratos administrativos de servicios, expresadas en el apartado 2 del Fundamento

IV del presente Dictamen, así como, la imposibilidad de utilizar este procedimiento de revisión de oficio como forma habitual de contratación.