Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 21 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 la contratación de servicios públicos de prestación sanitaria, prestados por la entidad (...), por importe total de 165.976,50 euros, durante el mes de noviembre de 2024 (EXP. 171/2025 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, suscritos con la entidad (...) por importe total de 165.976,50 €, 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).

[*] **Ponente: Sra. de León Marrero.**

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).

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 (Resonancias magnéticas) por importe de 165.976,50 euros, en el 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 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 LPACAP, que dispone que, cuando estos procedimientos se hubieran iniciado de oficio, como es el caso, el transcurso del plazo de seis meses desde su inicio 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 con la entidad (...).

En el mismo se indica lo siguiente:

« (...) Desde hace tiempo, el Área de Salud de Tenerife, en aras de dar solución a la creciente demanda de pruebas diagnósticas por parte de los centros hospitalarios públicos dependientes de dicha área, ha promovido la derivación de pruebas diagnósticas. Ante ello, en el año 2022, el SCS licitó este tipo de pruebas la cuales fueran adjudicadas a distintos centros privados. Trascurrido el tiempo, se ha demostrado que la oferta de pruebas diagnósticas licitadas y adjudicadas en el año 2022, no fueron suficientes para cubrir la demanda que históricamente ha existido en la isla y que aumenta considerablemente año tras año.

Ante el crecimiento en la prescripción de pruebas diagnósticas, inasumibles por las entidades adjudicatarias tras la licitación referida, además de la preocupante lista de espera existente a fecha de este informe, se ha promovido expediente, el cual se encuentra en tramitación, de encargo a medio propio con la entidad (...), consistente en la prestación de servicio público sanitario para la realización de estudios diagnósticos empleando la tecnología de imagen por Resonancia magnética a los pacientes que se deriven por parte del SCS , y de esta forma, formalizar su situación con el servicio que presta al SCS, respecto a la declaración en nulidad de los actos referidos.

Esta Dirección del Área de Salud de Tenerife, ha canalizado y cursado durante el mes de noviembre la derivación solicitada por los hospitales de referencia de Tenerife integrados en la red hospitalaria pública para usuarios y pacientes del SCS, de estas pruebas a la entidad (...). y que aquéllos reciban la prestación de éstos servicios sanitarios y asistenciales que no pueden asumir los hospitales públicos. Las pruebas generadas, a efectos de facturación y contabilización, se han declarado en nulidad, procediendo, previa comprobación de las pruebas realizadas y los precios aplicados, al pago de las correspondientes facturas.

(...)

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 NOVIEMBRE, 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 neto de ciento sesenta y cinco mil novecientos setenta y seis euros con cincuenta céntimos (165.976,50 .-euros)».

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

«- (...) (en adelante, (...)).

Empresa Pública propiedad del Cabildo Insular de Tenerife y del Servicio Canario de la Salud.

Resonancias Magnéticas.

Esta empresa no se encuentra dentro de la Orden del Consejero de Sanidad por la que se acordó la adjudicación de los acuerdos marco del expediente:18/T/21/SS/CO/A/0001, para la prestación del servicio de realización de los estudios diagnósticos empleando la tecnología de imagen por resonancia magnética, a los pacientes derivados por el Servicio Canario de Salud y para la interpretación, análisis y emisión de informes de las pruebas de resonancia magnéticas realizadas con los equipos existente en los Hospitales públicos del Servicio Canario de Salud.

Se incluyen en éste expediente, para su revisión de oficio, Resonancias Magnéticas Nucleares no concertadas. Se encuentra en trámite la ejecución directa de esta prestación con la entidad, como medio propio, sin que medie para ello la necesidad de llevar a cabo un procedimiento de contratación pública.

Importe contratado: 165.976,50 .-euros».

En el Anexo II consta el proveedor, facturas e importes correspondientes

(...) - ((...))					(...)
OBJETO DE LA PRESTACIÓN	PERIODO	N.º SERIE FACTURA	FECHA ENTRADA	FECHA PLAZO PAGO	IMPORTE FACTURA €
Servicio público de asistencia sanitaria	noviembre	EMIT-1702	20.12.2024	20.01.2025	165.976,50
				TOTAL	165.976,50

III

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

1. Mediante Orden n.º 1/2025 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 (...) y por el importe total de ciento sesenta y cinco mil novecientos setenta y seis

euros con cincuenta céntimos (165.976,50 .-euros), 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 la misma.

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 a la empresa prestadora del servicio y se le otorga trámite de audiencia, expresando su conformidad con el procedimiento de revisión de oficio para declarar la nulidad de contratos administrativos de Servicios Públicos de asistencia sanitaria (Resonancias magnéticas) por importe de 165.976,50 € en el mes de noviembre de 2024.

3. El 27 de febrero de 2025 se solicita la emisión de informe preceptivo de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Canarias el cual es emitido 24 de marzo de 2025.

4. 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 por el importe total de ciento sesenta y cinco mil novecientos setenta y seis euros con cincuenta céntimos (165.976,50 .-euros), 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.254.74.00 por un importe ciento sesenta y cinco mil novecientos setenta y seis euros con cincuenta céntimos (165.976,50 .-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».

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 de servicios y a la acumulación de procedimientos de revisión de oficio en uno solo.

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 constancia de la existencia de varias facturas, 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, y en el certificado de facturas, una única factura con entrada en el registro el 20 de diciembre de 2024, correspondiente a la prestación de asistencia sanitaria (resonancias magnéticas) llevada a cabo en el mes de noviembre de 2024, por la citada entidad.

Resulta, por tanto, improcedente referirse a la declaración de nulidad de varios contratos de servicios puesto que del expediente tramitado sólo consta una única factura por los servicios de resonancias magnéticas.

No obstante, 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 contrato 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.

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. No hay constancia de esos veintiocho expedientes de nulidad.

El art. 57 LPACAP permite al órgano administrativo que inicie o tramite un procedimiento, cualquiera que haya sido la forma de su iniciación, acordar la acumulación a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión, siempre que sea el mismo órgano quien deba tramitar y resolver el procedimiento.

De dicho precepto legal se deriva que la acumulación se puede acordar al tiempo de iniciarse el procedimiento o bien acordarse sobre procedimientos ya incoados, y puede hacerse de oficio o a instancia de parte. Además, el art. 57 LPACAP establece el requisito de que el órgano que decida la acumulación sea el mismo que deba tramitar y resolver el procedimiento y en cuanto al contenido de la decisión en sí, se exige que entre los procedimientos que se acumulan exista «íntima conexión» o *«identidad sustancial».*

En la Orden de inicio se indica que *«se estima oportuno la acumulación en un sólo expediente de nulidad de las diversas facturas correspondientes al mismo acreedor, dado que se trata de un mismo objeto, el abono de prestaciones sanitarias, y todos guardan identidad sustancial o íntima conexión, así como por razones de economía procedimental al ser el mismo órgano quien debe tramitar y resolver el procedimiento».*

Al respecto, indicar, como ya se ha dicho, que sólo consta una única factura, que aunque fueran varias las facturas existentes si se corresponden con el mismo servicio con la misma empresa se trata de un único contrato, y por otro lado, que resulta improcedente hablar de acumular diversas facturas, pues se trata de acumular procedimientos administrativos, en este caso, procedimientos de revisión de oficio. Y la identidad sustancial o íntima conexión va referida a los procedimientos que se acumulan, es decir, en este caso, sí existe dicha identidad sustancial porque en las distintas prestaciones llevadas a cabo por la misma empresa, existe la misma causa de nulidad de pleno derecho.

3. En cuanto a la causa de nulidad de pleno Derecho concurrente, en la Propuesta de Resolución, se señala, de un 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*».

Sin embargo, en el informe memoria emitido por la Dirección de Área de Salud de Tenerife se señala que la entidad (...) es una Empresa Pública propiedad del Cabildo Insular de Tenerife y del Servicio Canario de la Salud, y que se ha promovido expediente, el cual se encuentra en tramitación, de encargo a medio propio con la entidad (...), consistente en la prestación de servicio público sanitario para la realización de estudios diagnósticos empleando la tecnología de imagen por Resonancia magnética a los pacientes que se deriven por parte del SCS, y de esta forma, formalizar su situación con el servicio que presta al SCS, respecto a la declaración en nulidad de los actos referidos.

Por tanto, en el presente caso nos encontramos ante un supuesto de encargo a medio propio personificado que tuvo lugar en el mes de noviembre de 2024.

La LCSP establece una regulación específica para los encargos a medios propios personificados, como *«sistema de cooperación vertical consistente en el uso de medios propios personificados en el sentido y con los límites establecidos en el artículo 32 para los poderes adjudicadores, y en el artículo 33 para los entes del sector público que no tengan la consideración de poder adjudicador, en el ejercicio de su potestad de auto organización»* (art. 31 LCSP).

Esta figura constituye una excepción a los principios que rigen la contratación pública recogidos en el art. 1 LCSP de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores.

Ahora bien, los encargos a medios propios personificados no pueden considerarse contratos públicos. Así lo declara con nitidez el art. 32.1 *in fine* LCSP cuando establece que el encargo que cumpla los requisitos legalmente establecidos para tener la condición de tal *«no tendrá la consideración de contrato».* Esta declaración legal no es extraña si tenemos en cuenta que existen varias diferencias sustanciales entre el contrato público y el encargo.

Así, el contrato público entraña una relación jurídica bilateral y recíproca que liga a la entidad pública contratante con un tercero ajeno a ella, un contratista privado que normalmente carece de relación directa con aquella. Por el contrario, el encargo a un medio propio personificado es una forma de cooperación entre entidades del sector público que se realiza con otra persona jurídica que guarda una relación especial con la entidad que realiza el encargo, al estar sometida a su control y cumplir una serie de requisitos muy específicos que designa el art. 32 LCSP.

La consideración de medio propio de una entidad del sector público supone que el negocio jurídico se provee *«in house»*, esto es, mediante una relación jurídica interna basada en la autoridad de quien emite una orden ejecutiva que el medio propio está obligado a cumplir, no mediante una relación externa como el contrato público.

La consecuencia inmediata que la ley apareja a esta distinción es que el encargo supone una excepción a la calificación de contratos públicos de los diferentes negocios jurídicos o de las distintas relaciones jurídicas contemplados en la LCSP.

Ante esta circunstancia, aunque su regulación se incluya en la LCSP, el encargo a medios propios a que aluden los arts. 32 y 33 LCSP queda sujeto a las estrictas normas que establecen estos preceptos, configurándose como un supuesto de adjudicación directa de la ejecución de una prestación en el que, por razones organizativas internas de la entidad encargante -que cuenta con un medio propio capaz de ejecutar una determinada prestación bajo ciertas condiciones- se permite prescindir de las licitaciones públicas y de la aplicación del principio de libertad de acceso a las licitaciones que es propio de los contratos públicos. En este sentido, la propia LCSP –art. 32.1- declara que los poderes adjudicadores «podrán organizarse» ejecutando de manera directa prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios valiéndose de un medio propio personificado. Así, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón tiene establecido que «La figura de los encargos a medios propios es una técnica auto-organizativa de cooperación vertical» (Resolución 75/2017).

Centrándonos en el aspecto procedimental de estos encargos, el art. 32.6 LCSP establece las siguientes normas al disponer:

«Los encargos que realicen las entidades del sector público a un ente que, de acuerdo con los apartados segundo, tercero o cuarto de este artículo, pueda ser calificado como medio propio personificado del primero o primeros, no tendrán la consideración jurídica de contrato, debiendo únicamente cumplir las siguientes normas:

a) El medio propio personificado deberá haber publicado en la Plataforma de Contratación correspondiente su condición de tal; respecto de qué poderes adjudicadores la ostenta; y los sectores de actividad en los que, estando comprendidos en su objeto social, sería apto para ejecutar las prestaciones que vayan a ser objeto de encargo.

b) El encargo deberá ser objeto de formalización en un documento que será publicado en la Plataforma de Contratación correspondiente en los supuestos previstos del artículo 63.6. El documento de formalización establecerá el plazo de duración del encargo.

c) Los órganos de las entidades del sector público estatal que tengan la condición de poder adjudicador en virtud de lo dispuesto en el artículo 3.3 de esta Ley, necesitarán autorización del Consejo de Ministros cuando el importe del gasto que se derive del encargo, sea igual o superior a doce millones de euros.

La autorización del Consejo de Ministros a que se refiere el párrafo anterior deberá obtenerse antes de la suscripción del encargo por el órgano competente. Una vez obtenida la autorización, corresponderá a los órganos competentes la aprobación del gasto y suscripción del encargo, de conformidad con lo dispuesto en las respectivas normas.

A efectos de obtener la citada autorización, los órganos competentes deberán remitir al menos los siguientes documentos: el texto del encargo; el informe del servicio jurídico; así como el certificado de existencia de crédito o, tratándose de poderes adjudicadores con presupuesto estimativo, los documentos equivalentes que acrediten la existencia de financiación.

Requerirán igualmente la previa autorización del Consejo de Ministros las modificaciones de encargos autorizados por el Consejo de Ministros, cuando superen el 20 por cien del importe del encargo.

La autorización que otorgue el Consejo de Ministros será genérica para la suscripción del encargo, sin que en ningún caso implique una validación de los trámites realizados, ni exima de la responsabilidad que corresponda a las partes respecto de la correcta tramitación y realización del encargo».

Así pues, los requisitos procedimentales exigidos por el art. 32 LCSP, en el caso de los órganos de las entidades del sector público autonómico y local, para llevar a cabo encargos a medios propios personificados se pueden esquematizar en los siguientes:

a) Tener la consideración de medio propio personificado conforme a los apartados 2, 3 o 4 del art. 32 LCSP.

b) Que se haya publicado en la Plataforma de Contratación correspondiente:

* La condición de medio propio personificado.

* Los poderes adjudicadores respecto de los que ostenta tal condición.

* Los sectores de la actividad en los que sería apto para ejecutar las prestaciones que vayan a ser objeto de encargo, siempre que estén comprendidos dentro de su objeto social.

c) La formalización en un documento en el que se establezca el plazo de duración.

d) La publicación del documento de formalización en la Plataforma de Contratación en los siguientes supuestos:

* Encargos cuyo importe fuera superior a 50.000 euros.

* Trimestralmente respecto de los encargos de importe superior a 5.000 euros.

e) La aprobación de tarifas por la entidad pública de la que dependa el medio propio personificado (art. 32.1 y 2 LCSP).

Tal como se puede advertir, esta regulación se diferencia notablemente de lo que sucedía con las regulaciones pretéritas que excluían de su ámbito de aplicación los *«negocios jurídicos»* que se encomiendan a *«los entes, organismos y entidades del sector público*» como «medios propios y servicios técnicos» de aquellos poderes adjudicadores para los que realicen la parte esencial de su actividad cuando estos ostenten sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios [art. 4.1.n) en relación con el art. 24.6 tanto de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP 2007) como del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP)], y remitían a la regulación prevista en el art. 15 de la Ley la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC) y, posteriormente, en el art. 11 LRJSP, que exigían como requisitos para llevar a cabo el encargo: la formalización del acuerdo expreso para llevar a cabo el encargo y su publicación en el Diario oficial correspondiente; expresa mención de la actividad o actividades a las que afecten; el plazo de vigencia; y, la naturaleza y alcance de la gestión encomendada.

Por el contrario, la actual LCSP relaja los requisitos procedimentales para realizar el encargo (publicación en la Plataforma de Contratación, formalización en documento con expresión de su duración y, en su caso, publicación del mismo en dicha Plataforma, y, aprobación de las tarifas), reforzando, sin embargo, mediante la exhaustiva regulación que se establece en el art. 32 apartados 2, 3 y 4 LCSP, los

requisitos exigidos para que una persona jurídica pueda tener la consideración de medio propio personificado.

4. Pues bien, dicho todo cuanto antecede, en primer lugar, en el presente caso, como se ha señalado, por la Administración autonómica se alega como causa de nulidad que se ha efectuado la prestación prescindiendo de los trámites esenciales del procedimiento previsto en la LCSP, incurriendo en el supuesto de hecho previsto en el art. 39.1.a) de la citada ley con relación al art. 47.1.e) LPACAP, ya que los servicios fueron prestados sin la cobertura del contrato. Por tanto, debe analizarse si efectivamente, en el presente caso, se ha incurrido en la causa de nulidad prevista en el art. 47.1.e) LPACAP.

En el informe memoria se indica que (...) es una Empresa Pública propiedad del Cabildo Insular de Tenerife y del Servicio Canario de la Salud y que existe un expediente en tramitación, de encargo a medio propio con esta entidad.

(...) es una empresa pública, que desarrolla, entre otras, las funciones consistentes en la instalación, puesta en funcionamiento y la explotación de equipos médicos asistenciales de Resonancia Magnética, Tomógrafos, Equipos de Hemodinámica, Ecógrafo, Angiorradiología, Radiología, Terapéuticos de Medicina Hiperbárica, y cualesquiera otros equipos para el diagnóstico o tratamiento de pacientes que los demande, y la prestación como servicios públicos de orden sanitario y a la población, en general, de las técnicas y estudios generados por dichos equipos (artículo 2 de sus Estatutos Sociales).

Según el art. 6 de los Estatutos sociales, «el Cabildo Insular de Tenerife y el Servicio Canario de la Salud, entidades de carácter público, son los propietarios exclusivos de todas las acciones representativas del capital social que podrá ser aumentado con arreglo a las disposiciones de la legislación vigente en esta materia. Al ser dichas entidades las propietarias exclusivas de las acciones y ostentar sobre esta sociedad un control análogo al que tiene sobre sus servicios, esta tendrá el carácter de medio propio y servicio técnico de la misma, por lo que le podrán encomendar cualesquiera actividades comprendidas o relacionadas con el objeto social».

En todo caso, aunque se careciera de algunos requisitos, ello no constituiría causa de nulidad de pleno derecho por mor de lo previsto en el art. 40.c) LCSP que expresamente establece:

«Son causas de anulabilidad de derecho administrativo las demás infracciones del ordenamiento jurídico y, en especial, las de las reglas contenidas en la presente Ley, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

En particular, se incluyen entre las causas de anulabilidad a las que se refiere el párrafo anterior, las siguientes:

(...)

c) Los encargos que acuerden los poderes adjudicadores para la ejecución directa de prestaciones a través de medios propios, cuando no observen alguno de los requisitos establecidos en los apartados 2, 3 y 4 del artículo 32, relativos a la condición de medio propio».

En este mismo sentido viene a pronunciarse el Consejo Consultivo de Asturias en su Dictamen 125/2020, de 21 de mayo, señalando que: *«en relación con los encargos a medios propios el legislador solo concreta un supuesto singular de invalidez, que es de mera anulabilidad y además ajeno a la formalización del encargo, pues afecta a la condición sustantiva de medio propio del destinatario. Así se explicita en el artículo 40 de la LCSP, conforme al cual incurren en anulabilidad los encargos que acuerden los poderes adjudicadores para la ejecución directa de prestaciones a través de medios propios, cuando no observen alguno de los requisitos establecidos en los apartados 2, 3 y 4 del artículo 32, relativos a la condición de medio propio.*

(...) respecto a ese precepto procede advertir que en el borrador del anteproyecto sometido a consulta del Consejo de Estado se contemplaba como un supuesto de nulidad radical, pero precisamente en el dictamen del Alto Cuerpo Consultivo, aprobado en sesión de 10 de marzo de 2016, se estimó que, "tomando en cuenta lo excepcional de la nulidad de pleno derecho y la circunstancia de que este tipo de vicios podrán hacerse valer a través de la vía del recurso especial en materia de contratación, parece más aconsejable seguir únicamente este último cauce como el apropiado para impugnar (...) la formalización de encargos de forma ilegal, sin configurar a tales supuestos como de nulidad de pleno derecho". Así pues, el legislador no solo acogió el criterio del Consejo de Estado, sino que para disipar cualquier duda introdujo en el artículo mencionado -artículo 40 de la LCSP- la precisión de que, "en particular, se incluyen entre las causas de anulabilidad" las relativas a encargos a medios propios que no reúnan tal condición. En definitiva, calificados como anulables los incumplimientos de los condicionantes materiales impuestos al ente instrumental, podría compartirse el criterio de que su idoneidad o suficiencia sea verificable con ocasión de cada encargo, pero procede señalar que su eventual omisión no merece una tacha de nulidad radical».

Como se ha indicado en líneas precedentes, la utilización de medios instrumentales para la gestión de servicios propios, conocida en la terminología inglesa como *in house providing*, carece de la consideración de contrato, tal y como recuerdan los transcritos arts. 6 y 32 apartado 1 de la LCSP, por lo que no está sometido a los requisitos y procedimiento propios de los contratos, por lo que resulta improcedente considerar que, en este caso, la prestación fue solicitada por la Administración a la contratista prescindiendo total y absolutamente del procedimiento de adjudicación del contrato que correspondía y eludiendo los principios de publicidad y concurrencia.

En este caso, aunque no consta el documento de formalización del encargo ni, consecuentemente, su publicación -en su caso- en la Plataforma de Contratación, se indica que existe un expediente de encargo a medio propio con esta entidad que se encuentra en tramitación.

Para la declaración de nulidad de pleno derecho pretendida no basta con la mera invocación de cualquier vicio o anomalía formal, sino que es preciso que se haya prescindido «*total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido*», bien porque no se haya observado procedimiento alguno, bien porque se hubiera seguido un procedimiento distinto al legalmente establecido, o bien porque, aun siguiendo el procedimiento debido, se hubieran omitido trámites esenciales de éste que causen indefensión material a los interesados. Asimismo, y de acuerdo con la doctrina reiterada de este Consejo Consultivo de Canarias, la concurrencia de los citados vicios de procedimiento ha de ser manifiesta, patente, palmaria y ostensible, como así lo exige la interpretación restrictiva de las causas de nulidad de pleno Derecho.

De tal forma que no cualquier irregularidad puede dar lugar a la nulidad de pleno derecho pretendida, por cuanto la Jurisprudencia viene declarando que no basta la omisión de alguno de los trámites legalmente exigibles, sino que resulta necesario ponderar en cada caso las consecuencias producidas por tal omisión a la parte interesada, la falta de defensa que realmente haya originado y, sobre todo, lo que hubiera podido variar el acto administrativo originario en caso de haberse observado el trámite omitido. Dicho en otros términos, que sea un acto verbal no es sinónimo de que se haya dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido y que, por tanto, esté incurso en vicio de nulidad (SSTS de 17 de octubre de 1991 y 31 de mayo de 2000).

Expuesto lo que antecede, este Consejo considera que la ausencia del documento de formalización del encargo y su consiguiente publicación no tienen entidad suficiente para ser incardinada en la causa de nulidad prevista en el art. 47.1.e) LPACAP, consistente en haber prescindido total y absolutamente del procedimiento establecido legalmente, dado que, ponderando las circunstancias del caso, las consecuencias producidas por la omisión de tal trámite no ha originado indefensión a ninguna persona interesada en el encargo -física o jurídica- y, sobre todo, el acto administrativo originario no hubiese variado en caso de haberse observado el trámite omitido.

Además, tal como señalaba el Consejo de Estado en su Dictamen 1116/2015, de 10 de marzo de 2016, emitido con ocasión del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público:

«Finalmente, son también rigurosamente nuevas como causas de nulidad las previstas por el artículo 39 en sus apartados 2.h) y 3.b), que disponen de forma respectiva lo siguiente:

"2. Serán igualmente nulos de pleno derecho los contratos celebrados por poderes adjudicadores en los que concurra alguna de las causas siguientes: (...) h) El incumplimiento de las circunstancias y requisitos exigidos para la modificación de los contratos en los artículos 202 y 203". "3. Serán nulos de pleno derecho, asimismo: (...) b) Los encargos que acuerden los poderes adjudicadores para la ejecución directa de prestaciones a través de medios propios, cuando no observen alguno de los requisitos establecidos en los apartados 2, 3 y 4 del artículo 32, relativos a la condición de medio propio".

Ambos supuestos se han añadido también por el anteproyecto como nuevos actos que podrán ser objeto del recurso especial en materia de contratación, en los términos del artículo 44.2 del anteproyecto:

"Podrán ser objeto del recurso las siguientes actuaciones: (...) d) Las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 202 y 203 de la presente Ley, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación. e) La formalización de encargos a medios propios en los casos en que éstos no cumplan los requisitos legales".

Nuevamente, tomando en cuenta lo excepcional de la nulidad de pleno derecho y la circunstancia de que este tipo de vicios podrán hacerse valer a través de la vía del recurso especial en materia de contratación, parece más aconsejable seguir únicamente este último cauce como el apropiado para impugnar las modificaciones que no cumplan con lo establecido en los artículos 202 y 203 de la Ley (sería mejor, por lo demás, usar la expresión remarcada que es la que emplea el artículo 44.2.a) del anteproyecto: modificaciones "basadas en el

incumplimiento" de tales preceptos) y la formalización de encargos de forma ilegal, sin configurar a tales supuestos como de nulidad de pleno derecho».

En este caso, a diferencia de lo que disponía el Anteproyecto de la vigente LCSP -como también así ha considerado el Consejo Consultivo de Asturias en su Dictamen ya citado- el legislador excluyó como causa de nulidad de pleno derecho el incumplimiento de los requisitos establecidos en los apartados 2, 3 y 4 del art. 32 LCSP, pasando a considerarse una causa de mera anulabilidad, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 40.c) LCSP vigente, y cuyo incumplimiento tiene una vía específica para su impugnación.

Efectivamente, el art. 44.2.e) LCSP dispone que: *«Podrán ser objeto del recurso las siguientes actuaciones: (...) e) La formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales»,* de tal forma que existiendo un cauce procesal específico para hacer valer este tipo de vicios, y en aplicación de la reiterada doctrina jurisprudencial y doctrinal que exigen una interpretación restrictiva de las causas de nulidad en aras de salvaguardar la seguridad del tráfico jurídico, consideramos que en el presente caso no concurre la causa de nulidad invocada. Y ello sin perjuicio de que las infracciones sean susceptibles de anulabilidad y de una eventual convalidación de actos administrativos.

No obstante lo expuesto, los encargos a medios propios personificados se deberán ajustar en todos sus términos a las previsiones contenidas en el art. 32 LCSP, incluyendo su formalización en los términos previstos en el apartado 6.b de dicho precepto.

5. 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, que, si bien emitido en relación con los actos de preparación y de adjudicación de contratos administrativos, es perfectamente trasladable, *mutatis mutandi*, a los supuestos de encargos a medios propios personificados:

«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 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.

Como hemos repetido en otras ocasiones, este Consejo Consultivo dictamina, entre otras cuestiones y conforme a su Ley reguladora, revisiones de oficio de actos administrativos, 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).

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

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 entidad (...), por importe total de 165.976,50 €, correspondiente al mes de noviembre de 2024, no se considera conforme a Derecho, dictaminándose desfavorablemente, en virtud de los razonamientos expuestos en el Fundamento IV del presente Dictamen.