



Sra. Salgueiro Cortiñas, Presidenta

Sr. Estella Hoyos, Consejero

Sr. Fernández Costales, Consejero

Sr. Pérez Solano, Consejero

Sr. Quijano González, Consejero y
Ponente

Sr. Madrid López, Consejero

Sr. Nalda García, Consejero

Sr. Sobrini Lacruz, Secretario

La Sección Segunda del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 4 de octubre de 2006, ha examinado el *expediente de revisión de oficio incoado por la Gerencia de Salud de las Áreas de xxxxx*, y a la vista del mismo y tal como corresponde a sus competencias, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

I

ANTECEDENTES DE HECHO

El día 5 de septiembre de 2006 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *expediente de revisión de oficio de los actos del Gerente de Salud de las Áreas de xxxxx de derivación de pacientes al Hospital hhhhh durante los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2005 y enero de 2006, incoado por la Gerencia Regional de Salud*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 6 de septiembre de 2006, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 887/2006, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, previa ampliación del mismo, tal como dispone el artículo 53 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo, aprobado por el Decreto 102/2003, de 11 de septiembre. Turnado por la Sra. Presidenta del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Quijano González.

Primero.- Como consecuencia del Plan institucional de reducción de listas de esperas quirúrgicas, durante los meses de octubre, noviembre y



diciembre de 2005 y enero de 2006, la Gerencia de Salud de las Áreas de xxxxx canalizó pacientes beneficiarios de la Seguridad Social al Hospital hhhhh con el fin de ser intervenidos en procedimientos quirúrgicos. Esta derivación se produjo, en algunos casos, mediante orden de asistencia autorizada por el Gerente, en otros, por decisión del mismo Gerente.

Los procedimientos quirúrgicos a los que se sometió a los pacientes derivados al Hospital hhhhh durante el citado periodo de tiempo fueron, según los datos que obran en el expediente remitido, "escisión de lesión de vaina tendón mano, liberación del túnel carpiano, reparación unilateral de hernia inguinal, extracción + lio, artroscopia diagnóstica de rodilla, otra fasciostomía de mano y escisión unilateral de *hallus valgus*".

Los gastos ocasionados por los servicios prestados por el Hospital hhhhh a los pacientes beneficiarios de la Seguridad Social derivados a este centro privado ascienden, según las facturas emitidas por el mismo, a un total de 415.939,06 euros.

Segundo.- El 31 de julio de 2006 la Directora Gerente de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León acuerda iniciar de oficio el procedimiento de revisión para la declaración de nulidad de pleno derecho de los actos de la Gerencia de Salud de las Áreas de xxxxx por los que se derivaron pacientes al Hospital hhhhh durante los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2005 y enero de 2006.

Este acuerdo es notificado al Hospital hhhhh el 9 de agosto de 2006, sin que conste en el expediente que el citado centro haya presentado escrito de alegaciones.

Tercero.- El 18 de agosto de 2006 la Dirección General de Administración e Infraestructuras de la Gerencia Regional de Salud emite la propuesta de resolución en la que se señala que procede declarar la nulidad de pleno derecho de los actos de la Gerencia de Salud de las Áreas de xxxxx por los que se derivaron pacientes al Hospital hhhhh durante los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2005 y enero de 2006.



Cuarto.- El 25 de agosto de 2006 la Asesoría Jurídica de la Gerencia Regional de Salud informa favorablemente sobre la citada propuesta de resolución.

En tal estado de tramitación, se dispuso la remisión del expediente al Consejo Consultivo de Castilla y León para que emitiera dictamen.

II CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1ª.- El Consejo Consultivo de Castilla y León dictamina en el presente expediente, con carácter preceptivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 4.1.h), 2º de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, correspondiendo a la Sección Segunda emitir el dictamen según lo establecido en el punto 4º, regla B), apartado g), del Acuerdo de 30 de octubre de 2003, del Pleno del Consejo, por el que se determina el número, orden, composición y competencias de las Secciones.

Además, el carácter preceptivo del dictamen del Consejo Consultivo resulta justificado, con toda claridad, a tenor de lo dispuesto en el artículo 102.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC). Del referido artículo se deduce que dicho dictamen es, además de preceptivo, habilitante de la ulterior decisión revisora de la Administración, ya que sólo puede declarar la nulidad del acto si dicho dictamen hubiera sido favorable, esto es, estimatorio de la nulidad denunciada.

2ª.- El procedimiento se ha instruido con arreglo a lo previsto en el artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

La competencia para resolver el procedimiento de revisión de oficio corresponde a la Directora Gerente de la Gerencia Regional de Salud, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 63.1 de la Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León, 62 y 64.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, texto refundido



aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante, LCAP), en relación con los artículos 13.4 y 102.1 de la LRJPAC.

3ª.- Para dar curso al procedimiento de revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho (capítulo I del título VII de la LRJPAC, afectado por la reforma introducida por la Ley 4/1999, de 13 de enero), es necesario que concurran los siguientes presupuestos:

- Que los actos sean favorables.

- Que se encuentren en la enumeración del artículo 62, apartado 1, o los que al amparo de la última letra del citado precepto estén expresamente previstos en una ley. Esto es así porque el artículo 102 de la LRJPAC tiene como objeto facilitar la depuración de los vicios de nulidad radical o absoluta de que adolecen los actos administrativos, con el inequívoco propósito de evitar que por el transcurso de los breves plazos de impugnación de aquéllos derive en su consolidación definitiva. Se persigue, pues, mediante este cauce procedimental ampliar las posibilidades impugnatorias, evitando que una situación afectada por una causa de nulidad de pleno derecho quede perpetuada en el tiempo y produzca efectos jurídicos pese a adolecer de un vicio de tan relevante trascendencia.

Sin embargo, esta acción de nulidad no está concebida para canalizar cualquier infracción del ordenamiento jurídico que pueda imputarse a un acto administrativo, sino sólo aquellas que constituyan un supuesto de nulidad plena, previsto en el artículo 62.1 de la LRJPAC (Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de septiembre de 2002).

- Que pongan fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, si bien este último es un requisito que sólo jugará cuando se inicie la revisión a instancia del interesado, y no cuando el procedimiento sea instado de oficio por la propia Administración autora del acto, como en el caso que nos ocupa.

4ª.- En cuanto a la determinación de los actos cuya nulidad de pleno derecho se pretende, hemos de partir, según señala la propuesta de resolución, del hecho de que son los dictados por el Gerente de Salud de las Áreas de



xxxxx por los que se canalizaron pacientes al Hospital hhhhh para ser intervenidos mediante procedimientos quirúrgicos.

Estos actos fueron adoptados en virtud del artículo primero, apartado 1.b) de la Resolución de 12 de enero de 2004, del Director Gerente de la Gerencia Regional de Salud, sobre delegación de competencias en diferentes órganos de la misma (apartado relativo a la delegación de la competencia para celebrar "contratos de gestión de servicios públicos, de servicios y de suministros con cargo a los créditos del capítulo II del Presupuesto de gastos, que correspondan a su centro de gestión, cuya cuantía sea inferior a 2.000.000 de euros"), vigente en el momento en que se produjeron los hechos.

Materialmente, y según la propuesta de resolución, los actos de derivación de pacientes consistieron en órdenes de asistencia autorizada por el Gerente, en algunos casos, y decisiones del mismo Gerente, en otros.

De acuerdo con los informes de la División de Asistencia Sanitaria en relación con las notas de reparo relacionadas con las facturas emitidas por la Clínica hhhhh (folios nº 61 y 62, 82 y 83 del expediente), la derivación de estos pacientes se produjo de la siguiente manera:

"a) Se recibían en la Gerencia de Salud de las Áreas de xxxxx desde los Servicios de Admisión de los hospitales ccccc de xxxxx, Universitario rrrrr, y Comarcal de mmmmm, copia de los protocolos de inclusión en Lista de Espera Quirúrgica de los pacientes que decidían dichos hospitales derivar para operar en Centros Concertados.

»b) Desde la Gerencia de Salud de las Áreas de xxxxx, una vez recibidos los protocolos de intervención quirúrgica del hospital correspondiente se llamaba a los pacientes para solicitar su conformidad para derivarles al Centro Concertado.

»c) Una vez obtenida la autorización telefónica de los pacientes, se hacía una relación diaria de los que habían aceptado la derivación y con los protocolos correspondientes se enviaba al Centro Concertado".



Nos hallamos, por lo tanto, ante un supuesto en que la prestación efectiva de un servicio sanitario se produjo mediante la contratación “verbal” de la misma.

En materia de contratación de las administraciones públicas, rige el criterio de que éstas sólo pueden contratar verbalmente en caso de expedientes de emergencia (artículo 55 de la LCAP), supuesto en que el acto administrativo de adjudicación –principal y casi único acto preparatorio en este tipo de expedientes– será verbal.

En el supuesto que nos ocupa, los informes de la División de Asistencia Sanitaria e Inspección citados ponen de manifiesto que “en todos los casos se trata de tratamientos necesarios, que no podían recibir los pacientes en los Hospitales Públicos antes de los 150 días establecidos en el Plan Institucional de Reducción de Listas de Espera de SACYL”.

A pesar de que no parece que nos encontremos ante un expediente de emergencia que justifique la falta de constancia escrita de las órdenes de derivación de los pacientes, la degradación de la forma del acto administrativo o del procedimiento de producción del mismo no altera la naturaleza jurídica de aquél, es decir, el defecto de forma no convierte al acto en actuación de derecho privado, ni altera su régimen jurídico, sin perjuicio de las consecuencias en lo que se refiere a la validez del acto. Para determinar su naturaleza y régimen se atiende a la esencia del acto, no obstante sus defectos extrínsecos, por lo que cabe calificar los actos del Gerente de Salud de las Áreas de xxxxx como un supuesto de contratación verbal en el que se ha prescindido tanto de la forma del contrato y del expediente de contratación, como del procedimiento de adjudicación.

Tratándose de un acto verbal, hemos de acudir a lo señalado en el artículo 55.2 de la LRJPAC, que determina que “en los casos en que los órganos administrativos ejerzan su competencia de forma verbal, la constancia escrita del acto, cuando sea necesaria, se efectuará y firmará por el titular del órgano inferior o funcionario que la reciba oralmente, expresando en la comunicación del mismo la autoridad de la que procede. Si se tratara de resoluciones, el titular de la competencia deberá autorizar una relación de las que haya dictado de forma verbal, con expresión de su contenido”.



Se puede considerar como constancia escrita de los actos del Gerente de Salud de las Áreas de xxxxx, a pesar de que en el expediente no se definen como tal, los informes emitidos con fechas 24 y 31 de marzo de 2006 por la Jefa de División de Asistencia Sanitaria e Inspección (folios nº 12 a 27 y 63 a 68), en los que se relacionan “los pacientes intervenidos en el Hospital hhhhh, derivados por el Gerente de Salud de las Áreas de xxxxx de acuerdo con el Plan Institucional de Reducción de L.E.Q.”, incluyendo los datos relativos a la patología que sufrían los pacientes, la identidad de éstos, así como las fechas de derivación y de intervención.

5ª.- En cuanto a la concurrencia en los citados actos de algunas de las causas de nulidad de pleno derecho descritas en el artículo 62, apartado 1, de la LRJPAC, hemos de atender en primer lugar a la recogida en la propuesta de resolución, que es la determinada por la letra e) del apartado 1º del citado artículo, que establece la nulidad de pleno derecho de los actos “dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados”.

Debe recordarse al respecto que la doctrina del Consejo de Estado y la jurisprudencia del Tribunal Supremo requieren, para que pueda haber lugar a la revisión de un acto firme motivado en la causa contemplada en el artículo 62.1.e), que la conculcación del procedimiento haya sido de tal magnitud que suponga la concurrencia de anomalías en la tramitación que no consistan en defectos leves. Es necesario apreciar con rigor que el procedimiento se ha violentado, de modo terminante y claro, sin que baste con haber prescindido de algún trámite, o que se ha producido alguna anomalía esencial en la tramitación.

Los procedimientos quirúrgicos a los que se sometieron los pacientes beneficiarios de la Seguridad Social que fueron derivados en virtud de distintos actos del Gerente de Salud de las Áreas de xxxxx se encuentran comprendidos, a la vista de lo señalado en la propuesta de resolución, en el ámbito de ejecución del contrato marco CMQ 1/2004 de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León, consecuencia del Plan institucional de reducción de listas de espera.



La determinación del régimen de contratación aplicable a la prestación de este tipo de servicios nos remite, por lo tanto, a lo dispuesto en la Resolución de 7 de abril de 2004 de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León, "por la que se anuncia concurso bajo la modalidad de concierto, para el otorgamiento del contrato marco de procedimientos quirúrgicos y hemodinámica cardíaca de Castilla y León. C.M.Q. Expte.: 29/2004" (BOCyL nº 72, de 16 de abril).

El apartado 2 de la cláusula 1 del pliego de cláusulas administrativas particulares que rige en el concurso para el otorgamiento del citado contrato marco señala que "el contrato o contratos derivados del concurso, tendrán la consideración de Contratos-Marco y su otorgamiento comportará los derechos y obligaciones derivados de dicha selección y del establecimiento de las condiciones técnicas y económicas mínimas, para la realización de los procedimientos sanitarios, que habrán de materializarse, en función de las necesidades de SACyL y entre los que resulten adjudicatarios del concurso, mediante Procedimiento Negociado".

Por su parte, el apartado 3 de la cláusula 3, relativo a los "procedimientos negociados para la ejecución posterior de los servicios objeto de concurso", establece que "una vez resuelto el concurso, el Órgano de Contratación comunicará a todas las Gerencias de Salud de Área/Gerencias de Atención Primaria/Gerencias de Atención Especializada, el resultado de aquél. La contratación efectiva de los servicios se realizará de acuerdo con las necesidades asistenciales y disponibilidades presupuestarias de cada Centro de Gasto mediante Procedimiento Negociado previsto en el artículo 159.2.f del Real Decreto Legislativo 2/2000".

De lo expuesto se deduce no sólo que se prescindió de la tramitación del procedimiento negociado previsto en el artículo 159.2.f de la LCAP que el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige en el concurso para el otorgamiento del contrato marco CMQ 1/2004 requería para la contratación efectiva de la prestación de los servicios de asistencia quirúrgica, sino que el Hospital hhhhh jamás habría podido resultar adjudicataria del citado procedimiento negociado, puesto que, de acuerdo con el pliego de cláusulas administrativas particulares, "el contrato o contratos derivados del concurso (...) habrán de materializarse (...) entre los que resulten adjudicatarios del concurso, mediante Procedimiento Negociado".



Así, aun apreciando el carácter restrictivo de las causas de nulidad, se llega a la conclusión de que la derivación de pacientes efectuada está incurso no sólo en la causa tipificada en el artículo 62.1.e) de la LRJPAC, sino también en la prevista en el apartado f) de este precepto.

Debe recordarse que el vicio de nulidad previsto en el artículo 62.1.f) de la LRJPAC (“actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición”) viene siendo interpretado muy estrictamente por el Consejo de Estado. Una aplicación en puridad de dicha categoría, de modo que permita darle significado y entidad propia por contraste con los supuestos de anulabilidad (artículo 63 de la misma LRJPAC), postula evitar un entendimiento amplio de los “requisitos esenciales” para la adquisición de facultades o derechos, pues de otro modo se llegaría fácilmente a una desnaturalización de las causas legales de invalidez.

Tal y como señalaba el Consejo de Estado en su Dictamen 1393/1998, de 9 de septiembre, procede recordar el criterio riguroso que se viene aplicando para subsumir un caso en el supuesto del artículo 62.1.f), por cuanto una laxitud en cuya virtud se pudiera transitar desde el vicio de legalidad a la apreciación, por concurrencia, de la ausencia de un requisito esencial (entendido por tal el legalmente exigido), arrasaría la distinción entre grados de invalidez y atentaría gravemente contra la seguridad jurídica al permitir cuestionar, en cualquier momento, no sólo los actos incursos en un vicio de singular relevancia para el interés público concreto y para el genérico comprometido en la legalidad del actuar administrativo, sino todos los actos en los que una prescripción legal hubiera sido vulnerada o un requisito legal se hubiera desconocido. Así pues, se requiere no sólo que se produzca un acto atributivo de derechos y que dicho acto sea contrario al ordenamiento jurídico, sino también que falten los requisitos esenciales, es decir, relativos a la estructura definitoria del acto, para la adquisición de los derechos por su beneficiario.

Ahora bien, en el presente caso, a juicio de este Órgano Consultivo, sí concurre este motivo de nulidad de pleno derecho aunque no haya sido invocado por la Administración, puesto que no es sólo que falte la tramitación del procedimiento negociado de contratación exigido por el pliego de cláusulas



administrativas que constituye ley del contrato, sino que falta el presupuesto, verdadero elemento estructural, necesario para la aplicación de la misma, en la medida en que, tal y como se pone de manifiesto en la propuesta de resolución, el Hospital hhhhh jamás habría podido licitar en ninguno de los procedimientos negociados para la ejecución posterior de los servicios objeto de concurso al no resultar adjudicataria de éste, constituyendo así un supuesto manifiesto de nulidad absoluta conforme al artículo 62.1.f) de la LRJPAC (criterio ya sostenido por este Órgano Consultivo, entre otros, en el Dictamen 373/2006, de 24 de mayo).

6ª.- En cuanto a los efectos de la declaración de nulidad, hemos de remitirnos, tal y como señala la propuesta de resolución, a lo dispuesto en el artículo 65 de la LCAP, según el cual “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”.

Con esta previsión se pretende que las irregularidades del procedimiento administrativo de contratación imputables a la Administración contratante no enerven la obligación de ésta de abonar las correspondientes contraprestaciones. Se invoca en estos casos el principio de no enriquecimiento injusto para fundar la obligación de la Administración de liquidar las prestaciones realizadas (así, Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1999 y 24 de octubre de 2005).

Los contratos declarados nulos han de ser liquidados cuando la declaración de nulidad o la resolución que anuló el contrato sea firme, siguiendo para ello las reglas generales del procedimiento administrativo (disposición adicional séptima de la LCAP, en relación con los artículos 68 a 101 de la LRJPAC).

En cualquier caso, es preciso recordar que la indemnización de daños y perjuicios al adjudicatario o a la Administración es independiente de la liquidación del contrato, que procede, en todo caso, sea cual sea la parte que resulte culpable de la invalidez (artículo 65.1 de la LCAP).



Así, “no siendo sólo el contrato administrativo válido la única fuente de las obligaciones en el Derecho Administrativo, ya que existe la gestión de negocios de la Administración, o, al menos, la posibilidad de ejercicio de la acción *in rem verso*” (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1996), cabe determinar, en consecuencia, que la obligación de pago por parte de la Administración de los servicios prestados por el hospital privado es incuestionable “tanto si se funda en el cuasi-contrato de negocios ajenos como si se apoya en el enriquecimiento injusto que impone al ente público la compensación del beneficio económico recibido”, por lo que procede declarar el derecho del Hospital hhhhh a recibir la cantidad de 415.939,06 euros.

III CONCLUSIONES

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla y León informa:

Procede revisar de oficio los actos de la Gerencia de Salud de las Áreas de xxxxx de derivación de pacientes al Hospital hhhhh durante los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2005 y enero de 2006, por estar incursos en las causas de nulidad a que se refieren los apartados e) y f) del artículo 62.1 de la LRJPAC, y reconocer el derecho del Hospital hhhhh a recibir la cantidad de 415.939,06 euros en concepto de abono de los servicios prestados.

No obstante, V.E. resolverá lo que estime más acertado.