



Sr. Pérez Solano, Presidente en funciones

Sr. Quijano González, Consejero
Sr. Madrid López, Consejero
Sr. Nalda García, Consejero y Ponente

Sr. Sobrini Lacruz, Secretario

La Sección Segunda del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 30 de agosto de 2007, ha examinado el *expediente de revisión de oficio incoado por la Gerencia Regional de Salud*, 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 17 de julio de 2007 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *expediente de revisión de oficio incoado por la Gerencia Regional de Salud para la declaración de nulidad de los actos de la Gerencia de Salud de Área de xxxxx, de derivación de pacientes al Instituto Oncológico de Guipúzcoa*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 19 de julio de 2007, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 697/2007, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, previa ampliación de éste, tal como dispone el artículo 53 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo, aprobado por el Decreto 102/2003, de 11 de septiembre. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo en funciones, correspondió su Ponencia al Consejero Sr. Nalda García.

Primero.- Durante los meses de junio de 2006 a marzo de 2007, la Gerencia Regional de Salud de Área de xxxxx deriva al Instituto Oncológico de Guipúzcoa a pacientes beneficiarios de la Seguridad Social, para recibir asistencia sanitaria (tratamientos oncológicos, que incluyen servicios de



hospitalización, tratamiento de iridio, TAC, resonancia magnética, acelerador lineal, consultas, braquiterapia prostática y tratamiento de procesos tumorales).

La Gerencia justifica la derivación al Instituto Oncológico de Guipúzcoa señalando que dicha actuación se efectúa -sin tramitar el preceptivo expediente de contratación- al no existir posibilidades de realización de este tipo de tratamientos en centros propios y se ampara en una adhesión implícita a un concierto de fecha 30 de diciembre de 2003, suscrito entre el Departamento de Sanidad del Gobierno Vasco y el Instituto Oncológico de Guipúzcoa, cuyo pliego de prescripciones técnicas, en el punto 2, establece que "en la medida que su capacidad asistencial lo permita, se podrá prestar asistencia mediante este Convenio a usuarios provenientes de otros sistemas públicos de salud".

Por otra parte, el Contrato Marco CMD 1/2005, para la realización de procedimientos diagnósticos y/o terapéuticos en instalaciones fijas en el ámbito de gestión de la Comunidad de Castilla y León, convocado mediante resolución de fecha de 20 de junio de 2005, contempla la realización de TACS.

Igualmente, para los servicios de braquiterapia prostática, existe un concierto con el "Centro Castellano de Braquiterapia Prostática, S.L." empresa adjudicataria del concurso mediante procedimiento negociado sin publicidad para la gestión de braquiterapia prostática mediante implantes permanentes de yodo para la Comunidad de Castilla y León (PNSP 181/2005), cuyo contrato con la Gerencia fue firmado el 1 de septiembre de 2005.

Segundo.- Los gastos ocasionados por servicios prestados a pacientes beneficiarios de la Seguridad Social derivados al Instituto Oncológico de Guipúzcoa, según las facturas emitidas por el centro, suponen un total de 388.272,56 euros.

Tercero.- 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 los actos de la Gerencia de Salud de Área de xxxx de derivación de pacientes al Instituto Oncológico de Guipúzcoa, mediante Acuerdo de fecha 29 de mayo de 2007, notificado el 4 de junio.



Cuarto.- Consta en el expediente propuesta de resolución, de fecha 11 de junio de 2007, en el sentido de “declarar la nulidad de pleno derecho de los actos de la Gerencia de Salud de Área de xxxxx de derivación de pacientes al Instituto Oncológico de Guipúzcoa durante los meses de junio de 2006 a marzo de 2007, y reconocer el derecho de este centro a recibir la cantidad de 388.272,56 €, que serán abonados por dicha Gerencia por los gastos ocasionados por los servicios sanitarios prestados a los pacientes derivados”.

Quinto.- Con fecha 25 de junio de 2007 el Gabinete Jurídico de la Gerencia Regional de Salud informa favorablemente la propuesta de resolución citada.

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

Sexto.- Con fecha 30 de julio de 2007, tiene entrada en el registro del Consejo Consultivo de Castilla y León, Acuerdo del Director Gerente de la Gerencia Regional de Salud, de fecha 4 de julio de 2007, en el que declara la suspensión del plazo máximo para resolver el presente procedimiento.

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 b), 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.

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 presente expediente corresponde al órgano de contratación, esto es, al Director Gerente de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 102.1 de la Ley 30/1992, citada, puesto en relación con el artículo 63.1 de la Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y Administración de Castilla y León, y el artículo 1 del Decreto 3/2004, de 8 de enero, de desconcentración de competencias del Presidente de la Gerencia Regional de Salud en el Director Gerente de la misma.

3ª.- El asunto sometido a consulta versa sobre expediente de revisión de oficio incoado por la Gerencia Regional de Salud para la declaración de nulidad de los actos de de la Gerencia de Salud de Área de xxxxx, de derivación de pacientes al Instituto Oncológico de Guipúzcoa.

Lo primero que debe analizarse es si se ha producido la caducidad del procedimiento. Conforme a lo dispuesto en el artículo 102.5 de la mencionada Ley 30/1992, en la redacción dada a este precepto por la Ley 4/1999 de 13 de enero, "cuando el procedimiento (de revisión) se hubiere iniciado de oficio, el transcurso del plazo de tres meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá la caducidad del mismo".

En el caso examinado, el procedimiento revisor ha sido incoado de oficio, esto es, por la propia iniciativa de la Administración autora del acto controvertido: se inicia por Acuerdo de 29 de mayo de 2007, de la Directora Gerente de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León, mientras que la solicitud del dictamen del Consejo Consultivo se admite con fecha 19 de julio de 2007, habiéndose acordado la suspensión del plazo máximo para resolver y notificar la resolución con fecha 4 de julio de 2007.

Por todo ello, el Consejo Consultivo considera, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 102.5 referido, que el procedimiento de revisión de oficio a que se refiere la presente consulta no se halla caducado, por lo que procede analizar si el procedimiento seguido es correcto y entrar en el fondo del asunto.

4ª.- El artículo 102.1 de la Ley 30/1992 dispone que "las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de



interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán 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 artículo 62.1”.

Además, en el presente caso, al tratarse de actos dictados dentro de un procedimiento de contratación, ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 61 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante LCAP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, en el que se señala que “los contratos regulados en la presente ley serán inválidos cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o el de adjudicación por concurrir en los mismos alguna de las causas de derecho administrativo o de derecho civil a que se refieren los artículos siguientes”. Asimismo, el artículo 62 del citado texto legal recoge dentro de las causas de nulidad de derecho administrativo las indicadas en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992.

Por su parte, en el artículo 64 de la LCAP se dispone que “la declaración de nulidad de los contratos por las causas expresadas en el artículo 62 podrá ser acordada por el órgano de contratación, de oficio o a instancia de los interesados, de conformidad con los requisitos y plazos establecidos en el artículo 102 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común”.

Por lo tanto, para dar curso al procedimiento de revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho es necesario que concurren los siguientes presupuestos:

- Que dicho acto haya puesto fin a la vía administrativa y haya causado estado en dicha vía.
- Que exista un acto administrativo finalizador de un procedimiento, o que haya ganado firmeza por no haber sido impugnado en tiempo y forma.



- Que la solicitud de revisión de oficio se inste por la persona interesada.

Los actos cuya declaración de nulidad se pretende han ganado firmeza en vía administrativa, al no haber sido recurridos en tiempo y forma. Por lo tanto, se puede afirmar que concurren todos los presupuestos que legalmente se exigen para instar el procedimiento de revisión de oficio.

5ª.- Una vez comprobados los requisitos de forma y procedimiento que atañen a este expediente, procede entrar a considerar el fondo de la cuestión.

Tal como ha manifestado el Consejo de Estado, la revisión de oficio de los actos administrativos constituye un supuesto excepcional en virtud del cual la Administración, conforme a una privilegiada facultad de autotutela, puede, por iniciativa propia o a solicitud del interesado, anular o declarar la nulidad de sus propios actos sin necesidad de acudir al proceso jurisdiccional contencioso-administrativo. "Se trata de un auténtico procedimiento administrativo especial de naturaleza autónoma" (Dictamen del Consejo de Estado nº 4.313/1998).

Las causas habilitantes para que la Administración Pública declare la nulidad de una resolución son las enumeradas en el citado artículo 62.1 de la Ley 30/1992. Estas causas han de ser objeto de interpretación estricta, habida cuenta, de una parte su propia naturaleza y, de otra, el carácter singular de la potestad administrativa de autotutela prevista en el artículo 102 del mismo cuerpo legal.

Igualmente se señala por la doctrina del Consejo de Estado, (entre otras el Dictamen 52.139, de 27 de julio de 1989), en los casos en que un determinado acto sea susceptible de ser revisado por diversas causas debe darse preferencia al cauce y al supuesto de mayor concreción y gravedad. Debe recordarse que, según la doctrina -tanto del Consejo de Estado como de este Consejo Consultivo- y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para que pueda haber lugar a la revisión de un acto firme motivado en la causa contemplada en el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, -"actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido"-, se precisa que la conculcación del procedimiento haya sido de tal magnitud que suponga la concurrencia de anomalías 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.

Lo cual sucede en el caso que nos ocupa, pues tal y como se indica en la propuesta de resolución, cabe afirmar como cuestión previa que los actos de la Gerencia de Salud de Área de xxxxx de derivación de pacientes al "Instituto Oncológico de Guipúzcoa", se realizaron con omisión de tramites esenciales, sin que pueda admitirse una adhesión implícita a un concierto suscrito entre el Gobierno Vasco y el Instituto Oncológico de Guipúzcoa.

La Administración autonómica fundamenta la iniciación del expediente de revisión de oficio en los motivos contenidos en el artículo 62.1 apartados e) y f) de la Ley 30/1992, esto es, "actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido" y "actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico, por los que se adquieran facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición".

En primer lugar, en el caso que nos ocupa algunos de los servicios sanitarios prestados por el Instituto Oncológico de Guipúzcoa, como los TACS, se encuentran comprendidos en el ámbito de ejecución del Contrato Marco CMD 1/2005 para la realización de procedimientos diagnósticos y/o terapéuticos en instalaciones fijas en el ámbito de gestión de la Comunidad de Castilla y León, convocado mediante Resolución de fecha 20 de junio de 2005, del Director Gerente de la Gerencia Regional de Salud, publicada en el BOCYL de 24 de junio de 2005. En la cláusula 3.3 del citado contrato marco se 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 aquel. 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. f) del Real Decreto Legislativo 2/2000".

La resolución de adjudicación es de fecha de 24 de febrero de 2006, notificada a las Gerencias de Área el 26 de abril de 2006.



Por otra parte, la cláusula 3.3.6 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del CMD 1/2005 dispone: "En virtud de lo previsto en el artículo 71 del RDL 2/2000, el órgano de contratación podrá acordar, previa declaración de urgencia, la ejecución de los procedimientos adjudicados aunque el contrato no se haya formalizado, siempre que se haya constituido la garantía definitiva correspondiente".

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 CMD 1/2005 requería para la contratación efectiva de la prestación de los servicios de TACS-, sino que el Instituto Oncológico de Guipúzcoa jamás habría podido resultar adjudicatario 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 Ley 30/1992, 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 Ley 30/1992 ("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 Ley), 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 1.393/1998, 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, 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 Instituto Oncológico de Guipúzcoa jamás habría podido licitar en ninguno de los procedimientos negociados para la ejecución posterior de los servicios, 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).

En segundo lugar, la propuesta de resolución refiere que, en relación con los servicios relativos a braquiterapia prostática para los que fueron derivados pacientes al citado centro privado, existe un concierto con el "Centro Castellano de Braquiterapia Prostática, S.L.", empresa adjudicataria del concurso mediante procedimiento negociado sin publicidad para la gestión de braquiterapia prostática mediante implantes permanentes de yodo para la Comunidad de Castilla y León, cuyo contrato con la Gerencia fue firmado en fecha 1 de septiembre de 2005. La derivación de pacientes debería por tanto haberse realizado -respecto a la realización de tratamientos de braquiterapia prostática- a la empresa adjudicataria y no al Instituto Oncológico de Guipúzcoa.



En el presente supuesto, por la Gerencia se justifica la derivación de pacientes al no existir posibilidades de realización de este tipo de tratamientos en centros propios. Podría entenderse que dichas autorizaciones para derivar pacientes se realizaron al amparo de lo dispuesto en el artículo 158.3 de la LCAP, que señala:

“En los contratos relativos a la prestación de asistencia sanitaria motivada por supuestos de urgencia, por importe inferior a 12.020,24 euros, las disposiciones de esta Ley no serán de aplicación a la preparación y adjudicación del contrato.

»Para acreditar la existencia de los contratos a que se refiere este apartado, bastará, además de la justificación de la urgencia a cumplimentar, la determinación del objeto de la prestación, la fijación del precio a satisfacer por la misma y la designación por el órgano de contratación de la empresa que efectuará la correspondiente prestación”.

Por tanto, en el contrato objeto de revisión deberían cumplirse los siguientes requisitos:

- Que el objeto del contrato consista en una prestación de asistencia sanitaria.
- Que el importe del contrato sea inferior a 12.020,24 euros.
- Que concurra urgencia en la realización de la prestación sanitaria.
- Que se acredite la existencia del contrato.

De todos los requisitos señalados, no se cumple en modo alguno el relativo a la justificación de la urgencia a cumplimentar, al no tratarse de un proceso patológico cuyo tratamiento no se pudiera realizar con medios propios o que pudiera ser considerado como urgencia médica. En ningún momento se habla de urgencia, señalando únicamente que la derivación de pacientes al Instituto Oncológico de Guipúzcoa para el tratamiento de braquiterapia prostática se realiza por no poder asumir la citada asistencia y tratamiento por



los centros de esta Gerencia Regional de Salud, sin tramitar el correspondiente expediente de contratación, por razones de emergencia e interés público.

En tercer lugar, respecto a la derivación de pacientes para la realización de procedimientos oncológicos que no están incluidos en el CDM 1/2005, ni en el concierto para la prestación de servicios de braquiterapia prostática, es claro que en el expediente remitido y examinado no se han seguido los trámites exigidos legalmente para proceder a la contratación de la prestación de asistencia sanitaria referida, razón por la que debe entenderse que concurre la causa de nulidad de pleno derecho invocada y contenida en la letra e) del artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre citada. Debería haberse tramitado el correspondiente contrato de gestión de servicios públicos siguiendo el procedimiento ordinario recogido en los artículos 154 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y sin que se justifique en modo alguno, tal y como se ha señalado respecto a los servicios de braquiterapia prostática, la procedencia del procedimiento peculiar y excepcional contenido en el apartado 3 del artículo 158.

6ª.- Respecto a los efectos de la declaración de nulidad, habrá de tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 65 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que señala que, en todo caso, llevará 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.

En el presente caso, es claro que no puede procederse a la restitución de la prestación sanitaria realizada, por lo que debe procederse a devolver su valor, esto es, la cantidad de 388.272,56 euros, que se corresponde con el importe de las facturas expedidas por el Instituto Oncológico de Guipúzcoa.

III CONCLUSIONES

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



**CONSEJO
CONSULTIVO**
DE CASTILLA Y LEÓN

Procede declarar la nulidad de pleno derecho de los actos de la Gerencia de Salud de Área de xxxxx, de derivación de pacientes al Instituto Oncológico de Guipúzcoa durante los meses de junio de 2006 a marzo de 2007.

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