

Dictamen Núm. 116/2023

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
García García, Dorinda
Baquero Sánchez, Pablo

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 18 de mayo de 2023, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

«El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 10 de abril de 2023 -registrada de entrada el día 14 de ese mismo mes-, examina el expediente de revisión de oficio de las actuaciones relativas al contrato de suministro y servicios para la implantación de un módulo de vacunación masiva en la Estación Clínica de Atención Primaria.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 16 de febrero de 2023, el Consejero de Salud del Principado de Asturias dicta resolución por la que se inicia el procedimiento de revisión de oficio de las actuaciones tendentes a complementar el contrato relativo a la “Adquisición e implantación de una Estación Clínica de Atención Primaria (...) para los centros de Atención Primaria del Servicio de Salud del Principado de Asturias” con otros servicios “específicos para la lucha contra la crisis sanitaria COVID-19, con especial referencia a la vacunación de la población mayor de 16 años”, así como nombrar instructora del procedimiento y ordenar la apertura de un trámite de alegaciones de 10 días.

2. Obran en el expediente, como antecedentes, los siguientes documentos:

a) Resolución del Consejero de Salud de 4 de mayo de 2021, de inicio del procedimiento para la modificación del contrato de “Adquisición e implantación de una Estación Clínica de Atención Primaria (...) para los Centros de Atención Primaria del Servicio de Salud del Principado de Asturias”, al objeto de “complementar los servicios contratados con otros específicos para la lucha contra la crisis sanitaria COVID-19, con especial referencia a la vacunación de la población mayor de 16 años en el ámbito de la Atención Primaria”. Consta en sus antecedentes que por Resolución de 28 de noviembre de 2018 se adjudicó a el referido contrato por un precio total de 1.996.500 € (IVA incluido) y con un plazo de ejecución de 52 meses, y que el 12 de abril de 2021 la Directora General de Calidad, Transformación y Gestión del Conocimiento presenta propuesta de modificación del contrato. Explica que en diciembre de 2020 comienza la campaña de vacunación del COVID-19 en España, que “tiene como objeto la vacunación de la población mayor de 16 años del Principado de Asturias a lo largo del año 2021, esto es, 913.807 personas”, y que por ello resulta necesario “disponer de una herramienta que permita gestionar la campaña de vacunación, hacer seguimiento de la misma y (...) la gestión de las dosis de vacunas que se reciben en Asturias y se distribuyen a los puntos de vacunación”, y además hacer un “seguimiento de las dosis administradas”, por lo que es preciso que “la Estación Clínica de Atención Primaria del Principado de Asturias, que es donde se realiza el registro de las vacunas administradas por el (...) Servicio de Salud del Principado de Asturias, esté equipada con un módulo de gestión que permita realizar las actuaciones citadas”. Alude a “razones de interés público, el carácter excepcional de las modificaciones interesadas y la necesidad de servicios adicionales a los inicialmente contratados”, indicando que “cuando se licitó el expediente en 2018 no era posible prever la existencia de una pandemia como la COVID-19” y que la “modificación supone un 10 % del importe de la licitación”, y añade que “las campañas de vacunación poblacional

en general y la que resulta de la crisis sanitaria internacional COVID-19 en especial son causa de interés público de suficiente entidad” para justificar la “debida urgencia” en “la puesta en funcionamiento de estos complementos”.

b) Informe desfavorable a la modificación del contrato “por la causa establecida en el artículo 205.2.b) de la Ley de Contratos del Sector Público”, emitido el 21 de mayo de 2021 por una Letrada del Servicio Jurídico del Principado de Asturias.

c) Informe de la Directora General de Calidad, Transformación y Gestión del Conocimiento, de 15 de noviembre de 2021, en relación con el “pago de los servicios de incorporación de un módulo de gestión de almacenes a la Estación Clínica de Atención Primaria (...) del Servicio de Salud del Principado de Asturias (...) y el acompañamiento necesario para dotar al sistema de salud de una herramienta que permita gestionar campañas de vacunación masiva con características similares a la de COVID-19”. Tras indicar que el proyecto estaba “cofinanciado por la Unión Europea a través del FEDER” y que incluía prestaciones de suministro y de servicios, señala que “los sistemas disponibles para gestionar la campaña de vacunación (...) eran los sistemas de información del (Servicio de Salud del Principado de Asturias), ninguno preparado para una vacunación masiva como la que se había iniciado, con unos requisitos muy especiales:/ El ritmo (...) de vacunación de 28.000 personas semanales frente a los normales 100.000 al año de vacunación de gripe, por ejemplo./ Ubicación de equipos de vacunación en (...) (polideportivos, mercados de ganado, etc.) cuando lo habitual es que se lleve a cabo en los centros de salud./ Gestión centralizada del almacén de vacunas en la Consejería de Salud frente a la gestión de vacunas habituales en cada centro sanitario./ Informe diario sobre el estado de la vacunación al Ministerio, que no se requiere para el resto de vacunas”. Explica que “la necesidad detectada por la Dirección General de Salud Pública fue disponer de un sistema centralizado que permitiera gestionar la campaña de vacunación COVID-19, hacer seguimiento de la misma y que fuera capaz de gestionar las dosis de vacunas que se fueran recibiendo en Asturias y se distribuían a los puntos de vacunación y que además permitiera el

seguimiento de las dosis administradas./ El sistema de información que recoge habitualmente la gestión de vacunación es el de la Atención Primaria. Actualmente el Principado de Asturias dispone de dos sistemas de información operativos en Atención Primaria:/ OMI: extendido por todos los centros de salud (...), con 90 bases de datos independientes./ ECAP: en fase inicial de despliegue, con una única base de datos para todos los centros de Atención Primaria./ Ambos sistemas disponen de un módulo de gestión de vacunas, pero el inconveniente de tener 90 bases de datos diferentes en OMI hizo que quedara descartado como sistema a modificar para conseguir el gestor de vacunas COVID. Y ECAP no vio la luz hasta febrero de 2021, con lo que la campaña hubo de comenzar gestionándose desde (...) el sistema de Historia Clínica Unificada del Paciente (...) con el apoyo de numerosos procesos semimanuales y manuales llevados a cabo por personal de los Servicios Centrales del (Servicio de Salud del Principado de Asturias) y de la Consejería de Salud, dado que al estar basado en un sistema hospitalario no dispone de un módulo especializado de vacunación como el de los sistemas de Atención Primaria. El esfuerzo humano que requiere la gestión de una vacunación masiva como la que se ha ejecutado, tanto de personal sanitario como de personal TIC, es considerable e inasumible de forma permanente con los medios disponibles el primer trimestre de 2021./ El fabricante de ECAP (...) ofreció el licenciamiento necesario para incorporar al módulo de vacunación nativo de ECAP las funcionalidades de vacunación masiva que se necesitaban y las adaptaciones y migraciones necesarias (...) para poder disponer en este sistema de la información relativa a cada paciente y que fuera posible dar continuidad a la campaña de vacunación en el sistema de Atención Primaria, reduciendo el esfuerzo que el personal del Principado de Asturias estaba realizando y dejando a ECAP preparada para otra eventual ocasión en la que se requiera una gestión similar (nueva ocurrencia de pandemia o un simple recordatorio generalizado de la vacuna COVID-19)".

Indica que "la oferta de la empresa (...) suponía un coste de licenciamiento de 49.500,00 € y unos servicios para la puesta en marcha de 115.789,00 €, esto es, 165.289,00 €, más 34.710,69 € por el 21 % de IVA, lo

que hacen un total de 199.999,69 €, IVA incluido”, y añade que “a principios de abril se revisaron las posibilidades presupuestarias para sufragar los trabajos que ofrecía” la mercantil” y que “recuperando importes de varios proyectos que se habían demorado por causa de la pandemia y otros que se habían atendido desde la Consejería de Presidencia se consiguió dotar una reserva de crédito suficiente para proponer una modificación urgente del contrato de ECAP. Se configuró un expediente con los informes de la Dirección General de Salud Pública y la propuesta técnica de la Dirección General de Calidad, Transformación y Gestión del Conocimiento, y a mediados de abril se solicitó informe al Servicio Jurídico”, que al ser desfavorable frustró la tramitación de la modificación.

Señala que “la situación actual es que la empresa (...) ha entregado las licencias necesarias y ha prestado los servicios requeridos para que la campaña de vacunación se pudiera continuar en ECAP. Para la fecha en la que se consiguió el informe del Servicio Jurídico el sistema informático ya estaba capacitado con las nuevas funcionalidades, permitiendo una gestión mucho más razonable de la campaña de vacunación y posibilitando el reporte al Ministerio (...). La empresa ha presentado factura por los suministros y trabajos realizados por los importes de la oferta que en su día había planteado. La factura tiene fecha de 26 de octubre de 2021 (...) e importe (de) 165.289 €, más 34.710,69 € en concepto de IVA (21 %), con un total de 199.999,69 €, IVA incluido (...). El crédito necesario para sufragar la factura se encuentra disponible en la partida” que identifica, “que gestiona la Dirección General de Calidad y Sistemas de Información”.

Subraya que “el sistema de información ECAP ha quedado capacitado para gestionar una vacunación masiva como la de COVID-19 y dispone actualmente de las herramientas que permiten:/ La gestión de forma centralizada del almacén de vacunas y distribución a las diferentes áreas del (Servicio de Salud del Principado de Asturias)./ Hacer seguimiento de la campaña de vacunación: dosis recibidas, distribuidas y suministradas”.

Acompaña informe de la Subdirectora de Infraestructuras y Servicios Técnicos del Servicio de Salud del Principado de Asturias en el que se relacionan los suministros y servicios efectivamente ejecutados”, y propone “a la luz de los antecedentes y consideraciones vertidos en este informe” la tramitación del pago.

d) Resolución del Consejero de Salud, de 14 de febrero de 2022, por la que se acuerda iniciar el procedimiento de revisión de oficio de las actuaciones realizadas “prescindiendo total y absolutamente del procedimiento contractual y del procedimiento contable del que se deriva la factura” presentada por la mercantil, identificando como causa de nulidad aplicable la prevista en el artículo 47.1.e) de la LPAC.

e) Informe desfavorable al procedimiento de revisión de oficio de “las actuaciones relacionadas con la incorporación de un módulo de vacunación masiva a la Estación Clínica de Atención Primaria”, emitido el 31 de marzo de 2022 por una Letrada del Servicio Jurídico del Principado de Asturias.

f) Propuesta formulada el 7 de octubre de 2022 por la Directora General de Calidad, Transformación y Gestión del Conocimiento para autorizar, disponer el gasto, reconocer la obligación e interesar el pago de la factura correspondiente al complemento de “los servicios contratados con otros específicos para la lucha contra la crisis sanitaria COVID-19, con especial referencia a la vacunación de la población mayor de 16 años en el ámbito de la Atención Primaria”.

g) Informe del Interventor General del Principado de Asturias, de 28 de noviembre de 2022, en el que se constata tanto la existencia de crédito suficiente para la realización del pago como la omisión de la función fiscalizadora. Indica que, si bien “el importe de los servicios prestados ha sido calculado conforme a los precios ofertados por la adjudicataria del proyecto de despliegue de la Estación Clínica de Atención Primaria”, se “considera que no procederá la convalidación por el Consejo de Gobierno de esta omisión de fiscalización previa si no se incorpora al expediente (...) la documentación que

acredite que el precio de los suministros facturados se ajusta a los precios de mercado”.

h) Informe emitido el 14 de diciembre de 2022 por el Jefe del Servicio de Calidad, Sistemas y Tecnologías de la Consejería de Salud en el que se concluye que “el precio fijado por el fabricante para el suministro es compatible con los precios de mercado”.

i) Informe para el inicio del procedimiento de revisión de oficio de las actuaciones relativas al suministro y servicio de vacunación masiva que complementa el sistema de Estación Clínica de Atención Primaria del Principado de Asturias, suscrito el 15 de febrero de 2023 por la Directora General de Calidad, Transformación y Gestión del Conocimiento.

3. Notificada la resolución de inicio del procedimiento de revisión de oficio a la mercantil adjudicataria, el día 23 de febrero de 2023 presenta esta un escrito en el registro de la Administración del Principado de Asturias en el que confirma la exposición de hechos recogida en aquella y expresa su voluntad de que se le abone la factura pendiente de pago.

4. Con fecha 6 de marzo de 2023, una Letrada del Servicio Jurídico del Principado de Asturias informa desfavorablemente la revisión de oficio. Aparte de remitirse a las consideraciones vertidas en el informe de marzo de 2022, advierte la falta de constancia de terminación del procedimiento anteriormente incoado, y reitera que los “servicios y/o suministros (...) no constan contratados por voluntad manifiesta de esta Administración, omisión que permanece constante”.

5. El día 27 de marzo de 2023, la Instructora del procedimiento suscribe propuesta de resolución en la que estima que en el presente contrato concurre la causa de nulidad contemplada en la letra e) del artículo 47.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre. En sus fundamentos de derecho consigna que “existe una manifestación de voluntad coincidente entre la empresa y la Administración en relación con el contenido y objeto de las mismas, así como en el precio, de

modo que existe un acto tácito o presunto que, a pesar de no haber sido formalizado, se manifiesta en la presentación de la factura por la empresa y en su aceptación por la Administración”, refiriéndose expresamente al contrato vigente al que la prestación objeto de la factura complementa.

6. En este estado de tramitación, mediante escrito de 10 de abril de 2023, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de revisión de oficio de las actuaciones relativas al contrato de suministro y servicios para la implantación de un módulo de vacunación masiva en la Estación Clínica de Atención Primaria.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra I), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra I), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el capítulo I del título V de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), la Administración del Principado de Asturias se halla debidamente legitimada, toda vez que a ella pertenece el órgano que ha dictado el acto cuya declaración de nulidad es objeto del procedimiento de revisión de oficio iniciado.

TERCERA.- En cuanto al plazo para proceder a la revisión de oficio, el artículo 106.1 de la LPAC dispone que las “Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado (...), 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 47.1”; ello sin perjuicio de la eventual aplicación de los límites que establece el artículo 110 de la LPAC.

CUARTA.- En relación con la tramitación del procedimiento administrativo de revisión de oficio, debe recordarse que esta se configura como un instrumento de garantía de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos, lo que exige un estricto cumplimiento de los preceptos legales reguladores del mismo. Por ello, hemos de analizar en primer lugar si se cumplen o no sus trámites fundamentales.

En tal sentido, debemos comenzar por examinar la competencia del órgano administrativo para acordar la revisión de oficio, teniendo en cuenta que la LPAC no realiza una atribución concreta, limitándose a efectuar una referencia al “órgano competente”. El artículo 25.1 de la Ley 2/1995, de 13 de marzo, sobre Régimen Jurídico de la Administración del Principado de Asturias, establece que la “revisión de oficio de las disposiciones y actos nulos se realizará por el órgano autor de la disposición o del acto”.

En el presente supuesto el órgano autor del acto sujeto a revisión es el titular de la Consejería de Salud, por lo que también resulta ser el competente para iniciar y resolver el procedimiento de revisión de oficio.

En cuanto a la instrucción del procedimiento, se han observado sus trámites esenciales, puesto que se ha adoptado un acuerdo de iniciación, se ha dado audiencia y vista del expediente a la interesada y se ha dictado una propuesta de resolución que da adecuada satisfacción a la obligación legal de motivación, impuesta a los actos que pongan fin a este tipo de procedimientos por el artículo 35.1.b) de la LPAC. Igualmente, figura en aquel el preceptivo informe del Servicio Jurídico del Principado de Asturias, exigido para los

procedimientos de revisión de oficio con tal carácter por el artículo 6.1.f) del Decreto 20/1997, de 20 de marzo, por el que se regula la Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Principado de Asturias. Asimismo, consta informe del Interventor General en el que, si bien se advierte la omisión de la función fiscalizadora en las actuaciones contractuales examinadas, se constata la existencia de crédito suficiente para la realización del pago e informe del Jefe del Servicio de Calidad, Sistemas y Tecnologías de la Consejería de Salud en el que se concluye que el precio de los suministros facturados “es compatible con los precios de mercado”.

Ahora bien, observamos que al trasladar el acuerdo de incoación la Administración no ha informado a la interesada, en los términos de lo dispuesto en el artículo 21.4 de la LPAC, del plazo máximo establecido para la resolución del procedimiento -seis meses desde su inicio- ni sobre los efectos del silencio administrativo -caducidad-. En efecto, el artículo 21.4 *in fine* de la LPAC señala que “En todo caso, las Administraciones Públicas informarán a los interesados del plazo máximo establecido para la resolución de los procedimientos y para la notificación de los actos que les pongan término, así como de los efectos que pueda producir el silencio administrativo. Dicha mención se incluirá en la notificación o publicación del acuerdo de iniciación de oficio”. Este Consejo ha venido insistiendo en que tal trámite no es un mero formalismo, dada la necesidad de ofrecer al interesado una correcta información acerca del cómputo del plazo máximo para resolver el procedimiento y notificarlo (entre otros, Dictámenes Núm. 180/2014 y 186/2021).

Por otra parte, se advierte que la Administración consultante no aporta cierta documentación de interés para el análisis del supuesto sometido a nuestra consideración. En particular, nos referimos tanto al contrato originario y vigente al que se vincula la prestación objeto del presente procedimiento revisor como a la documentación mencionada en el informe del Servicio Jurídico del Principado de Asturias de 21 de mayo de 2021 con ocasión del procedimiento de modificación del contrato, que cita en sus antecedentes un “informe emitido por el Jefe del Servicio de Vigilancia Epidemiológica de fecha 5 de abril de 2021 (...)”,

la memoria justificativa y el anexo técnico firmado por la Directora General de Calidad, Transformación y Gestión del Conocimiento de fecha 12 de abril de 2021". Tales documentos hubieran sido relevantes para dirimir la eventual procedencia de la modificación del contrato, lo que en este momento resultaría de interés a efectos de plantear si la actuación irregular examinada constituye una modificación de contrato carente de la debida cobertura procedimental y no una contratación irregular, complementaria y verbal que incurre en idéntico vicio. No obstante, dado el sentido de nuestro dictamen y cuanto razonamos en el mismo, no hemos estimado necesario efectuar solicitud alguna a efectos de completar la documentación de conformidad con lo previsto en el artículo 18.2 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, del Consejo Consultivo, evitando así la "dilación" que tal proceder implicaría, tal y como hemos advertido en otras ocasiones (por todas, Dictamen Núm. 297/2022). No obstante, hemos de enfatizar la relevancia de incluir en el expediente de revisión de oficio de actuaciones contractuales carentes de cobertura legal toda la documentación que se cita en el propio expediente como antecedente.

Sentado lo anterior, reparamos también en la existencia de un procedimiento previo de revisión de oficio, iniciado por Resolución del Consejero de Salud de 14 de febrero de 2022 pero formalmente inconcluso -tal y como señala el informe del Servicio Jurídico del Principado de Asturias de 6 de marzo de 2023-, en tanto que no consta declarada su caducidad *ex* artículo 106.5 de la LPAC. Ello obliga a advertir que, por razones de seguridad jurídica, estimamos necesario realizar la declaración expresa de caducidad de aquel procedimiento primigenio. Así lo demandan, entre otras, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de marzo de 2023 -ECLI:ES:AN:2023:1384- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) ante un supuesto análogo de finalización de un procedimiento por caducidad sin haberse dictado resolución expresa, y la doctrina casacional fijada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2023 -ECLI:ES:TS:2023:320- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), que recuerda la "obligación legal que recae sobre la Administración de resolver de forma expresa los procedimientos, lo que en materia de reintegro de

subvenciones exige de la Administración antes de iniciar un nuevo expediente el dictado de una resolución que ordene el archivo de las actuaciones de cualquier otro procedimiento anterior”, previsión que consideramos aplicable también a otros procedimientos, como el de revisión de oficio que nos ocupa.

En cuanto al plazo para resolver, con arreglo a lo establecido en el artículo 106.5 de la LPAC los procedimientos de revisión de disposiciones o actos nulos deberán resolverse en el plazo de seis meses desde su inicio, transcurridos los cuales, sin dictarse resolución, si el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, se producirá su caducidad. En el caso de que se trata, debemos concluir que a la fecha de emisión del presente dictamen el citado plazo de caducidad no ha transcurrido aún, dado que la incoación del procedimiento tiene lugar el 16 de febrero de 2023. Al respecto, procede advertir que el Tribunal Supremo ha declarado que la fecha que debe considerarse para apreciar la caducidad de este procedimiento es aquella en que se dicta la resolución que pone fin al mismo, y no la de su notificación (Sentencia de 12 de marzo de 2020 -ECLI:ES:TS:2020:866-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª).

QUINTA.- Entrando en el fondo del asunto, para la correcta valoración del supuesto que analizamos debemos partir de una consideración de tipo general, y es que la revisión de oficio, regulada en el capítulo I del título V de la LPAC, constituye un procedimiento excepcional, puesto que este instrumento sitúa a la Administración en una posición de privilegio, al poder por sí misma, sin intervención judicial y en cualquier momento, revisar disposiciones y actos suyos viciados de nulidad.

En el presente asunto, se somete a nuestro dictamen un procedimiento de revisión de oficio de las actuaciones de contratación relativas al servicio de suministro y servicio de funcionalidades informáticas adicionales a las previstas en el contrato de “Adquisición e implantación de una Estación Clínica de Atención Primaria (...) para los Centros de Atención Primaria del Servicio de Salud del Principado de Asturias”, vigente en el momento en que tuvieron lugar aquellas,

que -según refleja la factura emitida- corresponden a prestaciones desarrolladas en el período comprendido entre el 24 de abril y el 31 de agosto de 2021.

El expediente revisor se inicia por Resolución del titular de la Consejería instructora, una vez constatada la prestación del servicio sin la debida cobertura contractual y tras haber presentado la empresa la correspondiente factura.

Como cuestión preliminar relevante debemos referirnos al planteamiento formulado por el Servicio Jurídico del Principado de Asturias, que rechaza la vía de la revisión de oficio como idónea para acometer el pago de las cantidades adeudadas a la empresa que prestó el servicio durante el período indicado afirmando la inexistencia de “acto expreso y mínimamente formalizado que haya servido de fundamento a la empresa para llevar a cabo el servicio fuera de contrato”, por lo que los servicios y/o suministros “no constan contratados por voluntad manifiesta de esta Administración”. Postura que, como reflejan los antecedentes, no comparte la propuesta de resolución.

Al respecto este Consejo advierte que en el supuesto examinado: a) se han recibido prestaciones por la Administración cuya cobertura presupuestaria se constata en el informe del Interventor General al tiempo de fiscalizar el pago de las facturas correspondientes; b) existe una manifestación de voluntad coincidente entre la mercantil y la Administración contratista con relación a una prestación contractual con un contenido y objeto definidos, pues consta en el expediente que el órgano de contratación formuló una propuesta de modificación del contrato para amparar aquella prestación complementaria aduciendo el interés público, la urgencia y la necesidad de servicios adicionales a los inicialmente contratados; c) esa actuación se enmarca en el régimen del Derecho Administrativo, que contempla prerrogativas para el mantenimiento de los servicios públicos, y d) obra en el expediente tanto el informe de la Intervención General en el que se constata la existencia de crédito suficiente para la realización del pago como el del Jefe del Servicio de Calidad, Sistemas y Tecnologías de la Consejería de Salud en el que se señala que “el precio fijado por el fabricante para el suministro es compatible con los precios de mercado”.

Ciertamente, en los Dictámenes 606/2020 y 706/2021 el Consejo de Estado ha manifestado que “solo en los casos en que exista algún tipo de acto expreso y mínimamente formalizado que haya servido de fundamento a la empresa para llevar a cabo el servicio fuera de contrato podría eventualmente acudir a la vía de la revisión de oficio, al poder identificarse fácilmente un acto administrativo irregular para que su nulidad sirva de base al pago”. Sin embargo, debemos insistir en la singularidad de esta doctrina, concebida para restringir el recurso abusivo a la revisión de oficio como cauce “ordinario” para el resarcimiento de los servicios prestados a través de contrataciones irregulares. En rigor, tratándose de la gestión de “negocios” o servicios, si entendemos que no concurre la voluntad de la Administración o su “mandato” la actuación de la empresa quedaría incardinada en la figura del cuasicontrato -dentro de las categorías conocidas en nuestro Derecho-, resultando sin embargo evidente que no puede hablarse aquí de hechos “lícitos y puramente voluntarios” (artículo 1887 del Código Civil), pues ni se ajustan a derecho ni pueden concebirse al margen del encargo de la Administración o la concurrencia de voluntades. El negocio contraído de espaldas a las exigencias esenciales del procedimiento, pero vinculado en la mayoría de los supuestos a una previa relación contractual que une al contratista y a la Administración y que lleva a que se libren unas facturas acordes a los términos convenidos, no deja de revestir una apariencia de legalidad que, en caso de incurrir en una patente causa de nulidad radical, es preciso destruir pues la revisión de oficio afecta “al orden general” y, por ello, no desaparece ni por el transcurso del tiempo ni por la aquiescencia de los afectados, siendo preceptiva para la Administración cuando concurre alguna de las causas de nulidad legalmente determinadas y que, en el ámbito de la contratación pública, se establecen en el artículo 39 de la LCSP y, por remisión de este precepto, en el artículo 47 de la LPAC.

No han de confundirse, en suma, los supuestos de clandestinidad o mera tolerancia de los notorios -e incluso promovidos- por la Administración pues, tal como expresa la Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de abril de 2023 -ECLI:ES:AN:2023:1861- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª),

no cabe equiparar aquellas situaciones que son conocidas, por ser públicas y notorias, con otras que eventualmente pudieran ser ignoradas por el centro gestor responsable y que carecerían de la mencionada “apariencia de legalidad” apreciable en el supuesto planteado, en el que el desempeño de la prestación se produce a petición, con pleno conocimiento y satisfacción de la propia Administración. En el asunto examinado hay, en definitiva, evidencia de la relación contractual preexistente y vigente entre la contratista y la Administración, a la que se añade la existencia de una prestación realizada fuera de la cobertura de aquélla y susceptible de ser revisada.

Entrando ya en el análisis de la procedencia o no del procedimiento de revisión de oficio en supuestos de contratación irregular (es decir, aquellas efectuadas con ausencia de cobertura formal), debemos efectuar una remisión a las consideraciones realizadas, entre otros, en el Dictamen Núm. 270/2022.

Tal como señalamos en el referido dictamen, y por lo que atañe a este Consejo, se ha venido analizando casuísticamente cada expediente revisor de actuaciones contractuales irregulares sometido a su consideración, dictaminando la procedencia de declarar la nulidad ante omisiones claras de procedimiento que erosionan la libre concurrencia en la contratación pública (entre otros, Dictámenes Núm. 29/2018, 276/2018 y 115/2019) o rechazándola cuando la infracción procedimental no es patente u ostensible ni menoscaba los principios que presiden la contratación del sector público (por todos, Dictámenes Núm. 139/2018 y 53/2019). No puede obviarse que las reglas del procedimiento de contratación operan como garantía de unas concretas finalidades -preservar la concurrencia en condiciones de igualdad-, por lo que la quiebra de los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que corresponda merece una tacha de nulidad radical. La posición de este órgano consultivo se resume en la Memoria correspondiente a 2022, señalando que “mantiene, con carácter general y sin perjuicio del análisis particular de cada expediente, que procede la declaración de nulidad ante omisiones claras de procedimiento que erosionan los principios de la contratación pública, en particular, la libre concurrencia, pero la rechaza en los supuestos en que la infracción

procedimental no es patente u ostensible ni menoscaba los principios que presiden la contratación del sector público. En el entendido de que no puede obviarse que las reglas del procedimiento de contratación operan como garantía de unas concretas finalidades -preservar la concurrencia en condiciones de igualdad-, por lo que la quiebra de los requisitos de publicidad o de los relativos al procedimiento de adjudicación que corresponda merece una tacha de nulidad radical. De este modo, el Consejo procura una interpretación estricta de las causas legales de nulidad, evitando su hipertrofia, puesto que en la calificación de los vicios de los actos administrativos la anulabilidad es la regla y la nulidad la excepción”.

Sentado lo anterior, procede elucidar si en casos como el que ahora analizamos es preciso acudir al procedimiento de revisión de oficio de actos nulos o si la extensión de este cauce procedimental a tal tipo de actuaciones implicaría forzarlo de forma improcedente extendiéndolo más allá del estricto margen al que ha de ceñirse, dado su carácter excepcional. Al respecto este Consejo entiende, como postulado general, que para depurar supuestos de contratación irregular en los que concurren causas de nulidad patentes la vía que procede es la de la revisión de oficio. Posición que obedece al mandato expreso de la LCSP y al carácter de orden público de la nulidad radical y la subsiguiente obligación legal de la Administración de proceder a su declaración (artículo 39.1 de la LPAC) para evitar que sigan surtiendo efectos- tan pronto como sea consciente de ella. Así, según el artículo 106.1 de la LPAC las Administraciones Públicas “declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos (...) en los supuestos previstos en el artículo 47.1”, mientras que a tenor de lo dispuesto en el artículo 107.1 de la LPAC las Administraciones Públicas “podrán impugnar ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo los actos favorables para los interesados que sean anulables conforme a lo dispuesto en el artículo 48”; es decir, cuando la Administración tenga ante sí un acto administrativo nulo -y no susceptible por tanto de convalidación- “debe”, no solo “puede”, declararlo como tal. Y es que cuando el artículo 103.1 de la Constitución señala que la “Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de

acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”, si bien ubica en un mismo precepto al principio de legalidad junto a otros principios de actuación administrativa no por ello los está situando en un mismo plano cualitativo, siendo el de legalidad el que ha de gozar de posición predominante, de modo que resulta improcedente proyectar los principios de eficacia o eficiencia prescindiendo del ajuste a la legalidad de la actuación de que se trate. Se advierte, a su vez, que la revisión de oficio cuenta con límites específicos destinados a atemperar su ejercicio (artículo 110 de la LPAC), pero entre tales límites no se mencionan los principios de eficacia y economía, que no alcanzan así a amparar el sacrificio de la legalidad. Es por ello que, a nuestro entender, resulta impropio que la Administración proceda a resolver la situación de los afectados a través de un mero reconocimiento de la deuda contraída -expediente más ágil- sin depurar aquellos actos viciados por las más graves causas de invalidez, respecto de las cuales el legislador ordena proceder de oficio sin dispensa por criterios de economía.

Consideramos también, en otro orden de cosas, que el procedimiento de revisión de oficio constituye una exteriorización formal de la voluntad de la Administración de depurar sus actos viciados, garantizándose de esta forma la transparencia de su actuación y evitando que se despache intramuros la debida atención a las obligaciones contraídas con infracción manifiesta de la legalidad. Tal es la posición de este Consejo, al que corresponde en el ejercicio de su función consultiva, *ex* artículo 3.2 de la Ley 1/2004, de 21 de octubre, del Consejo Consultivo, velar “por la observancia de la Constitución, del Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias y del resto del ordenamiento jurídico”.

En el supuesto examinado, la propuesta de resolución razona que la prestación contractual que se revisa es la de “complementar los servicios contratados con otros específicos para la lucha contra la crisis sanitaria COVID-19, con especial referencia a la vacunación de la población mayor de 16 años”, pero considera que se ha incurrido en una “adjudicación” presunta del contrato y no en una modificación irregular, que el centro gestor intentó tramitar

a fin de amparar la inclusión de la nueva prestación en el contrato vigente. La propuesta de resolución afirma también la procedencia de “la restitución de las prestaciones realizadas en el marco del contrato que se declara nulo y que, al no ser posible, se debe materializar en el pago de la factura por los servicios prestados”.

Sentado lo anterior, procede abordar el carácter contractual o extracontractual de la compensación debida. Al respecto, no puede obviarse que faltando un vínculo específico la obligación de pago no nace del incumplimiento por la Administración de un contrato, sino que deriva de su funcionamiento -anormal en este caso- al prescindir de sujetarse al procedimiento contractual debido. En este contexto, el Consejo de Estado, en doctrina que compartimos, viene ahora estimando (Dictámenes 606/2020 y 706/2021) que, dado que en la mayoría de supuestos de contratación irregular se parte de una previa relación contractual que unía al contratista y a la Administración, las prestaciones que deban compensarse están claramente vinculadas con ese previo contrato, de modo que resulta mucho menos forzado que el pago se canalice en el contexto de una responsabilidad de naturaleza contractual, concluyendo que “el incuestionable contexto contractual que presentan supuestos como el aquí dictaminado, caracterizado por la persistencia en la prestación de un servicio sin solución de continuidad una vez extinguido y no prorrogado un previo contrato, o sin haberse culminado el contrato que estaba tramitándose, obliga a conceder una clara preferencia a la vía de la responsabilidad contractual”.

En el caso que nos ocupa, partimos de la existencia no solo de una relación previa contractual, sino vigente durante el desarrollo de la prestación objeto de revisión. Tal y como hemos advertido en la consideración cuarta, carecemos de cierta documentación citada por el Servicio Jurídico del Principado de Asturias en su informe sobre la modificación contractual instada, cuya pertinencia permitiría apreciar la existencia de una modificación irregular, diferenciada por tanto de la causa invocada por el órgano instructor, que se refiere a una adjudicación igualmente huérfana del correspondiente procedimiento. Pero lo cierto es que los dos informes que mencionábamos en la

consideración cuarta pierden relevancia al efecto que nos ocupa si atendemos al contenido de otros posteriores. Así, el Servicio Jurídico del Principado de Asturias informó desfavorablemente en el mes de mayo de 2021 el procedimiento de modificación del contrato, partiendo de su subsunción en el supuesto de una modificación no prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares, contemplado en el artículo 205.2.b) de la LCSP y en el cual se apreciaba expresamente la falta de alteración de “la naturaleza global del contrato” y la no superación del “50 % del precio inicial”. La Letrada informante considera que la invocación de “la situación generada por la COVID-19”, aun siendo “una causa razonablemente imprevisible, lo cierto -o al menos lo que así se desprende tanto de la propuesta de resolución como de la memoria justificativa- es que el módulo de gestión es para dotar a la Estación Clínica de un registro de vacunas, tanto las derivadas de campañas de vacunación poblacional en general que son reiteradas en el tiempo -y por lo tanto totalmente previsibles- como las que resultan de la ‘crisis sanitaria internacional COVID-19 en especial’, módulo de gestión que en la actualidad no existe y que permite realizar estas actuaciones de las que no dispone el licenciamiento adquirido en el año 2018’./ A mayor abundamiento conviene precisar que, en todo caso, la situación temporal provocada por la COVID-19 que conlleva la vacunación masiva se está asumiendo en estos momentos a través de otros mecanismos, mediante el Sistema de Información Hospitalario, que cumple el objetivo, sin que se hayan incorporado al expediente el ‘juicio de los expertos y profesionales’ que acrediten la mayor seguridad y calidad que otorga el proceso pretendido frente al sistema de atención hospitalaria utilizado actualmente”. Sin embargo, tal precisión exige tener en cuenta la simultaneidad de la emisión del informe con el inicio de la prestación, que tuvo lugar en el mes de abril y se prolongó hasta agosto de 2021, permitiendo el lapso temporal transcurrido desde entonces una distinta ponderación de las circunstancias concurrentes y de la singularidad de la prestación, en buena medida como consecuencia de los informes emitidos con posterioridad. Así, en el suscrito el 15 de noviembre de 2021 por la Directora General de Calidad, Transformación y Gestión del Conocimiento se indica que

“para la fecha en la que se consiguió el informe del Servicio Jurídico” -referencia que entendemos realizada al mes de mayo de 2021- “el sistema informático ya estaba capacitado con las nuevas funcionalidades, permitiendo una gestión mucho más razonable de la campaña de vacunación y posibilitando el reporte al Ministerio”. Explica también que, si bien “la campaña hubo de comenzar gestionándose desde (...) el sistema de Historia Clínica Unificada del Paciente”, este requería “el apoyo de numerosos procesos semimanuales y manuales llevados a cabo por personal de los Servicios Centrales del (Servicio de Salud del Principado de Asturias) y de la Consejería de Salud”, subrayando la diferencia existente entre la gestión basada en un sistema hospitalario y el de Atención Primaria y calificando como “inasumible” más allá del corto plazo (identificado con “el primer trimestre de 2021”) el “esfuerzo humano” y la movilización de personal demandado por la falta de adecuación del recurso informático entonces existente.

Esto es, que el empleo de las prestaciones y funcionalidades contratadas sin cobertura sí resultaron clave para un óptimo desarrollo de la campaña de vacunación, con independencia de que en su fase inicial se llevara a cabo provisionalmente con el sistema disponible en aquel momento. No constan, además, elementos en el expediente que permitan cuestionar la afirmación de la propuesta de resolución de que “la prestación recibida fue claramente necesaria, respondiendo a una situación de emergencia sanitaria, y fue fundamental para garantizar el éxito en la gestión de la campaña de vacunación frente al COVID-19, máxime en el período de máximo impacto de la crisis sanitaria”.

Por otra parte, a efectos de apreciar el “contexto contractual” en el que aquella prestación se desenvuelve, cobra especial relevancia la información proporcionada en el informe emitido con fecha 14 de diciembre de 2022 por el Jefe del Servicio de Calidad, Sistemas y Tecnologías de la Consejería de Salud, en el que explica que el contrato suscrito con el fabricante de las licencias de ECAP y su implantación en el Servicio de Salud del Principado de Asturias “incluye el mantenimiento y soporte del sistema ECAP, por lo tanto es la única empresa que puede modificar el código fuente del sistema ECAP del Principado

de Asturias hasta que finalice el mencionado contrato”, en el año 2023. Es decir, que la contratación con una empresa distinta no hubiera sido posible dada la especialidad del producto, sin que pueda reprocharse la falta de previsión del módulo de vacunación masiva entre los incluidos en el contrato formalizado por las razones explicitadas en el informe de 15 de noviembre de 2021, anteriormente citado, que apela a parámetros tanto cualitativos (necesidad de vacunación de 28.000 pacientes a la semana frente a la cifra de 100.000 anuales que comprende la vacunación de la campaña de la gripe) como cuantitativos (instalación de puntos de vacunación fuera de recintos sanitarios, gestión centralizada del almacén de vacunas en la Consejería de Salud frente a la habitual en cada centro, necesidad de reporte diario al Ministerio competente) determinados por las específicas circunstancias que rodean a la vacunación, imprevisibles en el momento de la contratación celebrada en 2018.

En suma, nos hallamos ante una prestación no incluida en el contrato vigente que, por sobrevenida, no había podido ser prevista en el momento de su celebración, dentro de los límites cuantitativos establecidos para una modificación contractual cuya frustrada tramitación urgente, a su vez, no cabe reprochar dada la simultaneidad de la misma con la necesidad de inicio efectivo de la ejecución de la prestación. Ciertamente se advierte la insuficiencia de datos para avalar su procedencia, así como la cuestionable tramitación de la modificación, pues la fecha de la resolución de inicio de la modificación del contrato (4 de mayo de 2021) es posterior al inicio de los trabajos (abril de ese año), lo que impide afirmar que la tramitación iniciada se hubiera ajustado al procedimiento legalmente establecido, que exige la formalización de la modificación antes del inicio de la ejecución, a salvo de la especialidad establecida en el artículo 119.2.c) de la LCSP para la tramitación de urgencia.

Finalmente, a los efectos de ponderar el alcance de la irregularidad contractual examinada, resulta relevante el hecho de que ninguna otra empresa pudiera implantar la funcionalidad requerida, así como la compatibilidad del importe facturado con los precios de mercado, según acredita el informe del Jefe del Servicio de Calidad, Sistemas y Tecnologías de la Consejería de Salud. Este

elemento de juicio, unido a la confrontación del importe de la factura (199.999,69 €) con el precio total de la adjudicación (1.996.500 €), aboca a concluir que la infracción de procedimiento no alcanza, en el caso examinado, la gravedad y notoriedad para erigirse en una causa de nulidad radical en tanto que, de una parte, no ha existido vulneración de la libre concurrencia dada la imposibilidad de ejecución por parte de otra empresa y, de otra, la peculiar situación producida, en principio atendible -como consideró el órgano gestor- a través de una modificación contractual frustrada, determina una “compleja articulación” de la “pretensión revisora” (en expresión del Consejo de Estado en el citado Dictamen Núm. 706/2021) al no resultar subsumible con naturalidad en un supuesto de adjudicación con ausencia total y manifiesta de procedimiento (el habitual en este tipo de revisiones de oficio).

A lo anterior cabe añadir, con todas las reservas y cautela que merece un análisis retrospectivo de una situación pasada y desde una perspectiva puramente teórica, que el artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan Medidas Urgentes para responder al Impacto Económico del COVID-19, en redacción vigente en el mes de abril de 2021 (pues fue derogado por Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo), regulaba la contratación de emergencia vinculada a la pandemia COVID-19 señalando que “La adopción de cualquier tipo de medida directa o indirecta por parte de las entidades del sector público para hacer frente al COVID-19 justificará la necesidad de actuar de manera inmediata, siendo de aplicación el artículo 120 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (...). De acuerdo con la previsión establecida en el párrafo anterior, a todos los contratos que hayan de celebrarse por las entidades del sector público para atender las necesidades derivadas de la protección de las personas y otras medidas adoptadas por el Consejo de Ministros para hacer frente al COVID-19, les resultará de aplicación la tramitación de emergencia”.

Tratándose, pues, de un supuesto amparable en una modificación fundamentada en razones de interés público y de conformidad con el régimen establecido en el artículo 205 de la LCPS o en el régimen excepcional establecido

en el artículo 120 de la LCSP (tramitación de emergencia en el escenario normativo vigente en el mes de abril de 2021), o cuando menos muy próximo a los presupuestos que avalan ambas alternativas, no procede estimar una infracción procedimental que quiebre la libre concurrencia y aboque a declarar la nulidad radical, tal como hemos apreciado en otros supuestos en los que la actuación administrativa -desprovista de requerimientos formales- no atentaba contra los principios a los que sirven las cautelas procedimentales (por todos, Dictámenes Núm. 298/2022 y 17/2023).

En el caso que nos ocupa, nos hallamos ante la contratación de un servicio y suministro no contemplado en un contrato en vigor, consistiendo su objeto en una prestación sobrevenida y directamente relacionada con la atención derivada de necesidades de la pandemia de COVID-19, motivada por razones de interés público y ejecutada en unas condiciones económicas avaladas por el informe emitido al efecto por el Jefe del Servicio de Calidad, Sistemas y Tecnologías de la Consejería de Salud, que especifica que los servicios contratados se ajustan al precio de mercado.

Ciertamente, si bien la normativa de contratación pública exige, por razones obvias, la prestación de un servicio con la adecuada cobertura formal y procedimental, las circunstancias concurrentes impiden apreciar un vicio patente de nulidad radical en el compromiso convenido entre la Administración y la contratista, ni por la causa invocada por la Administración instructora, ni por la ausencia de modificación contractual o contratación de emergencia *ex* artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, anteriormente citado. Esto es, a diferencia de las circunstancias concurrentes en otros supuestos (prestación del servicio por empresa distinta, prolongación excesiva de la continuidad de los servicios por indebida dilación en la nueva licitación o desproporción entre los importes facturados durante la contratación irregular y el presupuesto del contrato original), no se deduce una quiebra manifiesta del procedimiento que perjudique el principio de libre concurrencia, pues median elementos expresivos de la imposibilidad de ejecución por otra empresa y del encaje de la prestación

en una modificación del contrato originario o en un supuesto de emergencia amparado en el artículo 120 de la LCSP.

En consecuencia, la adjudicación impugnada no incurre en vicio de nulidad absoluta, y no ajustándose tampoco a lo previsto en la LCSP precisa en todo caso de un acto de convalidación, debiendo advertirse que en el contexto de contrataciones irregulares de servicios convalidadas la jurisprudencia ha señalado que el día inicial para el cómputo de los intereses de demora es el siguiente al transcurso de los treinta días posteriores al momento de la convalidación del gasto (Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 2020 -ECLI:ES:TS:2020:1371-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª).

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede revisar de oficio las actuaciones relativas al contrato suministro y servicios para la implantación de un módulo de vacunación masiva en la Estación Clínica de Atención Primaria.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.