



ANTECEDENTES

PRIMERO.- Mediante resolución de 26 de abril de 2003, el Director Gerente del Hospital Universitario "*Virgen de la Arrixaca*" de Murcia acordó iniciar un procedimiento para la revisión de oficio y la declaración de nulidad de pleno Derecho de la Resolución de 10 de enero de 1995 de la Dirección General de dicho Hospital, por la que se acordó prorrogar hasta el 31 de diciembre de 2019 el contrato de servicio de televisores en las habitaciones de los enfermos en el citado Hospital, suscrito el 1 de diciembre de 1993 con la mercantil "*S., S.L.*", nulidad que habría de extenderse al subsiguiente contrato formalizado el 16 de enero de 1995 con dicha empresa, por el que se modificaba el citado de 1993.

El contrato originario tenía como objeto la instalación y explotación del servicio de televisión en las habitaciones de los enfermos, aportando e instalando el adjudicatario la red de distribución de la señal de televisión así como los televisores, pudiendo utilizar aquél la red eléctrica existente en el Hospital, percibiendo a cambio el rendimiento de tal explotación en forma de precio -tasado- abonado por los usuarios, debiendo abonar la empresa al Hospital un canon mensual, en el que se consideraba incluido -a tanto alzado- el consumo eléctrico de los televisores. Mediante el acto y contrato modificativo del anterior, cuya revisión ahora se pretende, el adjudicatario se obligó a realizar en el Hospital una nueva instalación eléctrica específica para este servicio, compensándosele con una prórroga de 20 años del plazo de explotación, y debiendo la empresa abonar un canon anual de explotación adicional al mensual pactado inicialmente.

En síntesis, la pretendida revisión de oficio se basa en que el indicado acto y contrato de modificación se adoptaron prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido para las modificaciones de contratos administrativos, previsto en el artículo 136 del Reglamento de la Ley de Contratos del Estado, aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre (RLCE), entonces aplicable, pues no consta trámite alguno previo a dichos actos (de los que incluso afirma el Hospital que desconocía su existencia hasta fechas recientes).

SEGUNDO.- Tramitado el procedimiento de revisión de oficio, mediante resolución de 27 de julio de 2006 el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud (SMS) convalida el acuerdo de iniciación del mismo efectuado en su día por el Director Gerente del Hospital, al considerar que dicha actuación le correspondía a él, en calidad de órgano de contratación del SMS, en el que está integrado el Hospital, conforme con lo dispuesto en el artículo 8, w) del Decreto 184/2002, de 27 de diciembre, por el que se establece la estructura y funciones de los órganos de participación, administración y gestión del SMS. Asimismo, convalida toda la instrucción realizada en dicho procedimiento.

TERCERO.- Continuada la tramitación, mediante resolución de 29 de diciembre de 2006 el Director Gerente del SMS acuerda declarar caducado el procedimiento, por haber transcurrido el plazo máximo de tres meses establecido al efecto en el artículo 102.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

CUARTO.- Mediante resolución de 8 de enero de 2007, el citado Director Gerente acuerda

iniciar un nuevo procedimiento con el mismo objeto que el caducado, convalidando (en rigor, incorporando al nuevo procedimiento) las actuaciones realizadas en este último. En éste, destaca el informe, sin fecha, del Jefe de Servicio de Ingeniería del Hospital, sobre las características y valoración de la instalación eléctrica ejecutada a consecuencia de los actos cuestionados, en el que expresa lo siguiente:

"2.- Descripción de la instalación.

Consultado con diversos profesionales del hospital de la especialidad de electricidad y revisada técnicamente la instalación de red eléctrica para conexión de televisores en planta realizada en su día por la empresa S., S.L., como consecuencia del documento calificado como anexo al contrato de gestión de servicio público, de fecha 16 de enero de 2006, la misma consistió en: Suministro e instalación de dos acometidas eléctricas, que daban suministro eléctrico desde el centro de transformación industrial a los dos edificios de hospitalización (hospital general y hospital materno infantil). Ambas instalaciones consistían en un cuadro eléctrico que incluía una protección magneto térmica y diferencial en cabecera, para cada línea y tendido de manguera por bandeja existente en galerías de conexión, hasta los dos edificios indicados. En cada edificio el suministro e instalación de un cuadro eléctrico, con interruptor de corte general y protecciones magneto térmicas para las diversas líneas de distribución, así como una distribución de verticales hasta los diversos receptores.

Analizados un estado de mediciones de los distintos componentes, así como de los presupuestos de los mismos, se estima que dicha instalación, incluidos beneficios industriales, gastos generales, I.V.A., etc., tiene un coste no superior al equivalente actual de 14.000 euros. Indicando que la parte proporcional de la instalación que daba servicio al hospital general no está hoy en día en servicio, pues este edificio fue objeto de una reforma integral, que afectaba a la instalación eléctrica, en el plan director de reforma y ampliación acometido sobre los años 1995-2000.

No se tiene constancia que dicha instalación fuera objeto de la preceptiva legalización, como era obligatorio según el vigente y anterior reglamento electrotécnico para baja tensión, y a día de hoy dicha instalación contiene componentes que hacen que esté fuera de normativa.

Efectuando un análisis de costes, con las mediciones realizadas y con el presupuesto de materiales contemplados en la actual reglamentación, incluso su legalización, ante la Dirección General de Industria, se estima que el presupuesto, I/B.I., I/G.G. e I.V.A., ascendería a un valor no superior a 20.000 euros.

3.- Conclusiones.

Que habida cuenta el tiempo transcurrido desde la instalación de la red eléctrica, su estado actual, así como la normativa actual a aplicar en este tipo de instalaciones, se considera totalmente amortizada su inversión inicial, más allá del mantenimiento obligado en virtud del contrato".

QUINTO.- Otorgado el preceptivo trámite de audiencia y vista del expediente, y previa comparecencia de la interesada, el 7 de febrero de 2007 presentó escrito de alegaciones, oponiéndose a las declaraciones de nulidad pretendidas y solicitando el archivo del expediente. Además, solicita la práctica de las siguientes pruebas:

"a) Que se remita copia de los archivos de entrada y salida del Libro de informes de la Asesoría Jurídica Provincial del Instituto Nacional de la Salud en Murcia, desde 1 de diciembre de 1993 a 25 de enero de 1995.

b) Que se remita copia de los archivos de entrada y salida de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Salud de Murcia a la Asesoría Jurídica Provincial en Murcia, desde 1 de diciembre de 1993 a 25 de febrero de 1995.

c) Que se remita copia del informe 2149, que siendo innominado hace referencia a una

prórroga en la Arrixaca , para determinar si éste se debe a un error tipográfico".

En cuanto al resto de sus alegaciones considera que no es aplicable el artículo 136 RLCE, pues no se trata de un contrato de obras; en todo caso, sostiene que se recabó el informe de la Asesoría Jurídica del INSALUD, pues en la Resolución y contrato cuestionados aparece estampado el sello de dicha unidad administrativa. Subsidiariamente alega, con invocación del artículo 106 LPAC, que no procede la declaración de nulidad, por razón del tiempo transcurrido y la buena fe de la empresa, que no cobra la utilización de los televisores a los enfermos que por su situación económica y social no pueden pagarla, y que da servicio gratuito de dos canales infantiles de pago en habitaciones para niños, sin estar estipulado en el contrato; además, señala que durante 20 meses estuvieron sin ocupar completas 180 camas, por obras en el Hospital, sin pedir compensación o suspensión del contrato.

Además, para el caso de que se declare la nulidad, alega que reclamaría la restitución de las prestaciones realizadas al Hospital, en particular el valor de la instalación realizada y no amortizada por la extinción anticipada del contrato, y los cánones anuales satisfechos, así como la indemnización por los daños y perjuicios producidos. Adjunta a dicho escrito una memoria descriptiva y valorativa de las citadas instalaciones, por valor de 29.066.836 ptas. (174.695,20 euros).

SEXTO.- El 23 de febrero de 2007, el Secretario General Técnico del SMS formula propuesta de resolución para que se declare la nulidad de pleno Derecho de los actos objeto de este procedimiento revisorio, en aplicación de los artículos 62, a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, en relación con el 62.1, e) LPAC. Asimismo, propone declarar la improcedencia de reconocer indemnización alguna a la empresa "S., S.L.".

SÉPTIMO.- En la misma fecha, el Director Gerente del SMS remite el expediente a la Consejería de Sanidad para que solicite el preceptivo Dictamen del Consejo Jurídico de la Región de Murcia; asimismo, acuerda la suspensión del plazo máximo de resolución del procedimiento, invocando a tal efecto el artículo 42.5, c) LPAC. Posteriormente se procedió a notificar dicha resolución a la empresa interesada.

OCTAVO.- Mediante escrito de 1 de marzo de 2007 (con registro de salida de la Consejería del día siguiente), el Secretario General de ésta, por delegación de la Consejera, solicita el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico. Dicho escrito tuvo entrada en este Órgano Consultivo el 5 siguiente, al que se acompañó el expediente tramitado y su extracto e índice reglamentarios.

NOVENO.- En el Dictamen 51/2007, de 18 de abril, este Consejo Jurídico adoptó las siguientes:

"CONCLUSIONES

PRIMERA.- *Procede dejar sin efecto el apartado tercero de la resolución de 23 de febrero de 2007 del Director Gerente del SMS, relativo a la suspensión del plazo máximo de resolución del procedimiento de revisión de oficio objeto del presente Dictamen y, en su lugar, proceder conforme con lo indicado en su Consideración Segunda, I, A), por las razones allí expresadas.*

SEGUNDA.- *Procede acordar la práctica de las diligencias probatorias a que se refiere la Consideración Segunda, I, B) y II de este Dictamen, en los términos y por las razones allí expresadas. Por ello, no procede en este momento la emisión de Dictamen sobre el fondo del procedimiento revisorio de referencia.*

TERCERA.- *Por todo lo anterior, la propuesta de resolución objeto de Dictamen se informa desfavorablemente".*

DÉCIMO.- Remitido el citado Dictamen al órgano consultante, mediante Resolución de 25 de

abril de 2007 el instructor del expediente, el Director Gerente del SMS, procede a cumplimentar lo indicado por este Consejo Jurídico en relación con la suspensión del plazo máximo de resolución y notificación del procedimiento, a cuyo fin deja sin efecto lo acordado por el mismo en su día y, en sustitución de lo allí dispuesto, resuelve suspender el citado plazo con efectos de 2 de marzo de 2007, fecha en que tuvo salida la solicitud de Dictamen a este Consejo Jurídico. En la misma resolución se establece que dicho plazo se reanudó el 21 de abril de 2007, es decir, al día siguiente al de la recepción del Dictamen 51/2007 antes señalado. Dicha resolución fue notificada a la empresa interesada el 4 de mayo de 2007.

UNDÉCIMO.- Mediante resolución de 2 de mayo de 2007, notificado a la empresa el 4 siguiente, el instructor acuerda lo siguiente:

"PRIMERO. Acordar la práctica de las pruebas solicitadas por la empresa en su escrito de alegaciones de fecha 6 de febrero de 2007, incorporando en consecuencia al expediente la documentación siguiente:

- *Copia de Libro de Registro de Informes de la Asesoría Jurídica Provincial de Insalud desde el 1 de enero de 1994 (fecha de entrada en vigor del contrato) hasta el 12 de octubre de 1994.*
- *Copia del Informe nº 2149 de la Asesoría Jurídica Provincial del INSALUD de Murcia.*
- *Copia del Libro Registro de Entrada de la Dirección Provincial del INSALUD de Murcia dirigido a la Asesoría Jurídica Provincial de 1 de enero de 1994 hasta 31 de octubre de 1994.*
- *Copia completa del expediente 3793 Servicio de Televisores de los enfermos del Hospital Virgen de la Arrixaca de Murcia.*
- *Documentos relativos a la actualización de renta.*
- *Documentos relativos a la prórroga del contrato.*
- *Certificado del Director Gerente del Hospital Virgen de la Arrixaca de que en el expediente enviado no consta ningún otro documento.*

SEGUNDO. Poner a disposición de la empresa S., S.L. la citada documentación, concediéndole un plazo de audiencia de 10 días a contar desde el día siguiente a la recepción de esta resolución, para que formule las alegaciones que estime conveniente".

DUODÉCIMO.- El 11 de mayo de 2007 toma vista y obtiene copias del expediente un representante de la empresa interesada, que el 16 siguiente presenta alegaciones, en las que, en síntesis, expresa que las pruebas complementarias practicadas resultan incompletas respecto a lo solicitado en su momento, lo que supone una limitación a su derecho a la tutela judicial, así como la nulidad del procedimiento, conforme a los artículos 62, a) y e) LPAC. En especial señala que, frente a la petición de incorporación al expediente del informe nº 2149 de la Asesoría Jurídica Provincial del INSALUD de Murcia, lo que obra en el mismo es un documento de informe sin firma ni fecha, lo que considera una presunta falsedad documental. Tampoco entiende cumplimentada en su totalidad la documental relativa a los Libros de Registro de documentos interesada en su momento, pues no se remonta a las anotaciones desde el 1 de diciembre de 1993.

DECIMOTERCERO.- Requerida el 22 de mayo de 2007 por el SMS a los servicios del Hospital "Virgen de la Arrixaca" una explicación del hecho de que el citado informe nº 2149 hubiera sido remitido por dicho Hospital sin firma ni sello, es efectuada mediante informe de la citada fecha del letrado de la Dirección de los Servicios Jurídicos adscrito al SMS, en el que indica lo siguiente:

"En relación con la consulta efectuada sobre la falta de firma del informe aportado a requerimiento de esa Secretaría General Técnica, le informo que el documento remitido es la impresión actual de una copia de seguridad conservada en Disco de 3,5" donde se almacenan en formato electrónico los documentos redactados en aquella época. Este disco de seguridad de la que (sic) se extrae el informe en cuestión fue almacenada por el personal administrativo y

sólo gracias a ello se ha podido recuperar.

Consecuencia de lo anterior es que el documento aportado no presenta firma ni sello de entrada.

La copia en papel, firmada y con sello de salida, que se conservaba en el Servicio Jurídico de la Seguridad Social en la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Salud de Murcia se destruyó, como todos los informes de aquella época, tras el traspaso de la gestión sanitaria al Servicio Murciano de Salud debido a la falta de espacio y al largo tiempo transcurrido desde su emisión.

Es posible, aunque improbable a la vista del tiempo transcurrido, que la Institución que solicitó el informe pueda conservar el original firmado y con registro de salida.

En cuanto al registro de informes del Servicio Jurídico de la Seguridad Social en la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Salud en Murcia, se trataba y se trata de un "libro" de anotaciones, sin más validez que la de mero recuento interno, donde se inscribían todas las solicitudes de informe escrito haciendo constar en el mismo asiento los datos del informe solicitado, la fecha de solicitud y la de emisión, así como el Letrado que lo emitía. Se conserva el original de este "libro".

DECIMOCUARTO.- Con fecha 22 de mayo de 2007, el Secretario General Técnico del SMS formula nueva propuesta de resolución del procedimiento, para declarar nula la Resolución de 10 de enero de 1995 por la que se acordó la prórroga del contrato de servicio de televisores en las habitaciones de los enfermos del citado Hospital, así como los actos que derivan de la misma, declarando asimismo la improcedencia de reconocer indemnización alguna a la interesada, todo ello por las mismas razones expresadas en la anterior propuesta de resolución, al no ser desvirtuadas por la prueba documental complementariamente practicada. A este respecto, señala lo siguiente:

"En cuanto a los medios de prueba solicitados por la empresa, se ha acordado la práctica, y por tanto, se le ha dado traslado de aquella documentación que el Consejo Jurídico ha considerado procedente conforme al artículo 80 del la LRJPAC, ya que el resto de la documentación pedida por la empresa, o bien no es necesaria, por ser anterior a la fecha de entrada en vigor del contrato (1 de enero de 1994, con lo que nos encontraríamos con el absurdo de "prorrogar" un contrato antes de comenzar su ejecución), o bien ya consta en el expediente originario al que la empresa ya tuvo acceso.

En cuanto a la presunta falsedad del documento público, aclarar que el informe 2149 (del expte. 39/93, contrato de comedor de médicos y personal de guardia del H.G.U. Virgen de la Arrixaca) sólo se conserva en formato electrónico. La copia en papel, firmada y con sello de salida, que se conservaba en el Servicio Jurídico de la Seguridad Social en la Dirección Provincial del Insalud de Murcia se destruyó, como todos los informes de aquella época, tras el traspaso de la gestión sanitaria al S.M.S. debido a la falta de espacio y al largo tiempo transcurrido desde su emisión, según consta en el informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos de 22 de mayo de 2007. Esta circunstancia ya se señaló en el Informe de esta Dirección de fecha 22 de febrero de 2006, por tanto esta circunstancia era conocida por la empresa pues dispone de copia. Asimismo, en este informe se aclara que el registro de informes del Servicio Jurídico de la Seguridad Social en la Dirección Provincial del INSALUD en Murcia, se trataba de un libro de anotaciones, sin más validez que el mero recuento interno".

DECIMOQUINTO.- Remitido el expediente a la Secretaría General de la Consejería de Sanidad, mediante oficio de 24 de mayo de 2007, registrado de salida el 25 siguiente, con entrada en este Consejo Jurídico en la misma fecha, su Secretario General, por delegación de la Consejera, solicita de este órgano consultivo la emisión de su preceptivo Dictamen, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

DECIMOSEXTO.- El 30 de mayo de 2007 tiene entrada en este Consejo Jurídico un oficio del Director Gerente del SMS al que adjunta una resolución suya, del 28 anterior, en la que acuerda suspender nuevamente, con fecha 25 de mayo de 2007, el plazo máximo de resolución y notificación del procedimiento, al haberse solicitado en esta fecha el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico sobre el fondo del asunto.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de revisión de oficio y declaración de nulidad de un acto y un contrato administrativo, con oposición del contratista, concurriendo con ello los supuestos previstos en el artículo 12.6 y 7 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Procedimiento.

I. Una vez realizadas las diligencias probatorias complementarias a que nos referimos en nuestro Dictamen 51/2007, no ha de hacerse objeciones sustanciales a la tramitación realizada.

En este punto, y frente a lo alegado por la interesada en el último trámite de audiencia acordado, no puede aceptarse en modo alguno que el hecho de que en el informe nº 2149 (referido a un contrato distinto al que se pretende revisar) no se haya hecho constar la firma de su autor, implique la falsedad de dicho documento, pues en el informe de 22 de mayo de 2007 emitido por el mismo funcionario cuyo nombre aparece en la antefirma del cuestionado informe, se explica dicha circunstancia (vid. Antecedente Decimotercero) con razones perfectamente plausibles, dado el tiempo transcurrido desde la fecha de tal documento, sin que el método de archivo informático empleado (por lo demás, de progresiva implantación en la Administración Pública) pueda ser rechazado, máxime si el autor del documento así guardado ratifica su autoría. Por otra parte, y como señala la propuesta de resolución, este proceder ya fue seguido en este mismo procedimiento revisorio con relación a otro informe incorporado al expediente, el nº 2124, sobre el que el mismo funcionario y autor del documento expresó las mismas razones de la forma de su obtención, certificando su autoría y autenticidad (vid. el informe de 22 de febrero de 2006, y los documentos obrantes a los folios 207 a 209 y 220 del último expediente remitido a este Consejo Jurídico), todo ello sin que la empresa opusiera entonces reparo alguno a su autenticidad.

Por lo que se refiere a la extensión temporal de las hojas correspondientes a los libros de registro de documentos que se conservan, procedentes del antiguo INSALUD, se han incorporado las correspondientes al período en que, conforme con las propias manifestaciones de la empresa formuladas en el primer trámite de audiencia (folio 20 exp. originario), podía ser posible que se hubieran solicitado los informes preceptivos cuya omisión constituye el fundamento jurídico del procedimiento que nos ocupa, es decir, ya en funcionamiento el servicio, que empezó, según estaba pactado, el 1 de enero de 1994, no siendo por ello pertinente que se incorpore documentación de estos libros desde el 1 de diciembre de 1993, como pretende la empresa.

II. Por otra parte, resulta conveniente referirse al plazo de caducidad del presente procedimiento, para que tales consideraciones puedan ser tenidas en cuenta por el órgano consultante a la hora de resolver y proceder a su notificación al interesado.

Así, iniciado el procedimiento el 8 de enero de 2007, y teniendo un plazo máximo de tres meses para su resolución y notificación (artículo 102.5 LPAC), de no haberse producido su

suspensión a virtud de la resolución del instructor reseñada en el Antecedente Décimo, el último día hábil a estos efectos hubiera sido el 9 de abril de 2007 -el 8 es inhábil, art. 48.2 LPAC-, por lo que, en el momento de ser efectiva la suspensión de dicho plazo, es decir, el 2 de marzo de 2007, restaban 39 días -naturales, como corresponde considerar a la vista de que el citado plazo por meses es computable de fecha a fecha- para su finalización, los mismos días que habían de volver a computarse tras la reanudación del plazo con fecha 21 de abril de 2007, tras recibir el órgano consultante el Dictamen 51/2007. No obstante lo anterior, suspendido de nuevo el plazo máximo de resolución con fecha 25 de mayo de 2007, por la solicitud del presente Dictamen (Antecedente Decimosexto), en esa fecha restaban 5 días naturales para su finalización, los mismos de que dispondrá el órgano consultante para resolver el procedimiento y notificar la resolución a la empresa interesada una vez reciba el presente Dictamen, por las mismas razones que se han expuesto.

III. Por último, debe indicarse la necesidad de conformar un único expediente, mediante la unión a la primera documentación enviada a este Consejo Jurídico de la remitida posteriormente, tras el Dictamen 51/2007 (documentación esta última, por cierto, que no incluye la totalidad de la que figura en el primer expediente, lo que nos obligará a la cita de documentos de uno y otro expediente mediante la referencia "*exp. I*" y "*exp. II*", según proceda).

TERCERA.- Sobre la nulidad de pleno Derecho de la Resolución de 10 de enero de 1995 de la Dirección General del Hospital "Virgen de la Arrixaca" y del contrato de 16 de enero de 1995 objeto del procedimiento revisorio de referencia.

I. La declaración de nulidad de pleno Derecho objeto de la propuesta dictaminada pretende dictarse al amparo de lo establecido en los artículos 62, a) y 64.1 TRLCAP, en relación con el 62.1, c) LPAC, es decir, por haberse dictado los referidos acto y contrato administrativos prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, concretamente, en el artículo 136 RLCE.

A este respecto, debe comenzarse por confirmar, a la vista del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) que rige la contratación de referencia, que los trámites exigibles a la modificación del contrato en cuestión son, efectivamente, los establecidos en el citado artículo 136 RLCE, aplicable en el momento en que se dictaron los actos cuya revisión se pretende. Así, el citado PCAP, como "*ley*" particular del contrato, establece en su Cláusula Primera, 1.1, que "*el contrato, de naturaleza administrativa, se regirá por las cláusulas de este Pliego y, en lo no previsto en ellas, por la Ley de 8 de abril de 1965, de Contratos del Estado, modificada por Real Decreto Legislativo 931/1986, de 2 de mayo, así como por el Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre y por las demás normas concordantes y complementarias*". Ello es coherente con el criterio expresado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Dictamen 67/1999, de 6 de julio de 2000, de que los contratos cuyo objeto sea la prestación del servicio de televisión en las habitaciones de los pacientes de hospitales públicos debe calificarse como contrato administrativo especial, regido por sus propias normas y, en su defecto, por las aplicables a los contratos administrativos típicos. Teniendo en cuenta que en el referido Pliego no se regula lo relativo a la modificación del contrato, debe acudirse a lo establecido en el citado precepto reglamentario (al que, por su parte, reenvía el 208 del citado RLCE, relativo al contrato de gestión de servicios públicos, al que, como luego se dirá, ha de asimilarse), precepto en el que se establece con carácter general el procedimiento a seguir para cuantas incidencias surjan entre Administración y contratista, incluyendo el atinente a la modificación de las condiciones contractuales. De no ser ello así, se llegaría a la conclusión de que las modificaciones de los contratos de gestión de servicios públicos no tienen que ajustarse a procedimiento alguno, lo

cual es inadmisibile, pues éste es el instrumento para verificar la concurrencia de los requisitos de fondo que justifican estas modificaciones, según se razonará seguidamente.

Así, los trámites exigidos son los siguientes:

1ª. Propuesta del facultativo encargado por la Administración de la dirección de las obras o servicios (en general, de las prestaciones) en que consiste el contrato, o petición de la empresa contratista.

2ª. Audiencia del contratista (si el expediente se inició a propuesta del citado director) o informe del citado facultativo (en el caso de que se iniciara a petición de la contratista), en ambos casos a evacuar en el plazo de 15 días.

3ª. Informe de la Asesoría Jurídica y de la Intervención del órgano de contratación, en el mismo plazo anterior.

4ª. Resolución del órgano de contratación y su notificación al contratista.

Por lo que se refiere a los requisitos de fondo a los que debía ajustarse la modificación del contrato en cuestión, la Cláusula 3 del Pliego, al remitirse a las normas del contrato de gestión de servicios públicos a efectos de su adjudicación, lleva a considerar aplicables al presente contrato las normas establecidas para dicha clase de contrato en el artículo 221 del citado Reglamento, que establece que la Administración podrá modificar, por razón de interés público, las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios, y que cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, la Administración deberá compensar al empresario de manera que se mantengan en equilibrio los supuestos económicos que presidieron la perfección de aquél.

II. Examinado el expediente remitido, del mismo se desprende que la modificación del contrato operada a virtud de la Resolución de 10 de enero de 1995 y el posterior contrato del 16 siguiente, se acordó *"de plano"*, es decir, omitiendo todos los trámites previos exigidos por la normativa antes citada.

Así, en primer lugar debe destacarse, según se deduce de la Cláusula Segunda del contrato de modificación (el denominado "anexo" al contrato originario), que el objeto del mismo era que el contratista realizase *"a su cargo y con sus medios una red eléctrica para la conexión de los televisores, desde el centro de transformación del Hospital y bajo las indicaciones del Servicio de Obras y Mantenimiento, con el fin de no alterar el funcionamiento de los enchufes eléctricos existentes en las habitaciones de los enfermos, así como para evitar la saturación de las líneas eléctricas del Hospital"* (f. 145 exp. I). Siendo ello así, es decir, tratándose de una causa de carácter técnico, destaca poderosamente que ni en este contrato ni en la Resolución de 10 de enero que lo precedió se hiciera siquiera referencia al correspondiente informe técnico que avalase tal circunstancia. Dicho informe era especialmente necesario si se tiene en cuenta que en la Cláusula Novena del contrato originario se estipuló que el Hospital *"pondrá a disposición del contratista S., S.L. las instalaciones eléctricas existentes para la conexión de los televisores. Serán de cuenta del contratista S., S.L. cuantas instalaciones fueran necesarias para el funcionamiento de los referidos televisores: antenas, amplificadores, cables, etc."*.

Esta circunstancia plantea, de entrada, si la vía elegida para ejecutar dichas instalaciones eléctricas, es decir, la modificación del contrato vigente, era la adecuada a estos efectos, pues la naturaleza de estas instalaciones era muy distinta del objeto de aquél, referido exclusivamente a las instalaciones propias para la recepción y distribución de la señal de televisión, incluyendo los correspondientes televisores, en las habitaciones de los pacientes. Independientemente de que la adjudicataria tuviera la capacitación técnica necesaria para acometer las obras relativas a la instalación eléctrica en cuestión (incluyendo, en su caso, la pertinente clasificación empresarial), de la que nada se dice en el expediente, lo cierto es que podría sostenerse que la contratación de la ejecución de dicha instalación eléctrica debía haber

sido objeto de un contrato independiente, sometido, pues, a las reglas de publicidad y concurrencia exigidas por la normativa aplicable. Esto ya constituiría, por sí misma, una causa de nulidad radical de los actos objeto de revisión, por haberse omitido el nuevo procedimiento de adjudicación, con los esenciales trámites que garantizan la publicidad y concurrencia de otros posibles interesados. Resultaría difícil aceptar en este caso que existían razones de interés público que demandaran encargar al contratista adjudicatario de la instalación de televisión, sin nuevo procedimiento licitatorio, la ejecución de una nueva instalación eléctrica, fundado en una pretendida urgencia en la puesta en funcionamiento de dichos televisores, pues parece claro que tal servicio no podía considerarse tan esencial que no permitiera la demora de tramitar tal procedimiento licitatorio.

En cualquier caso, incluso en la hipótesis de que tal modificación contractual fuera posible sin considerarla como un fraude o elusión indebida de los principios de publicidad y concurrencia previstos en la entonces aplicable LCE y su Reglamento, debe decirse que el procedimiento para la aprobación de la modificación contractual cuestionada hubiera debido ser el siguiente: 1º. Propuesta-informe del Jefe de Servicio de Obras y Mantenimiento del Hospital justificando técnicamente la improcedencia de poner en funcionamiento los nuevos televisores utilizando las instalaciones eléctricas existentes en el Hospital, y la determinación de las instalaciones complementarias necesarias al efecto mediante el oportuno proyecto técnico, y de su coste de ejecución, así como una propuesta sobre la justificación de su encargo al contratista adjudicatario, y no acudir a un contrato independiente. En dicho informe habría de haberse incluido un estudio relacionando el coste de tal instalación y su amortización por el contratista a la vista de los rendimientos estimados que habría de obtener según el contrato vigente, para así tener una base objetiva con la que determinar, con justificación, cuál hubiera tenido que ser el alcance de la prórroga del plazo del contrato para compensarle por dicho coste. Y ello porque, según se indicó anteriormente, éste es el modo establecido en la normativa de contratos para retribuir al contratista las modificaciones de las condiciones de prestación del servicio contratado, es decir, debiendo mantener el equilibrio económico del contrato. Además, en el presente caso, tendría que haber justificado tal informe la procedencia y cuantía del canon adicional de carácter anual que complementariamente se le iba a exigir al contratista, sobre lo que nada se dice en el documento en que se formaliza la citada modificación contractual.

2º. Audiencia del contratista.

3º. Informe de la Asesoría Jurídica del INSALUD, que debía fiscalizar el cumplimiento de todo lo anterior. No era preceptivo el informe de la Intervención, al haberse sustituido ya en aquellas fechas la función interventora por el control financiero permanente, según manifiesta el informe de 23 de enero de 2006 recabado para determinar este extremo (f. 239 exp. I).

4º. Resolución del órgano de contratación comprensiva de todos los extremos en que consistiera la modificación contractual (y no sólo de la prórroga del plazo, dejado improcedentemente el resto de determinaciones para el documento de formalización de la citada modificación), incluyendo la obligación de reajustar la fianza prevista en la Cláusula Quinta del contrato originario al precio total del contrato prorrogado.

Como vamos a ver, y según se desprende del expediente, se omitieron los trámites reseñados en los precedentes apartados 1º a 3º (además de que no se cumpliera con lo indicado en el nº 4).

Por lo que se refiere a los informes técnico y económico, actos esenciales en este procedimiento, ninguna duda hay de su ausencia, por lo que sobra cualquier otro comentario. En cuanto a la audiencia a la contratista, ésta alega que se cumplimentó al dictarse la Resolución del Director del Hospital de fecha 10-1-1995, pero ni consta que este acto se le

notificara previamente a la suscripción del contrato, ni en el mismo se le otorgaba plazo alguno de audiencia, sino que tal Resolución acordaba unilateralmente la prórroga del contrato hasta el 31 de diciembre de 2019, sin más determinaciones.

Tampoco puede considerarse recabado y emitido el preceptivo informe de la Asesoría Jurídica del INSALUD a la vista de la documentación últimamente incorporada al expediente (que ha de considerarse suficiente para la adopción del oportuno juicio al respecto), sin que el mero estampado del sello de dicha unidad administrativa en los documentos cuestionados pueda llevar a la convicción de lo contrario, máxime cuando en los actos reflejados en dichos documentos no se hace ninguna referencia a que los mismos se adoptan vistos los informes preceptivos (remisión que conforma la conocida motivación *"in aliunde"* del acto administrativo, práctica o uso administrativo sobradamente consolidado en la Administración del Estado). Antes al contrario, la utilización de dicho sello pudiera haberse realizado para dar a los actos en cuestión una apariencia de legalidad.

De lo expuesto se desprende que el acto y contrato objeto de revisión están incursos en la causa de nulidad de pleno Derecho prevista en el artículo 62.1, e) LPAC. Si, como afirma el Dictamen de 30 de octubre de 2003, del Consejo de Estado, referido a un supuesto análogo, *"para que concurra este vicio de nulidad, es preciso que el procedimiento se haya violentado de modo terminante y claro, provocando una irregular formación de la voluntad administrativa"*, no cabe duda de que así ocurrió en el caso que nos ocupa, en cuanto la omisión de los referidos trámites impidió justificar debidamente la causa habilitante de la modificación contractual y dió lugar al establecimiento de unas prestaciones de contenido económico (la prórroga del plazo contractual y la fijación de un canon adicional) carentes de toda justificación en su procedencia y magnitud, violentando de esta forma el correcto proceder en la formación de la voluntad de la Administración a la hora de modificar el contrato que tenía suscrito.

Por otra parte, y como señalamos para un caso análogo en nuestro Dictamen 7/2005, de 17 de enero, la exigencia de las indicadas formalidades no pueden *"quedar exceptuadas por el hecho de que la modificación se realizara de mutuo acuerdo con el concesionario, ya que las reseñadas actuaciones instructoras, previas a las modificaciones concesionales o contractuales, se dirigen a velar por la legalidad de las mismas, tanto en beneficio del particular como, sobre todo, de la Administración y los intereses públicos que ésta debe proteger"*.

III. Por lo que se refiere a la procedencia de declarar la nulidad de pleno Derecho, el artículo 102 LPAC, al que se remite el 64.1 TRLCAP, permite a la Administración adoptar dicho pronunciamiento *"en cualquier momento"*, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 106 de la primera Ley, que establece que *"las facultades de revisión de oficio no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes"*.

Conforme señalamos en el citado Dictamen 7/2005, *"a este respecto, de la doctrina y la jurisprudencia recaída sobre este precepto se desprende que, frente al principio general que obliga a la Administración a privar de efectos jurídicos a los actos y negocios incursos en infracciones tan graves como las que dan lugar a su nulidad de pleno Derecho, el referido precepto legal operará, por excepción, cuando se acredite y justifique que el mantenimiento de los efectos jurídicos de dichos actos resulta de mayor interés público que la privación de aquéllos. No se trata, pues, en puridad, de decantarse por el interés privado de los particulares frente al público que supone la eliminación de un acto nulo, sino de que, en justificados y excepcionales casos, la estabilidad o mantenimiento de tales actos revista un interés, igualmente público, de entidad superior a su eliminación, y ello en cumplimiento del principio de*

seguridad jurídica, como contrapeso al de legalidad.

Se trata de ponderar los intereses públicos en juego y de decantarse por el que merezca mayor protección. A este respecto, no puede caber duda de que procede la eliminación de la prórroga concesional, por tres esenciales razones: a) porque ésta se acordó sin justificación alguna de lo que constituyó su razón de ser (el resarcimiento de daños y perjuicios que la concesionaria no tenía el deber jurídico de soportar), por no haberse realizado evaluación económica alguna al respecto, con lo cual no es posible saber si el Ayuntamiento ha resarcido sin más al concesionario o si lo ha enriquecido injustamente por la vía de otorgarle más plazo de explotación del que le correspondería a estos efectos (...); b) porque lo anterior retrasa en un tiempo sustancial (nueve años, más del 50% del inicial plazo concesional) la posibilidad de que el Ayuntamiento realice una nueva licitación de la concesión, perjudicando a terceros interesados en la explotación del subterráneo y al propio Ayuntamiento, que se ve privado de la posibilidad de establecer, en la nueva licitación, un canon concesional eventualmente superior al vigente, o de recibir mejores ofertas de los aspirantes, tanto en este como en otros aspectos de la concesión; y c) porque el escaso lapso de tiempo transcurrido entre la firma del Convenio y la iniciación del procedimiento revisorio impide considerar dignas de mayor protección las situaciones jurídicas que, en mera hipótesis (pues nada alega el concesionario al respecto), se pudieran estimar consolidadas por la prórroga concesional incurrida en nulidad".

Como puede verse, existen grandes similitudes entre el caso enjuiciado en dicho Dictamen y el presente, pues (1º) aquí tampoco es posible saber, debido a los vicios procedimentales padecidos, si con la modificación se ha mantenido o no el equilibrio económico del contrato; (2º) se ha dado lugar a una notable ampliación del plazo contractual, pues los 6 años originariamente previstos se amplían en 20 más, sin introducir en el clausulado del contrato, como contrapartida, ninguna cláusula que obligase al contratista a adaptar las instalaciones y receptores a los nuevos desarrollos de la tecnología (la usualmente conocida como cláusula de adaptación al "progreso técnico", no prevista en el PCAP a la vista del citado plazo de 6 años), cláusula cuya exigencia de modo implícito en los contratos administrativos (es decir, cuando no se incluye expresamente en el PCAP) no es una cuestión pacífica en la doctrina, además de que incluso en el caso de exigirse en este contrato, existiría una absoluta indeterminación sobre los eventuales mecanismos compensatorios al contratista; y (3º) porque no ha transcurrido un lapso de tiempo tan excesivo entre el comienzo de la prórroga del plazo contractual a virtud de los actos cuestionados (1 de enero de 2000) y el final del mismo (31 de diciembre de 2019) como para proceder a declarar la extinción de sus efectos, sin perjuicio de la restitución o, de ser procedente, la compensación de las prestaciones mutuamente realizadas, en el procedimiento a que se aludirá en la siguiente Consideración.

Por otra parte, el hecho de que se haya omitido total y absolutamente el procedimiento administrativo de modificación contractual, y en especial el informe en el que se debían establecer las características de la nueva instalación (en rigor, su proyecto de ejecución, pues nada se dice al respecto en el contrato cuestionado), su coste y el cálculo para compensar al contratista su amortización, unido a la ausencia del posterior trámite de audiencia al mismo para que pudiera formular alegaciones o mostrar su conformidad a lo allí establecido, no permiten considerar que la interesada fuera completamente ajena a la irregularidad cometida, tratándose de una empresa que, según sus afirmaciones, opera habitualmente en este sector, incluso con la Administración pública (f. 35 y 36 del exp. II) y, por tanto, con presumible conocimiento de los trámites esenciales de la contratación administrativa, debiéndole resultar cuando menos extraño que tan importante modificación contractual se acordara y formalizara sin tener a la vista los citados informes técnicos y económicos y sin un proyecto técnico de las importantes instalaciones eléctricas que debía realizar.

CUARTA.- La restitución de las prestaciones y la indemnización de daños y perjuicios.

El artículo 65.1 TRLCAP establece que *"la declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubieran 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"*.

De dicho precepto se desprende que la fase de liquidación del contrato (cuyo procedimiento es, en todo caso, de preceptiva tramitación) y el eventual procedimiento para la indemnización de los daños y perjuicios causados a las partes por la declaración de nulidad, sólo puede iniciarse y resolverse una vez sea firme el acto administrativo de declaración de la nulidad, lo que implica tener que esperar a que se produzca dicha firmeza. Ello ha de entenderse limitado a los indicados efectos restitutorios e indemnizatorios, no así a tener por extinguida la relación contractual objeto de la declaración de nulidad, que ha de entenderse ejecutiva desde el momento de su adopción, por evidentes razones de interés público (sin perjuicio, claro está, de lo establecido en el número 2 del citado artículo 65 sobre el supuesto de grave trastorno al servicio público).

En consecuencia, procede eliminar de la propuesta de resolución objeto de Dictamen su apartado segundo, dirigido a *"declarar la improcedencia de indemnización alguna a la empresa S., S.L"*.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La Administración regional puede declarar la nulidad de pleno Derecho de los actos objeto del procedimiento de revisión de oficio a que se refiere el presente Dictamen, al amparo de lo establecido en los artículos 64 TRLCAP y 62.1, e) y 102 LPAC, en relación con el 136 RLCE y demás preceptos de la normativa reguladora de la contratación pública reseñados en la Consideración Tercera de este Dictamen.

SEGUNDA.- En la resolución del citado procedimiento revisorio no procede incluir pronunciamiento alguno sobre los derechos indemnizatorios de la interesada.

TERCERA.- En consecuencia, la propuesta objeto de Dictamen se informa favorablemente en lo que se refiere a la pretendida declaración de nulidad, y desfavorablemente en lo referente a la declaración de improcedencia de indemnización a la interesada, por las razones expresadas en la Consideración Cuarta del presente Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.