

ACUERDO DE 19 DE DICIEMBRE DE 2017, DEL CONSEJO DE GOBIERNO, POR EL QUE SE AUTORIZA EL EXPEDIENTE DE GASTO DERIVADO DE LA PRESTACIÓN DE ASISTENCIA SANITARIA, POR PARTE DE LA EMPRESA JOSÉ MANUEL PASCUAL PASCUAL, S.A, EN LOS HOSPITALES SANTA MARÍA DEL PUERTO (EL PUERTO DE SANTA MARÍA), VIRGEN DEL CAMINO (SANLÚCAR DE BARRAMEDA) Y VIRGEN DE LAS MONTAÑAS (VILLAMARTÍN), TODOS ELLOS DE LA PROVINCIA DE CÁDIZ, EN EL PERIODO COMPRENDIDO ENTRE EL 1 DE OCTUBRE DE 2016 Y EL 7 DE JUNIO DE 2017, POR UN IMPORTE TOTAL DE 42.912.419,77 EUROS, EXENTO DE IVA.

RELACIÓN DE DOCUMENTOS:

TODOS LOS DOCUMENTOS DEL EXPEDIENTE SON ACCESIBLES

1	Informe de fiscalización de conformidad condicionado con observaciones de la Intervención General de la Junta de Andalucía
2	Dictamen del Consejo Consultivo
3	Memoria justificativa
4	Memoria económica
5	Voto particular de Consejero del Consejo Consultivo de Andalucía

En virtud de lo establecido en el Acuerdo de 17 de diciembre de 2013, del Consejo de Gobierno, por el que se adoptan medidas para la transparencia del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, y dando cumplimiento a las Instrucciones de coordinación para asegurar la homogeneidad en el tratamiento de la información en cumplimiento de lo establecido en el citado Acuerdo, se emite la presente propuesta sobre la aplicación de los límites de acceso de los documentos que integran el expediente relativo al asunto indicado.

Sevilla, a 18 de diciembre de 2017

LA VICECONSEJERA



Fdo. María Isabel Baena Parejo

Ref.: FIS:FM/SF:CT/jah

**INFORME DE FISCALIZACIÓN DE CONFORMIDAD CONDICIONADO CON OBSERVACIONES**

El Interventor General, en ejercicio de las funciones que le atribuye el Texto refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía (en adelante TRLGHP), aprobado por Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo y el artículo 72.1.b) del Reglamento de Intervención de la Junta de Andalucía (en adelante RIJA), aprobado por Decreto 149/1988, de 5 de abril, emite el presente informe.

**DATOS IDENTIFICATIVOS DEL EXPEDIENTE**

**Órgano gestor del gasto:** 0980 SERVICIO DE APOYO AL S.A.S.

**Acto administrativo sometido a fiscalización:** expediente de gasto relativo a la revisión de oficio para determinar la nulidad de la contratación, sin formalización alguna, con la empresa José Manuel Pascual Pascual, S.A., para la prestación de asistencia sanitaria en los hospitales Santa M.<sup>a</sup> del Puerto (El Puerto de Santa María), Virgen del Camino (Sanlúcar de Barrameda), y Virgen de las Montañas (Villamartín), todos ellos de la provincia de Cádiz, durante el periodo comprendido entre los días 1 de octubre de 2016 a 7 de junio de 2017.

**Propuestas contables:** Propuesta de documento contable “AD” número de documento 0000518445 y número de expediente 0121483253, importe 45.487.164,98 euros.

**INFORME**

El presente Informe tiene carácter de conformidad con arreglo a lo dispuesto en el artículo 91 del TRLGHP y en el artículo 12.1.a) del RIJA, en base a las consideraciones efectuadas por la Asesoría Jurídica de la Administración Sanitaria, en su informe nº 2017-0325-CTA-CE de fecha 27 de octubre de 2017.

No obstante, es necesario advertir que, en la siguiente fase de fiscalización del expediente, deberá aportarse la siguiente documentación:

- El preceptivo informe favorable del Consejo Consultivo de Andalucía, conforme a lo dispuesto en el artículo 17.10.d) de la Ley 4/2005, de 8 de abril, del Consejo Consultivo de Andalucía, en relación con el artículo 106 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y el criterio establecido en el Informe de



C/ Albareda nº. 18-20 41071 Sevilla  
 Tlf.: 955.06.49.36  
 Correo-e: [igeneral.chap@juntadeandalucia.es](mailto:igeneral.chap@juntadeandalucia.es)

FIRMADO POR	VICENTE CECILIO FERNANDEZ GUERRERO	17/11/2017	PÁGINA 1/2
VERIFICACIÓN	Pk2jm863Q3XUBRGwmQdnL8gkwk6/OH	<a href="https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma">https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma</a>	

31 de mayo de 1995, de la Intervención General de la Junta de Andalucía, sobre la exigencia del preceptivo informe del Consejo Consultivo de Andalucía a efectos del artículo 7.1.e) del RIJA.

Asimismo, al amparo del artículo 7.2 del R.I.J.A. se realizan la siguiente observación:

Se aprecia en error aritmético o de hecho en el cálculo de la cuantía económica de la liquidación del contratista, concretamente en el procedimiento de exclusión o descuento de la partida en concepto de "beneficio industrial", cuantificada en el 6% del importe del contrato. Partiendo de este planteamiento, de acuerdo con el informe favorable de la Asesoría Jurídica de la Administración Sanitaria, la operación aritmética correcta para aplicar el descuento del beneficio industrial, sería deflactar el importe total de la liquidación en ese porcentaje ( $45.487.164,98 / 1,06$ ), no descontar sin más ese porcentaje al importe total. Por tanto, y a la vista de lo que dictamine el Consejo Consultivo de Andalucía, en la resolución definitiva deberá rectificarse la cuantía económica de la liquidación del contratista.

EL INTERVENTOR GENERAL

Fdo.: Vicente Fernández Guerrero



C/ Albareda nº. 18-20 41071 Sevilla  
Tlf.: 955.06.49.36  
Correo-e: [igeneral.chap@juntadeandalucia.es](mailto:igeneral.chap@juntadeandalucia.es)

FIRMADO POR	VICENTE CECILIO FERNANDEZ GUERRERO	17/11/2017	PÁGINA 2/2
VERIFICACIÓN	<a href="https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma">Pk2jm863Q3XUBRGwmQdnL8gkwk6/OH</a>	<a href="https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma">https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma</a>	



JUNTA DE ANDALUCÍA

**DOCUMENTO AD**

<b>Ejercicio:</b>	2017	<b>Clase de Documento:</b>	D2
<b>Entidad:</b>	JDEA	<b>Nº Expediente:</b>	0121483253
<b>Sociedad financiera:</b>	1010	<b>Nº Documento:</b>	0000518445
<b>Fecha de Grabación:</b>	15.11.2017	<b>Nº Alternativo:</b>	
<b>Fecha de Contabilización:</b>		<b>Nº Expediente Ref.:</b>	/
<b>Den. Expediente:</b>	EXP. PASCUAL Y PASCUAL (EXP. NULIDAD)		
<b>Procedimiento:</b>	DECL.NUL Declaración de nulidad		
<b>Fase intervención:</b>	0001 DECLARACION DE NULIDAD		

**Sección:** 1231 - SERVICIO ANDALUZ DE SALUD  
**Órgano Gestor:** 0980 - SERVICIO DE APOYO AL S.A.S.

**POSICIONES DEL EXPEDIENTE**

Nº Pos.	Código Acreedor CIF/NIF Acreedor Denominación Acreedor Domicilio Acreedor Documento ref. / Posición ref.	E.F.C.	Partida Presupuestaria Denominación Corta Denominación Larga Operación Comunitaria Contrato Subvención	Importe (eur.)
1	0000015720 A11027554 JOSE MANUEL PASCUAL PASCUAL SA CALLE DIEGO ARIAS 2 11002 CADIZ	2017	1231060980 G/41C/25204/00 01 CON ENTIDADES PRIVADAS EXP. PASCUAL Y PASCUAL (EXP. NULIDAD)	45.487.164,98

**Total (eur.):** 45.487.164,98

**DIRECTORA GERENTE SAS  
FRANCISCA ANTON MOLINA**

Firmado electrónicamente el 15 de Noviembre de 2017

**INTERVENTOR CENTRAL  
MIGUEL ANGEL FIGUEROA TEVA**

Nº Expediente: 2017/0121483253

Pág.: 1 / 1

MIGUEL ANGEL FIGUEROA TEVA	17/11/2017	PÁGINA 1 / 1
VERIFICACIÓN	NjyGw44VGRBkr59lQHqnl5590lkt9	<a href="https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma">https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma</a>



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

DICTAMEN N° 723/2017

OBJETO: Expediente sobre revisión de oficio para determinar la nulidad de la contratación, sin formalización alguna, con la empresa José Manuel Pascual Pascual, S.A.

SOLICITANTE: Consejería de Salud.

**Presidente:**

Cano Bueso, Juan B.

**Consejeras y Consejeros:**

Álvarez Civantos, Begoña  
Escuredo Rodríguez, Rafael  
Gutiérrez Melgarejo, Marcos J.  
Gutiérrez Rodríguez, Francisco J.  
Sánchez Galiana, José Antonio

**Secretaria:**

Linares Rojas, María Angustias

El expediente referenciado en el objeto ha sido dictaminado por la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de Andalucía, en sesión celebrada el día 12 de diciembre de 2017, con asistencia de los miembros que al margen se expresan.

### ANTECEDENTES DE HECHO

Con fecha 20 de noviembre de 2017 tuvo entrada en este Consejo Consultivo solicitud de dictamen realizada por la Excm. Sra. Consejera, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 17.10.b) y al amparo del artículo 22, párrafo primero, de la Ley 4/2005, de 8 de abril, del Consejo Consultivo de Andalucía.

FIRMADO POR	JUAN BAUTISTA CANO BUESO	13/12/2017	PÁGINA 1/27
	MARIA ANGUSTIAS LINARES ROJAS		
VERIFICACIÓN	Pk2jm782MICQKkaZ1PVAJZJnxGm5Bd	<a href="https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma">https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma</a>	



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

En aplicación de lo dispuesto en el artículo 20, párrafo segundo, de la citada Ley, la competencia para la emisión del dictamen solicitado corresponde a la Comisión Permanente y de acuerdo con lo establecido en su artículo 25, párrafo primero, el plazo para su emisión es de treinta días.

Del expediente remitido se desprenden los siguientes antecedentes fácticos:

1.- El 30 de noviembre de 2011 se firma un Concierto de asistencia sanitaria entre el Servicio Andaluz de Salud y la empresa "José Manuel Pascual Pascual, S.A.", para la prestación de asistencia sanitaria especializada a los usuarios del Sistema Sanitario Público, a través de los hospitales "Virgen de las Montañas" de Villamartín, "Virgen del Camino" de Sanlúcar de Barrameda y "Santa María del Puerto" de El Puerto de Santamaría (Cádiz). Entre las cláusulas del concierto cabe destacar, a los efectos que aquí interesan, las siguientes (página 1 del expediente):

- La segunda, que fija el precio del contrato en 152.852.742,90 euros.

- La tercera, que establece la duración del concierto desde el 30 de noviembre de 2011 al 31 de enero de 2014.

El 31 de enero de 2014, la Dirección General de Planificación y Ordenación Farmacéutica de la Consejería resuelve autorizar la prórroga del concierto para el período comprendido entre el 1 de febrero y el 31 de marzo de 2014, por un importe de 11.601.559,80 euros (página 102 del expediente).

El 26 de marzo de 2014, la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Salud resuelve autorizar nueva prórroga del con-

FIRMADO POR	JUAN BAUTISTA CANO BUESO	13/12/2017	PÁGINA 2/27
	MARIA ANGUSTIAS LINARES ROJAS		
VERIFICACIÓN	Pk2jm782MICQKkaZ1PVAJZJnxGm5Bd	<a href="https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma">https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma</a>	



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

cierto para el período comprendido entre el 1 de abril de 2014 al 15 de marzo de 2015 (página 109 del expediente).

El 4 de marzo de 2015 se suscribe cláusula adicional de nueva prórroga, fijando la vigencia del concierto hasta el 31 de octubre de 2015 y un importe del total del concierto en 271.283.107,64 euros (página 116 del expediente).

**2.-** Llegado el vencimiento pactado, no se produce una nueva contratación, ni modificación contractual que permita se sigan prestando servicios al amparo del concierto suscrito en su día. A pesar de ello, la empresa "José Manuel Pascual Pascual, S.A." continúa atendiendo a los pacientes del Servicio Andaluz de Salud a través de sus centros sanitarios, sin que existiera crédito presupuestario para ello.

Constan en el expediente 9 facturas emitidas por la empresa para el cobro de tales servicios, autorizados y no concertados, en los períodos señalados del 31 de octubre de 2016 a 7 de junio de 2017: 10.845.683,2, 10.291.860,20, 8.680.893,70, 10.492.470.90, 10.103.009,10, 11.989.715,20, 10.368.798,90, 11.027.074,80 y 2.495.531,60 euros, que suman un total de 86.684.490,40 euros (páginas 598 a 606 del expediente).

**3.-** El Director General de Asistencia Sanitaria y Resultados en Salud del Servicio Andaluz emite, con fecha 9 de octubre de 2017, el siguiente informe (página 639 del expediente):

«El Decreto 208/2015, de 14 de julio, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Salud y del Servicio Andaluz de Salud, en adelante SAS, atribuye a la Dirección Gerencia de esta Agencia, la determinación de los servicios de atención sanitaria especializada y complementarios

FIRMADO POR	JUAN BAUTISTA CANO BUESO	13/12/2017	PÁGINA 3/27
	MARIA ANGUSTIAS LINARES ROJAS		
VERIFICACIÓN	Pk2jm782MICQKkaZ1PVAJZJnxGm5Bd	<a href="https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma">https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma</a>	



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

susceptibles de concertación por la misma y las entidades adscritas, así como la formalización de dichos conciertos cuando se refieran al SAS, en el marco de la planificación general de la Consejería, en su artículo 12.1.o).

»Asimismo, en su artículo 13.i) determina que compete a esta Dirección General de Asistencia Sanitaria y Resultados en Salud, la definición de la actividad concertada del SAS y de las entidades adscritas al mismo, así mismo la planificación y evaluación de los conciertos con empresas titulares de hospitales y demás de asistencia especializada o complementarias que suscriban sus entidades.

»Para la población del área de influencia de las localidades de El Puerto de Santa María, Sanlúcar de Barrameda y Villamartín, todas ellas de la provincia de Cádiz, la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales, (en adelante CISPS), anterior órgano de contratación, venía manteniendo un concierto de prestación de asistencia sanitaria, programada y urgente, bajo la modalidad de disponibilidad asistencial de todos los servicios de los centros, con la empresa José Manuel Pascual Pascual, S.A., titular de los Hospitales "Santa María del Puerto", "Virgen del Camino" y "Virgen de las Montañas", ubicados en los municipios indicados.

»El Concierto de gestión de servicios públicos, expediente de contratación 2011/205719, suscrito el 30 de noviembre de 2011, se extendía inicialmente hasta el 31 de enero de 2014. Con anterioridad a esta fecha, fue iniciado en el seno de la citada Consejería, de oficio, con oposición del contratista un expediente de prórroga de dos meses, con el objeto de disponer de tiempo para llevar a cabo el traspaso de competencias, en materia de conciertos hospitalarios, desde la Consejería al

FIRMADO POR	JUAN BAUTISTA CANO BUESO	13/12/2017	PÁGINA 4/27
	MARIA ANGUSTIAS LINARES ROJAS		
VERIFICACIÓN	Pk2jm782MICQKkaZ1PVAJZJnxGm5Bd	<a href="https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma">https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma</a>	



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

Servicio Andaluz de Salud, conforme a lo dispuesto en el Decreto 140/2013, de 1 de octubre, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales y del Servicio Andaluz de Salud, y en la Orden de la citada Consejería, de 17 de febrero de 2014, por la que se determina la gestión de los conciertos sanitarios.

»La Resolución de prórroga del contrato 4/2014, de 31 de enero, de la entonces Dirección General de Planificación y Ordenación Farmacéutica de la CISPS, fue recurrida por la Empresa José Manuel Pascual Pascual, S.A., y devino en el procedimiento judicial 114/2014, instruido en la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, y en la que ha recaído sentencia de 10 de junio de 2015, que se encuentra recurrida en casación por la Consejería de Salud, ante el Tribunal Supremo.

»En marzo de 2014, el SAS, sobre la base de las competencias atribuidas en materia de conciertos sanitarios, mediante la Orden de 17 de febrero de 2014, (BOJA nº 36, de 21 de febrero de 2014) realiza un expediente de modificación y prórroga del Contrato referenciado, por razones de interés público que se hace de oficio por la Administración, con oposición del contratista. La prórroga realizada fue de 11 meses y medio y en ella se incluía tanto los diez meses que completaban el año de prórroga para el contratista prevista en la estipulación 5.3 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, como un mes y medio más para compensar la disminución mensual del importe de concertación en un 5%. La Resolución de modificación y prórroga del Contrato de la Dirección Gerencia del SAS 8/2014, de 26 de marzo, fue igualmente recurrida y devino en el procedimiento judicial 159/2014 del Juzgado de lo Contencioso.

FIRMADO POR	JUAN BAUTISTA CANO BUESO	13/12/2017	PÁGINA 5/27
	MARIA ANGUSTIAS LINARES ROJAS		
VERIFICACIÓN	Pk2jm782MICQKkaZ1PVAJZJnxGm5Bd	<a href="https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma">https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma</a>	



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

cioso-Administrativo nº 5 de Sevilla, con sentencia firme desfavorable para el SAS, del TSJA de 28 de marzo de 2016.

»Después de un dilatado proceso de negociación, el 4 de marzo de 2015, se firman, de mutuo acuerdo entre la Dirección Gerencia del SAS y la citada Empresa, Cláusulas Adicionales de prórroga del Contrato, ampliando su vigencia para el período 16 de marzo a 31 de octubre de 2015. En las citadas Cláusulas se fijaba, entre otras cuestiones, una facturación mensual de 5.524.756,88 euros, con fracción proporcional para la segunda quincena del mes de marzo de 2015.

»Además de este Contrato para los hospitales mencionados, y con la misma Empresa, existía otro expediente de contratación 2011/201723, para los hospitales de San Rafael de Cádiz, Blanca Paloma de Huelva y FAC Dr. Pascual de Málaga, también bajo la modalidad de disponibilidad asistencial de servicios, si bien para estos centros no se encontraba contratada la prestación de la asistencia de carácter urgente. Las actuaciones realizadas respecto a este expediente de concertación, son similares a las anteriormente descritas.

»La Empresa sostiene que a partir del 1 de febrero de 2014, no existe concierto y que la facturación de servicios se realizará en la condición de no concertados, por lo que en lugar de realizar separadamente las correspondientes a cada uno de los conciertos y conforme a las premisas de concertación por disponibilidad asistencial, engloba los seis hospitales en una única factura y comienza a facturar por prestaciones y a emplear unas tarifas unitarias fijadas por la misma y que superan en más de un 30% a las tomadas como base, en los contratos formalizados, no atendiendo las instrucciones de la Consejería que con fecha 11 de febrero de 2014, le comunica a la

FIRMADO POR	JUAN BAUTISTA CANO BUESO	13/12/2017	PÁGINA 6/27
	MARIA ANGUSTIAS LINARES ROJAS		
VERIFICACIÓN	Pk2jm782MICQKkaZ1PVAJZJnxGm5Bd	<a href="https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma">https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma</a>	



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

Empresa la forma de facturar para los meses siguientes, ya que la Administración Sanitaria nunca se ha avenido a los precios fijados unilateralmente por la Entidad Mercantil José Manuel Pascual Pascual, S.A.

»Esta sistemática de facturación, la emplea la Empresa desde el mes de febrero 2014 hasta la primera quincena de marzo de 2015. Para la segunda quincena del mes de marzo, y los meses de abril y mayo de 2015, se retorna a la facturación establecida en los respectivos conciertos y para el expediente de los hospitales de El Puerto, Sanlúcar de Barrameda y Villamartín realiza una factura mensual por importe de 5.524.756,88 euros, conforme a lo acordado en las Cláusulas Adicionales suscritas. En junio de 2015, la Empresa comunica a la Administración que anula estas últimas facturas y presenta otras nuevas en las que retoma, para los períodos indicados, la anterior sistemática, con las tarifas abusivas señaladas y que suponen para el período febrero de 2014 a octubre de 2015, una diferencia económica entre lo facturado y lo recogido en Conciertos o Cláusulas de 138.915.157,58 euros.

»Como se ha indicado anteriormente, la Administración Sanitaria nunca se ha avenido al pago de estas facturas, habiendo realizado judicialmente las consignaciones correspondientes a cada uno de los conciertos, siendo los importes mensuales coincidentes con los fijados en las diferentes resoluciones, dictadas de oficio o en las Cláusulas Adicionales suscritas de mutuo acuerdo de las partes, en marzo de 2015. Es de reseñar, que ante las cantidades desorbitadas que la Empresa factura, el SAS ha interpuesto denuncia ante la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía, habiendo sido admitida a trámite la denuncia, el 13 de mayo de 2016, con apertura de expediente

FIRMADO POR	JUAN BAUTISTA CANO BUESO	13/12/2017	PÁGINA 7/27
	MARIA ANGUSTIAS LINARES ROJAS		
VERIFICACIÓN	Pk2jm782MICQKkaZ1PVAJZJnxGm5Bd	<a href="https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma">https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma</a>	



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

el 16 de septiembre del mismo año, por explotación abusiva de la posición de dominio de la Empresa y con propuesta de resolución de la dicha Agencia, de fecha 17 de agosto de 2017, donde se declara la existencia de conducta prohibida realizada por la empresa, en razón de lo previsto en el artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia y se propone la imposición de sanciones por infracciones muy graves realizadas por la empresa José Manuel Pascual Pascual, S.A.

»Desde el 1 de noviembre de 2015, esta Agencia, al igual que la propia Empresa, coinciden en que no existe concierto de prestación de asistencia sanitaria, tanto programada como urgente, a los usuarios del SAS en las localidades de El Puerto de Santa María, Sanlúcar de Barrameda y Villamartín, pero dada la imposibilidad de prestar asistencia hospitalaria con medios propios del Servicio Andaluz de Salud, a la población del área de influencia de los mencionados hospitales, por no disponer el Sistema Sanitario Público de Andalucía de las infraestructuras necesarias para tal fin en esas zonas geográficas, se ha continuado sin concierto atendiendo pacientes.

»La necesidad de prestación de asistencia a los pacientes, se motiva en que habitualmente estos hospitales que han estado concertados desde hace varias décadas, facilitan asistencia a miles de pacientes: así, el Hospital Santa María de Puerto atiende a la población dependiente de las Zonas Básicas de Salud de El Puerto de Santa María y de Rota, con una población de 117.214 habitantes, y el Hospital Virgen de las Montañas, presta asistencia a la población dependiente de las Zonas Básicas de Salud de Villamartín y Ubrique, con una población de 56.495 habitantes y el Hospital Virgen del Camino, proporciona asistencia a la población dependiente de las Zonas Básicas de

FIRMADO POR	JUAN BAUTISTA CANO BUESO	13/12/2017	PÁGINA 8/27
	MARIA ANGUSTIAS LINARES ROJAS		
VERIFICACIÓN	Pk2jm782MICQKkaZ1PVAJZJnxGm5Bd	<a href="https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma">https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma</a>	



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

Salud de Sanlúcar de Barrameda y Chipiona, con una población cifrada en 86.715 habitantes, según últimos datos INE 2016. Además, se ha de tener en cuenta que estos tres hospitales, propiedad de la Empresa José Manuel Pascual Pascual, S.A., son los únicos que existen en dichas localidades.

»Es por ello, que la Dirección Gerencia del SAS y con arreglo a la normativa existente, ha promovido dos expedientes de contratación, para estos tres hospitales con autorización del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, al objeto de alcanzar un acuerdo con la mencionada Empresa, expediente números 2904/2015 y 2907/2015 de "Contratación por el SAS de la Gestión de Servicios Públicos por Concierto, mediante procedimiento negociado, sin publicidad, para la prestación de asistencia sanitaria a usuarios del SAS en los Centros Hospitalarios Homologados en las localidades de El Puerto de Santa María, Sanlúcar de Barrameda y Villamartín, todos ellos de la provincia de Cádiz", este último expediente fue publicado el 16 de febrero de 2016, sin que la mencionada empresa, tras un arduo proceso de negociación se presentara al mismo, incluso tras la ampliación de plazo para presentar su proposición, que específicamente se hizo. Los dos expedientes ante la falta de ofertas, quedaron desiertos.

»Desde el 1 de noviembre de 2015, la Empresa ha continuado como se ha señalado, con la sistemática de facturación de los seis hospitales, en un solo documento y realizando una facturación por servicios.

»Condicionar la mayor indicación de servicios con el pago, tiene un efecto perverso, por ello, en Andalucía se ha venido realizando para esto tres hospitales, contrataciones bajo la modalidad de disponibilidad asistencial de servicios, que con-

FIRMADO POR	JUAN BAUTISTA CANO BUESO	13/12/2017	PÁGINA 9/27
	MARIA ANGUSTIAS LINARES ROJAS		
VERIFICACIÓN	Pk2jm782MICQKkaZ1PVAJZJnxGm5Bd	<a href="https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma">https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma</a>	



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

siste en el pago de una cantidad fija mensual por centro, independientemente del volumen final de servicios prestados, procedimiento avalado por las diferentes sentencias de los procedimientos judiciales 581/2012 y 556/2014 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y 528/2014 de la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.

»Sobre la base de lo anteriormente indicado, fue iniciado por el SAS, un expediente de revisión de oficio para la declaración de la nulidad en la contratación de la prestación de asistencia sanitaria para los tres hospitales, en el período 1 de noviembre de 2015 a 30 de septiembre de 2016, en él se proponía un abono mensual coincidente con el importe pactado en las últimas Cláusulas Adicionales suscritas, a razón de cinco millones quinientos veinticuatro mil, setecientos cincuenta y seis euros, con ochenta y ocho céntimos (5.524.756,88 euros), que totalizaban para el período de 11 meses la cantidad de sesenta millones, setecientos setenta y dos mil, trescientos veinticinco euros, con sesenta y ocho céntimos (60.772.325,68 euros).

»Por la Dirección Gerencia del SAS, fue emitida con fecha 18 de enero de 2017, Resolución por la que se acuerda declarar la nulidad de la contratación, entre el Servicio Andaluz de Salud y la Empresa José Manuel Pascual Pascual S.A., para la prestación de asistencia sanitaria en los Hospitales Santa María del Puerto, en El Puerto de Santa María, Virgen del Camino de Sanlúcar de Barrameda y Virgen de las Montañas de Villamartín, todos ellos de la provincia de Cádiz, durante el periodo indicado, en la que la cantidad a abonar fue minorada conforme

FIRMADO POR	JUAN BAUTISTA CANO BUESO	13/12/2017	PÁGINA 10/27
	MARIA ANGUSTIAS LINARES ROJAS		
VERIFICACIÓN	Pk2jm782MICQKkaZ1PVAJZJnxGm5Bd	<a href="https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma">https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma</a>	



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

a lo indicado por el Consejo Consultivo de Andalucía en su dictamen favorable nº 843/2016, de 28 de diciembre de 2016, en el que se recogía la necesidad de descontar el beneficio industrial, cifrado, de conformidad con el Informe 50/08, de 2 de diciembre de 2008, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en el 6%, ajustando el importe mensual a 5.193.271,4672 euros, que totalizaban para el período 1 de noviembre de 2015 a 30 de septiembre de 2016, cincuenta y siete millones, ciento veinticinco mil novecientos ochenta y seis euros y catorce céntimos de euro (57.125.986,14 euros) y se procedió al abono de dicha cantidad directamente a la mencionada empresa, el 20 de enero de 2017.

»La Resolución mencionada ha sido recurrida por la citada empresa estando pendiente su resolución. Recientemente, con fecha 8 de junio de 2017, ha sido formalizado entre el SAS y la Empresa José Manuel Pascual Pascual S.A. un contrato derivado del expediente administrativo nº 2901/2017 "Servicio de disponibilidad asistencial de los servicios de los Hospitales Homologados Santa María del Puerto en El Puerto de Santa María, Virgen del Camino en Sanlúcar de Barrameda y Virgen de las Montañas en Villamartín, todos ellos en la provincia de Cádiz", con vigencia hasta el 7 de junio de 2021.

»Este nuevo contrato presenta diferencias con respecto a los anteriormente suscritos, tal y como quedó justificado en la Memoria Asistencial del correspondiente expediente.

»Durante el intervalo comprendido entre el 1 de octubre de 2016, fecha que abarca el anterior expediente de revisión de oficio y 7 de junio de 2017, ya que el 8 de junio de 2017 comienza la vigencia del nuevo contrato, la Empresa ha continuado con la sistemática de facturación indicada, presentando las

FIRMADO POR	JUAN BAUTISTA CANO BUESO	13/12/2017	PÁGINA 11/27
	MARIA ANGUSTIAS LINARES ROJAS		
VERIFICACIÓN	Pk2jm782MICQKkaZ1PVAJZJnxGm5Bd	<a href="https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma">https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma</a>	



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

facturas a continuación indicadas, por los siguientes importes:

MENSUALIDAD	NºFACTURA	FECHA FACT.	IMPORTE FACTURA
Octubre 2016	1160010249	31/10/2016	10.845.683,20
Noviembre 2016	1160010907	30/11/2016	10.291.860,20
Diciembre 2016	1160011688	31/12/2016	8.680.893,70
Enero 2017	1170000760	31/01/2017	10.492.470,90
Febrero 2017	1170001414	28/02/2017	10.103.009,10
Marzo 2017	1170002295	31/03/2017	11.989.715,20
Abril 2017	1170002999	30/04/2017	10.368.798,90
Mayo 2017	1170003733	31/05/2017	11.027.074,80
Junio 2017 7 días	1170004189	07/06/2017	2.495.531,60
<b>TOTAL</b>			<b>86.295.037,60</b>

»Tras la recepción de las facturas, esta Agencia se ha dirigido a la citada Empresa, mediante escrito de 19 de julio de 2017, devolviendo las facturas de octubre 2016 a 7 de junio de 2017, e instando a la misma a su correcta presentación indicando:

»a) Con respecto a los Hospitales de San Rafael (Cádiz), Blanca Paloma (Huelva) y FAC Dr. Pascual (Málaga), la no existencia de concierto, las adjudicaciones realizadas en esas localidades en diversos expedientes de contratación a otros hospitales que son los que están atendiendo a los pacientes y el no encargo de servicio alguno por el SAS a los tres hospitales de la empresa indicados.

»b) Para los Hospitales de El Puerto de Santa María, Sanlúcar de Barrameda y Villamartin y en la condición de servicios no concertados, se reitera el contenido de diversos escritos de devolución de facturas, señalando la no adecuación a los requisitos de la facturación electrónica, la clasificación de servicios a la que se han de ajustar, la obligación de adecuarse a precios equitativos y transparentes según mercado, adjuntando diversas alternativas tanto autonómicas como nacio-

FIRMADO POR	JUAN BAUTISTA CANO BUESO	13/12/2017	PÁGINA 12/27
	MARIA ANGUSTIAS LINARES ROJAS		
VERIFICACIÓN	Pk2jm782MICQKkaZ1PVAJZJnxGm5Bd	<a href="https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma">https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma</a>	



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

nales, la presentación de una factura por cada hospital, la información a suministrar sobre cada una de las asistencias efectuadas y salvo en los supuestos de urgencia, la documentación justificativa de los encargos de servicios realizados.

»Dicho escrito, como en ocasiones anteriores, no ha sido atendido por la Empresa, limitándose a la remisión nuevamente de las facturas con la única variación de eliminación de las facturas de los servicios de los hospitales de Cádiz, Huelva y Málaga, e insistiendo en la admisión de sus condiciones de facturación por esta Administración, hecho nunca producido al haberse procedido a la devolución de todas y cada una de las facturas presentadas.

»Los importes pretendidos para los tres hospitales de El Puerto de Santa María, Sanlúcar de Barrameda y Villamartín, en las facturaciones modificadas el 31 de julio de 2017, se observan en la siguiente tabla existiendo diferencias superiores a los 40 millones de euros, tanto entre el importe pretendido y el mensual fijado en las últimas Cláusulas Adicionales suscritas por acuerdo de las partes, como respecto al importe mensual fijado en el anterior expediente de nulidad en la contratación, con la deducción del 6% en concepto de beneficio industrial y que supondría para el período indicado CUARENTA Y DOS MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y CINCO EUROS, CON DIEZ CÉNTIMOS (42.757.935,10 euros).

HOSPITALES PUERTA	CON	Nº FACTURA	IMPORTE PRETENDIDO	IMPORTE CLÁUSULA ADICIONAL	ÚLTIMA	IMPORTE A ABONAR
Octubre 2016		1160010249	10.568.052,80	5.524.756,88		5.193.271,47
Noviembre 2016		1160010907	10.132.026,10	5.524.756,88		5.193.271,47
Diciembre 2016		1160011688	8.673.621,10	5.524.756,88		5.193.271,47
Enero 2017		1170000760	10.492.368,90	5.524.756,88		5.193.271,47
Febrero 2017		1170001414	10.103.009,10	5.524.756,88		5.193.271,47

FIRMADO POR	JUAN BAUTISTA CANO BUESO		13/12/2017	PÁGINA 13/27
	MARIA ANGUSTIAS LINARES ROJAS			
VERIFICACIÓN	Pk2jm782MICQKkaZ1PVAJZJnxGm5Bd		<a href="https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma">https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma</a>	



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

Marzo 2017	1170002295	11.989.715,20	5.524.756,88	5.193.271,47
Abril 2017	1170002999	10.368.798,90	5.524.756,88	5.193.271,47
Mayo 2017	1170003733	11.027.074,80	5.524.756,88	5.193.271,47
Junio 2017	1170004189	2.495.531,60	1.289.109,94	1.211.763,34
<b>TOTAL</b>		<b>85,850,198,50</b>	<b>45.487.164,98</b>	<b>42.757.935,10</b>

»Por todo lo anterior y reconociendo esta Agencia que ha continuado la prestación de asistencia a usuarios del SAS, por los Hospitales de El Puerto de Santa María, Sanlúcar de Barrameda y Villamartín, en el período 1 de octubre de 2016 a 7 de junio de 2017, al no haberse podido interrumpir la asistencia prestada, dado el carácter de las prestaciones facilitadas por los tres centros hospitalarios, consideradas de interés público y la insuficiencia de medios propios en la zona de la Red de Asistencia Hospitalaria del SSPA, con los que poder atender la demanda existente, es por lo que se ha considerado conveniente la realización de expediente de revisión de oficio para la declaración, si procede, de la nulidad de la contratación que permita el abono, de una manera razonable y equitativa, a los precios que venían siendo objeto de facturación bajo la modalidad de concertados, de los servicios prestados, descontándose el 6% en concepto de beneficio industrial, de conformidad con lo estipulado en el Dictamen del Consejo Consultivo precitado.

»En el período de 1 de octubre de 2016 a 7 de junio de 2017, el volumen de servicios comunicados por la Empresa, como realizados en cada uno de los hospitales, es el siguiente:

CONCEPTO	EL PUERTO	SANLUCAR B.	VILLAMARTIN	TOTAL
Ingresos médicos	2.067	1.740	1.918	5.725
IQH	1.426	1.459	1.088	3.973
I.Q.A. (CMA)	1.469	3.515	2.480	7.464
I.Q.A. (CMA)	2.649	3.475	2.628	8.752
Primeras consultas	18.129	29.036	22.698	69.863

FIRMADO POR	JUAN BAUTISTA CANO BUESO		13/12/2017	PÁGINA 14/27
	MARIA ANGUSTIAS LINARES ROJAS			
VERIFICACIÓN	Pk2jm782MICQKkaZ1PVAJZJnxGm5Bd		<a href="https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma">https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma</a>	



## CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

Consultas sucesivas	34.193	50.483	31.873	116.549
Urgencias	34.774	44.892	28.665	108.331
Ses. Rehabilitación	20.632	22.345	12.411	55.388
Ses. Oncología	0	0	933	933
E. D. Generales	9.064	15.906	19.788	44.758
E.D. Especiales	3.060	3.997	3.235	10.292
E.D. Prog. Salud	3.588	3.584	2.944	10.116

»El importe mensual acordado para estos tres hospitales, en las últimas Cláusulas Adicionales de 4 de marzo de 2015, suscritas por mutuo acuerdo de las partes, aunque luego no han sido respetadas por la Empresa, fijaba un importe mensual para estos centros de 5.524.756,88 euros, correspondiendo una fracción proporcional de 1.289.109 94 euros, para los siete días del mes de junio de 2017 y que totalizan cuarenta y cinco millones, cuatrocientos ochenta y siete mil, ciento sesenta y cuatro euros, con noventa y ocho céntimos (45.487.164,98 euros). Esta cantidad ha de ser minorada conforme a lo indicado por el Consejo Consultivo de Andalucía, en el Dictamen precitado, motivo por el que se procede a la deducción del 6%, ajustando los importes mensuales a 5.193.271,47 euros, para los meses de octubre 2016 a mayo de 2017 y fracción proporcional de 1.211.763,34 euros, lo que totalizan CUARENTA Y DOS MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y CINCO EUROS, CON DIEZ CÉNTIMOS (42.757.935,10 euros).

»Sirva el presente informe para adjuntar a la documentación necesaria para tramitar el procedimiento de revisión de oficio con el fin de determinar, si procede, la declaración de nulidad de la contratación, sin formalización alguna, con la Empresa José Manuel Pascual Pascual, S.A., de la prestación de asistencia sanitaria por los hospitales de su titularidad

FIRMADO POR	JUAN BAUTISTA CANO BUESO	13/12/2017	PÁGINA 15/27
	MARIA ANGUSTIAS LINARES ROJAS		
VERIFICACIÓN	Pk2jm782MICQKkaZ1PVAJZJnxGm5Bd	<a href="https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma">https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma</a>	



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

"Santa María del Puerto, de El Puerto de Santa María", "Virgen del Camino, de Sanlúcar de Barrameda" y "Virgen de las Montañas, de Villamartín", por la asistencia de carácter programado y urgente, durante el período 1 de octubre de 2016 a 7 de junio de 2017, ambos incluidos, a los usuarios del Sistema Sanitario Público de Andalucía, por un importe de CUARENTA Y DOS MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y CINCO EUROS, CON DIEZ CÉNTIMOS (42.757.935,10 EUROS).»

4.- Por Acuerdo de 9 de octubre de 2017, la Directora Gerente del Servicio Andaluz de Salud se inicia "el procedimiento de revisión de oficio, con el fin de determinar, si procede, la declaración de nulidad de la contratación, sin formalización alguna, con la Empresa José Manuel Pascual Pascual, S.A., para la prestación de asistencia sanitaria, por los Hospitales "Santa María del Puerto (Puerto de Santa María), Virgen del Camino, (Sanlúcar de Barrameda) y Virgen de las Montañas (Villamartín)", todos ellos de la provincia de Cádiz, durante el período comprendido entre los días 1 de octubre de 2016 al 7 de junio de 2017, por importe de CUARENTA Y DOS MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y CINCO EUROS CON DIEZ CÉNTIMOS (42.757.935,10 euros)" (página 642 del expediente).

El anterior Acuerdo fue notificado a la empresa contratista con fecha de 10 de octubre de 2017 (página 651 del expediente).

5.- Consta en el expediente Propuesta de Resolución, elaborada por la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Salud, fe-

FIRMADO POR	JUAN BAUTISTA CANO BUESO	13/12/2017	PÁGINA 16/27
	MARIA ANGUSTIAS LINARES ROJAS		
VERIFICACIÓN	Pk2jm782MICQKkaZ1PVAJZJnxGm5Bd	<a href="https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma">https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma</a>	



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

chada el 26 de octubre de 2017, en los siguientes términos (página 762 del expediente):

«Primero.- Declarar la nulidad de la contratación sin formalización alguna efectuada con la empresa "José Manuel Pascual Pascual S.A.", para la prestación de asistencia sanitaria en los Hospitales Santa María del Puerto de El Puerto de Santa María, Virgen del Camino de Sanlúcar de Barrameda y Virgen de las Montañas de Villamartín, todos ellos de la provincia de Cádiz, durante el periodo comprendido entre los días 1 de octubre de 2016 a 7 de junio de 2017, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el art. 32 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y el art. 106 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

»Segundo.- Abonar a José Manuel Pascual Pascual, S.A., un importe total de cuarenta y dos millones setecientos cincuenta y siete mil novecientos treinta y cinco euros con diez céntimos (42.757.935,10), por los servicios realizados en virtud del contrato nulo, y por aplicación de los efectos establecidos en el artículo 35.1 TRLCSP.»

6.- El 27 de octubre de 2017 la Asesoría Jurídica del Servicio Andaluz de Salud emitió informe favorable a la propuesta de resolución.

7.- Consta en el procedimiento que la Intervención Central elabora, con fecha 17 de noviembre de 2017, documento contable "AD" por importe de 45.487.164,98 euros.

FIRMADO POR	JUAN BAUTISTA CANO BUESO	13/12/2017	PÁGINA 17/27
	MARIA ANGUSTIAS LINARES ROJAS		
VERIFICACIÓN	Pk2jm782MICQKkaZ1PVAJZJnxGm5Bd	<a href="https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma">https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma</a>	



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

8.- Finalmente, en la misma fecha anterior, la Intervención Central emitió informe de fiscalización de conformidad condicionado con observaciones.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

### I

La Consejería de Salud pretende declarar la nulidad de la relación contractual establecida con la empresa "José Manuel Pascual Pascual, S.A." para la prestación de asistencia sanitaria a los usuarios del sistema sanitario público en diversos hospitales de la provincia de Cádiz, durante el periodo comprendido desde el 1 de octubre de 2016 y 7 de junio de 2017. La declaración de nulidad se fundamenta en el hecho de haberse llevado a cabo la prestación de dichos servicios con la omisión de todo previo procedimiento y careciendo del necesario crédito presupuestario.

Para solventar el asunto sometido a dictamen es preciso recoger aquí, sucintamente, los siguientes datos fácticos: 1º) El 30 de noviembre de 2011, se firma un Concierto de asistencia sanitaria entre el Servicio Andaluz de Salud y la empresa "José Manuel Pascual Pascual, S.A.", para la prestación de asistencia sanitaria especializada a los usuarios del Sistema Sanitario Público, a través de los hospitales "Virgen de las Montañas" de Villamartín, "Virgen del Camino" de Sanlúcar de Barrameda y "Santa María del Puerto" de El Puerto de Santamaría (Cádiz). 2º) El 31 de enero de 2014, la Dirección General

FIRMADO POR	JUAN BAUTISTA CANO BUESO	13/12/2017	PÁGINA 18/27
	MARIA ANGUSTIAS LINARES ROJAS		
VERIFICACIÓN	Pk2jm782MICQKKaZ1PVAJZJnxGm5Bd	<a href="https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma">https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma</a>	



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

de Planificación y Ordenación Farmacéutica de la Consejería resuelve autorizar la prórroga del concierto para el período comprendido entre el 1 de febrero y el 31 de marzo de 2014, por un importe de 11.601.559,80 euros. 3º) El 26 de marzo de 2014, la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Salud resuelve autorizar nueva prórroga del concierto para el período comprendido entre el 1 de abril de 2014 al 15 de marzo de 2015. El 4 de marzo de 2015 se suscribe cláusula adicional de nueva prórroga, fijando la vigencia del concierto hasta el 31 de octubre de 2015 y un importe del total del concierto en 271.283.107,64 euros. 4º) Las prórrogas han sido declaradas ilegales por los Tribunales de lo contencioso-administrativo 5º) Llegado el vencimiento pactado, no se produce una nueva contratación, ni modificación contractual que permita que se sigan prestando servicios al amparo del concierto suscrito en su día. A pesar de ello, la empresa "José Manuel Pascual Pascual, S.A." continúa atendiendo a los pacientes del Servicio Andaluz de Salud a través de sus centros sanitarios, sin que existiera crédito presupuestario para ello.

Determinado el objeto de los servicios que se vienen prestando, y teniendo en cuenta el tiempo de prestación de los servicios en cuestión (entre el 1 de octubre de 2016 y el 7 de junio de 2017) resulta de aplicación el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por RDL 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), siendo las causas de nulidad a considerar las previstas en el artículo 32 del TRLCSP, cuya letra a) se remite al artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Co-

FIRMADO POR	JUAN BAUTISTA CANO BUESO	13/12/2017	PÁGINA 19/27
	MARIA ANGUSTIAS LINARES ROJAS		
VERIFICACIÓN	Pk2jm782MICQKkaZ1PVAJZJnxGm5Bd	<a href="https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma">https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma</a>	



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

mún; remisión que a día de hoy conduce a lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en concreto al capítulo III ("Nulidad y anulabilidad") del título III ("De los actos administrativos") y a su título V ("De la revisión de los actos en vía administrativa").

En cuanto a la tramitación del procedimiento de nulidad, cuya incoación se acuerda el 9 de octubre de 2017, habrá de estarse a lo dispuesto en el citado TRLCSP, así como a la regulación del procedimiento de revisión de oficio que se contempla en el Título V, Capítulo I (artículos 106 a 111) de la citada Ley 39/2015.

El dictamen solicitado tiene carácter preceptivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 17.10.d) de la Ley 4/2005, de 8 de abril, del Consejo Consultivo de Andalucía.

**II**

En lo que atañe a la competencia para la revisión de oficio, el artículo 34.2 del TRLCSP establece que "sin perjuicio de lo que, para el ámbito de las Comunidades Autónomas, establezcan sus normas respectivas que, en todo caso, deberán atribuir esta competencia a un órgano cuyas resoluciones agoten la vía administrativa, serán competentes para declarar la nulidad de estos actos o declarar su lesividad el órgano de contratación, cuando se trate de contratos de una Administración Pública, o el titular del departamento, órgano, ente u

FIRMADO POR	JUAN BAUTISTA CANO BUESO	13/12/2017	PÁGINA 20/27
	MARIA ANGUSTIAS LINARES ROJAS		
VERIFICACIÓN	Pk2jm782MICQKkaZ1PVAJZJnxGm5Bd	<a href="https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma">https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma</a>	



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela, cuanto ésta no tenga el carácter de Administración Pública. En este último caso, si la entidad contratante estuviera vinculada a más de una Administración, será competente el órgano correspondiente de la que ostente el control o participación mayoritaria". Por su parte, el artículo 116.1 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, establece que serán competentes para la revisión de oficio de los actos nulos "c) Los máximos órganos rectores de las agencias respecto de los actos dictados por los órganos de ellos dependientes".

En el supuesto dictaminado, la competencia para la declaración de nulidad la ostenta la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Salud conforme a lo dispuesto en el Decreto 208/2015, de 14 de julio, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Salud y del Servicio Andaluz de Salud.

En orden al procedimiento instruido, hay que afirmar que, en términos generales, la tramitación seguida por la Consejería consultante se ajusta a Derecho, y, en particular, a las prescripciones establecidas en el Título IV y el artículo 106 de la Ley 39/2015, habiéndose incorporado al expediente los documentos indispensables para la emisión del presente dictamen.

FIRMADO POR	JUAN BAUTISTA CANO BUESO	13/12/2017	PÁGINA 21/27
	MARIA ANGUSTIAS LINARES ROJAS		
VERIFICACIÓN	Pk2jm782MICQKKaZ1PVAJZJnxGm5Bd	<a href="https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma">https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma</a>	



### III

Entrando en el fondo del asunto planteado, hay que poner de manifiesto que la Consejería de Salud fundamenta la declaración de nulidad en las causas de la letra a) del artículo 32 del TRLCSP, conforme a la que son causas de nulidad de Derecho administrativo las indicadas en el artículo 62.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

La propuesta de resolución invoca la causa de nulidad prevista en el artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, al haberse prescindido totalmente del procedimiento legalmente establecido.

Con respecto a ello ha de decirse que la contratación por la Administración requiere, como actuación preparatoria, la tramitación del expediente de contratación y la aprobación del mismo, incluyendo la del gasto y la del pliego de cláusulas administrativas particulares, recogiendo, además, las prescripciones técnicas a las que haya de ajustarse la ejecución del contrato. Por tanto, resulta inexcusable la obtención del certificado de la existencia de crédito, siempre que el contrato origine gastos para la Administración, y la fiscalización por la Intervención (art. 109 TRLCSP). Posteriormente, deberá procederse a la adjudicación del contrato atendiendo a los principios de publicidad y concurrencia, en los términos de los artículos 138 y siguientes del TRLCSP, con la excepción de los casos en que pueda acudir al procedimiento negociado o al dialogo competitivo, la prestación de fianza por la em-

FIRMADO POR	JUAN BAUTISTA CANO BUESO	13/12/2017	PÁGINA 22/27
	MARIA ANGUSTIAS LINARES ROJAS		
VERIFICACIÓN	Pk2jm782MICQKkaZ1PVAJZJnxGm5Bd	<a href="https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma">https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma</a>	



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

presa adjudicataria y la formalización del contrato en documento administrativo.

No obstante, no puede olvidarse el peculiar servicio que ha prestado la empresa "José Manuel Pascual Pascual, S.A.", constitutivo del objeto de un concierto sanitario, cuyo procedimiento de formalización se encuentra específicamente regulado en el Decreto 165/1995, de 4 de julio (regulador de los procedimientos de homologación de Centros Hospitalarios y de suscripción de convenios y conciertos entre la Consejería de Salud o el Servicio Andaluz de Salud y entidades, tanto públicas como privadas, para prestación de asistencia sanitaria en los mencionados centros). Respecto a los conciertos, el artículo 14.2 establece que los expedientes, además de la documentación requerida en los artículos 12 y 13 para los Convenios, deben incluir el Pliego de Prescripciones Técnicas y el documento que acredite la constitución de la garantía.

Atendidos los datos del expediente, y como la propia Consejería de Salud ha reconocido, puede afirmarse que nada de lo anterior se ha cumplido, existiendo una total ausencia de procedimiento, tanto en la fase de preparación como en la de adjudicación, tratándose, por ello, de una contratación que se realiza por la vía de hecho, lo que permite incluir la actuación administrativa en el supuesto del artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015. En relación con la expresada carencia adjetiva hay que hacer notar, siguiendo una reiterada doctrina de este Consejo Consultivo, que las normas de procedimiento, a través de las cuales el ordenamiento determina el cauce al que ha de someter su actuación la Administración en cada momento, son de

FIRMADO POR	JUAN BAUTISTA CANO BUESO	13/12/2017	PÁGINA 23/27
	MARIA ANGUSTIAS LINARES ROJAS		
VERIFICACIÓN	Pk2jm782MICQKkaZ1PVAJZJnxGm5Bd	<a href="https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma">https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma</a>	



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

derecho necesario y de estricta observancia, sin que la Administración ni quien contrata con ella puedan disponer libremente de las mismas. La legislación es especialmente rigurosa al exigir el cumplimiento de los trámites relativos a la preparación y adjudicación de los contratos administrativos, tan relacionados con principios esenciales de la actuación administrativa, y es especialmente severa a la hora de sancionar los vicios que puedan producirse en la misma. Quiere ello decir que los vicios formales deben ser apreciados, por supuesto, de acuerdo con el principio *favor acti*, pero también y especialmente en función de las ideas expuestas, de modo que no resulten obviadas normas adjetivas cuya vulneración repugne al orden público jurídico (dictámenes 18 y 23/1995).

En definitiva, la contratación en cuestión es nula de pleno derecho por adolecer del vicio de nulidad previsto en la letra e) del artículo 47.1 de la Ley 39/2015.

**IV**

Las consecuencias que produce la nulidad del contrato se encuentran previstas en el artículo 35.1 del TRLCSP, de manera 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 hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte cul-*

FIRMADO POR	JUAN BAUTISTA CANO BUESO	13/12/2017	PÁGINA 24/27
	MARIA ANGUSTIAS LINARES ROJAS		
VERIFICACIÓN	Pk2jm782MICQKKaZ1PVAJZJnxGm5Bd	<a href="https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma">https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma</a>	



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

*pable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido".*

En relación con las consecuencias derivadas de la declaración de nulidad, la doctrina de este Consejo Consultivo ha venido declarando que, en los casos de nulidad, la restitución sólo puede comprender el valor de la prestación realizada, lo que incluye sus costes efectivos, pero no los demás componentes retributivos propios de un contrato válidamente celebrado, dado que, al ser los contratos nulos, no producen efectos económicos propios del contrato eficaz, por lo que la obligación de devolver no deriva, en este caso, del contrato, sino de la regla establecida en el artículo 35 del Texto Refundido, el cual determina la extensión de la restitución únicamente al valor de la prestación, incluyendo, por consiguiente, todos los costes (y tan sólo los mismos) soportados por quien la efectuó.

Este Consejo Consultivo ha declarado también que cualquier otra partida de carácter indemnizatorio habría de ampararse, en su caso, en el inciso final del artículo 35.1 del TRLCSP, conforme al cual, *"la parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido"*.

De esta forma, aplicando el artículo 35.1 del TRLCSP de conformidad con la doctrina de este Consejo Consultivo procedería el abono de los servicios prestados, tal y como contempla la propuesta de resolución, descontando el "beneficio industrial". En efecto, como se desprende del dictamen 484/2006,

FIRMADO POR	JUAN BAUTISTA CANO BUESO	13/12/2017	PÁGINA 25/27
	MARIA ANGUSTIAS LINARES ROJAS		
VERIFICACIÓN	Pk2jm782MICQKkaZ1PVAJZJnxGm5Bd	<a href="https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma">https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma</a>	



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

la doctrina que lleva a descontar el beneficio industrial en la liquidación de los contratos nulos es congruente cuando se aprecia la concurrencia de culpas de los contratantes, y va acompañada de la presunción de que resulta altamente improbable que quien contrata con la Administración desconozca, por mínima que sea su diligencia, que no puede producirse una contratación prescindiendo de todo procedimiento. En el sentido indicado, ya en su primera etapa expuso este Consejo Consultivo (dictamen 2/1995, de 12 de enero), que «no sólo la Administración debe recibir el reproche por su irregular proceder sino que también cabe reputar a los contratistas como cocausantes de la nulidad (...). En este plano, el Consejo Consultivo ha expuesto en reiteradas ocasiones que el contratista que consiente una irregular actuación administrativa, prestando por su parte unos servicios sin la necesaria cobertura jurídica sin oposición alguna, se constituye en copartícipe de los vicios de que el contrato pueda adolecer, dando lugar a que recaigan sobre él mismo las consecuencias negativas de tales vicios. La consistencia jurídica de una solución de estas características está anclada en las sólidas razones que justifican la existencia misma de un régimen jurídico propio para la contratación administrativa, y es congruente no sólo con lo expresamente establecido por el legislador, sino también con la necesidad de defender el interés público, evitando quebrantos para la Hacienda Pública a la par que se desincentivan conductas antijurídicas que socavan los principios de la contratación administrativa de las Administraciones Públicas.

FIRMADO POR	JUAN BAUTISTA CANO BUESO	13/12/2017	PÁGINA 26/27
	MARIA ANGUSTIAS LINARES ROJAS		
VERIFICACIÓN	Pk2jm782MICQKkaZ1PVAJZJnxGm5Bd	<a href="https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma">https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma</a>	



CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

En suma, este Consejo considera adecuada la cantidad a pagar al contratista que se refleja en la propuesta de resolución, ya que se ha descontado el beneficio industrial.

### CONCLUSIONES

**Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución de declaración de nulidad de la contratación realizada entre la Consejería de Salud y la empresa "José Manuel Pascual Pascual, S.A.", para la prestación de asistencia sanitaria a los usuarios del sistema sanitario público en diversos hospitales de la provincia de Cádiz, durante el periodo comprendido desde el 1 de octubre de 2016 al 7 de junio de 2017.**

Es cuanto el Consejo Consultivo de Andalucía dictamina.

EL PRESIDENTE

LA SECRETARIA GENERAL

Fdo.: Juan B. Cano Bueso

Fdo.: María A. Linares Rojas

**EXCMA. SRA. CONSEJERA DE SALUD.- SEVILLA**

FIRMADO POR	JUAN BAUTISTA CANO BUESO	13/12/2017	PÁGINA 27/27
	MARIA ANGUSTIAS LINARES ROJAS		
VERIFICACIÓN	Pk2jm782MICQKkaZ1PVAJZJnxGm5Bd	<a href="https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma">https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma</a>	



**INFORME DE LA SUBDIRECCIÓN DE COMPRAS Y LOGÍSTICA RELATIVO AL PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN DE OFICIO PARA DETERMINAR LA NULIDAD DE LA CONTRATACIÓN, SIN FORMALIZACIÓN ALGUNA, CON LA EMPRESA JOSÉ MANUEL PASCUAL PASCUAL, S.A., PARA LA PRESTACIÓN DE ASISTENCIA SANITARIA EN LOS HOSPITALES SANTA M<sup>a</sup> DEL PUERTO (EL PUERTO DE SANTA MARÍA), VIRGEN DEL CAMINO (SANLÚCAR DE BARRAMEDA) Y VIRGEN DE LAS MONTAÑAS (VILLAMARTÍN), TODOS ELLOS DE LA PROVINCIA DE CÁDIZ, DURANTE EL PERIODO COMPRENDIDO ENTRE LOS DÍAS 1 DE OCTUBRE DE 2016 A 7 DE JUNIO DE 2017**

Debido a la imposibilidad de llegar a acuerdo con el empresario después de dos licitaciones efectuadas mediante procedimientos negociados, para los tres hospitales que se citan en el encabezado, que ha publicado el SAS y a las que no ha concurrido el mismo, desde el 1 de noviembre de 2015 al 30 de septiembre de 2016, dada la imposibilidad de prestar asistencia hospitalaria con medios propios del Servicio Andaluz de Salud, a las poblaciones de El Puerto de Santa María, Sanlúcar de Barrameda, Villamartín y cercanías, por no disponer el Sistema Sanitario Público de Andalucía de las infraestructuras necesarias para tal fin en esas zonas geográficas, se ha continuado, sin concierto, atendiendo pacientes.

En la utilización de los Hospitales referidos, no se ha seguido el procedimiento legalmente establecido, de formalización de concierto, por lo que de conformidad con el régimen jurídico establecido en los artículos 32.1.a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP) y 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se trata de un acto nulo de pleno derecho, y procede la revisión de oficio para la DECLARACIÓN DE NULIDAD, de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 106 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, de la concertación realizada entre el Servicio Andaluz de Salud y la Empresa José Manuel Pascual Pascual S.A., de prestación de asistencia sanitaria especializada, de carácter programado y urgente a los usuarios del citado Organismo, en los Hospitales propiedad de la Empresa en las localidades de El Puerto de Santa María, Sanlúcar de Barrameda y Villamartín, para el citado periodo.

El órgano competente para iniciar y resolver el presente procedimiento de revisión de oficio es la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Salud, en cuanto órgano de contratación, conforme a lo previsto en el Decreto 208/2015, de 14 de julio, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Salud y del Servicio Andaluz de Salud, y al amparo del régimen jurídico dispuesto en el artículo 32 y 35 del TRLCSP, en relación con el artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y el procedimiento establecido en el 106 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

La declaración de nulidad del contrato se realizará por el órgano de contratación, previo dictamen favorable del Consejo Consultivo –artículos 32 TRLCSP y 106 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas -, derivándose de la misma los efectos establecidos en el artículo 35.1 TRLCSP.



**Servicio Andaluz de Salud  
CONSEJERÍA DE SALUD**

Teniendo en cuenta que el importe total de este expediente de gasto supera los 12.000.000,00 de euros se hace necesaria la autorización del Consejo de Gobierno, de conformidad con previsto en el artículo 28.1 de la Ley 10/2016, de 27 de diciembre, de Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2017.

13 DIC. 2017

**EL SUBDIRECTOR DE COMPRAS Y LOGÍSTICA**

**Fdo. Andrés Fuentes Pérez**





**INFORME ECONÓMICO DE LA SUBDIRECCIÓN DE COMPRAS Y LOGÍSTICA RELATIVO A LA REVISIÓN DE OFICIO PARA DETERMINAR LA NULIDAD DE LA CONTRATACIÓN, SIN FORMALIZACIÓN ALGUNA, CON LA EMPRESA JOSÉ MANUEL PASCUAL PASCUAL, S.A., PARA LA PRESTACIÓN DE ASISTENCIA SANITARIA EN LOS HOSPITALES SANTA M<sup>a</sup> DEL PUERTO (EL PUERTO DE SANTA MARÍA), VIRGEN DEL CAMINO (SANLÚCAR DE BARRAMEDA) Y VIRGEN DE LAS MONTAÑAS (VILLAMARTÍN), TODOS ELLOS DE LA PROVINCIA DE CÁDIZ, DURANTE EL PERIODO COMPRENDIDO ENTRE LOS DÍAS 1 DE OCTUBRE DE 2016 A 7 DE JUNIO DE 2017**

El 30 de noviembre de 2011 se formaliza contrato administrativo de gestión de servicio público, mediante concierto, derivado del expediente de contratación 2011/205719, entre la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales (actualmente competencia del Servicio Andaluz de Salud) y JOSÉ MANUEL PASCUAL PASCUAL, S.A, para la prestación de asistencia sanitaria en las localidades de El Puerto de Santa María, Sanlúcar de Barrameda y Villamartín.

El Concierto fue objeto de prórroga y modificaciones, unas de oficio, otra por acuerdo de las partes. Todas ellas han sido recurridas por la Empresa y se encuentran pendientes de su resolución judicial firme.

En las últimas cláusulas adicionales suscritas, por mutuo acuerdo de las partes, se amplió su vigencia para el período de 16 de marzo a 31 de octubre de 2015. En las citadas Cláusulas se fijaba, entre otras cuestiones, una facturación mensual de 5.524.756,88 € (IVA exento), con fracción proporcional para la segunda quincena del mes de marzo de 2015.

El 31 de octubre de 2015, finalizaba el plazo máximo de duración de cuatro años del concierto formalizado el 30 de noviembre de 2011, fijado por el Decreto 165/1995, de 4 de julio, por el que se regulan los procedimientos de homologación de Centros Hospitalarios y de suscripción de convenios y conciertos entre la Consejería de Salud y el Servicio Andaluz de Salud y Entidades tanto públicas como privadas, para la prestación de asistencia sanitaria en los mencionados Centros.

Desde el 1 de noviembre de 2015, esta Agencia, al igual que la propia Empresa, coinciden en que no existe concierto de prestación de asistencia sanitaria, tanto programada como urgente, a los usuarios del SAS en las localidades de El Puerto de Santa María, Sanlúcar de Barrameda y Villamartín, pero dada la imposibilidad de prestar asistencia hospitalaria con medios propios del Servicio Andaluz de Salud, a la población del área de influencia de los mencionados hospitales, por no disponer el Sistema Sanitario Público de Andalucía de las infraestructuras necesarias para tal fin en esas zonas geográficas, se ha continuado sin concierto atendiendo pacientes.

Esta Agencia realizó una propuesta de resolución en la que el importe a abonar era de CUARENTA Y DOS MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y CINCO EUROS, CON DIEZ CÉNTIMOS (42.757.935,10 €), que reproduce el importe mensual que se negoció para estos tres hospitales, en las últimas Cláusulas Adicionales de 4 de marzo de 2015, suscritas por mutuo acuerdo de las partes, minoradas en el 6% en concepto de beneficio industrial, siendo el importe mensual de cinco millones ciento noventa y tres mil doscientos setenta y un



euros, con cuarenta y siete céntimos (5.193.271,47 €) para los meses de octubre 2016 a mayo de 2017 y fracción proporcional de un millón doscientos once mil setecientos sesenta y tres euros, con treinta y cuatro céntimos (1.211.763,34 €) para el periodo del 1 al 7 de junio de 2017.

Con fecha 17 de noviembre de 2017, se emite informe de fiscalización de conformidad condicionado con observaciones por la Intervención General de la Junta de Andalucía, que consta debidamente en el expediente, en el que, al amparo del artículo 7.2 del R.I.J.A. realiza una observación

Se aprecia un error aritmético o de hecho en el cálculo de la cuantía económica de la liquidación del contratista, concretamente en el procedimiento de exclusión o descuento de la partida en concepto de "beneficio industrial" cuantificada en el 6% del importe del contrato. Partiendo de este planteamiento, de acuerdo con el informe favorable de la Asesoría Jurídica de la Administración Sanitaria, la operación aritmética correcta para aplicar el descuento del beneficio industrial, sería deflactar el importe total de la liquidación en ese porcentaje (45.487.164,98/1,06), no descontar sin más ese porcentaje al importe total.

Con fecha 17 de noviembre de 2017, se firma nueva propuesta de resolución acorde al pronunciamiento de la Intervención General de la Junta de Andalucía en la que se fija una cuantía final a abonar de CUARENTA Y DOS MILLONES NOVECIENTOS DOCE MIL CUATROCIENTOS DIECINUEVE EUROS, CON SETENTA Y SIETE CÉNTIMOS (42.912.419,77 €), a razón de cinco millones doscientos doce mil treinta y cuatro euros con setenta y nueve céntimos (5.212.034,79 €) y fracción de un millón doscientos dieciséis mil ciento cuarenta y un euros con cuarenta y cinco céntimos (1.216.141,45 €), para los 7 días del mes de junio de 2017.

Con fecha 13 de diciembre, se evacua dictamen favorable por el Consejo Consultivo de Andalucía relativo a la propuesta de resolución de declaración de nulidad de la contratación realizada.

Conforme con el Consejo Consultivo de Andalucía, aplicando el artículo 35.1 del TRLCSP procedería el abono de los servicios prestados, tal y como contempla la propuesta de resolución,

Por todo lo ello, se fija una cuantía final a abonar de CUARENTA Y DOS MILLONES NOVECIENTOS DOCE MIL CUATROCIENTOS DIECINUEVE EUROS, CON SETENTA Y SIETE CÉNTIMOS (42.912.419,77 €)

13 DIC. 2017

**EL SUBDIRECTOR DE COMPRAS Y LOGÍSTICA**





Francisco José Gutiérrez Rodríguez  
Consejero

## CONSEJO CONSULTIVO



VOTO PARTICULAR que, al amparo de los artículos 23 de la Ley 4/2005, de 8 de abril, del Consejo Consultivo de Andalucía, 22.1.a) y 60.3 de su Reglamento Orgánico, aprobado por Decreto 273/2005, de 13 de diciembre, formula el Consejero Sr. Gutiérrez Rodríguez, y al que se adhiere el Consejero Sr. Sánchez Galiana, al dictamen de la Comisión Permanente sobre el *"procedimiento tramitado por la Consejería de Salud, sobre revisión de oficio para determinar la nulidad de la contratación, sin formalización alguna, con la empresa José Manuel Pascual Pascual, S.A."*.

Al igual que ocurrió con el dictamen 843/2016, mi discrepancia con el dictamen aprobado por la mayoría reside, principalmente, en el desconocimiento que éste hace, en mi opinión, de varias sentencias de distintos Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla y de las consideraciones en las mismas se efectúan a propósito del pago de facturas pendientes y correspondientes a periodos en los que -como el que abarca del 31 de octubre de 2016 a 7 de junio de 2017- la Empresa José Manuel Pascual Pascual, S.A., prestó determinados servicios sanitarios sin estar vigente concierto alguno con la Administración sanitaria andaluza.

Como consta en el relato de hechos del dictamen, el concierto entre el Servicio Andaluz de Salud y la Empresa



Francisco José Gutiérrez Rodríguez  
Consejero

## CONSEJO CONSULTIVO

José Manuel Pascual Pascual, S.A., finalizó el 31 de enero de 2014, habiendo tratado desde entonces la Administración sanitaria andaluza de prorrogar dicha contratación mediante sendas resoluciones -Resolución 4/2014, de 31 de enero, y Resolución 8/2014, de 26 de marzo- en unos términos inaceptables para el contratista.

Dichas Resoluciones de prórroga, dictadas con oposición de la citada Empresa, han sido anuladas por la sentencia de 29 de octubre del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 5 de Sevilla y por la sentencia de 11 de septiembre de 2015 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Sevilla, confirmadas respectivamente por las Sentencias de 14 y 29 de marzo de 2016 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 1ª, de tal modo que puede sostenerse que desde el 1 de febrero de 2014 las relaciones entre la Administración sanitaria andaluza y la Empresa José Manuel Pascual Pascual, S.A., no se rigen por lo dispuesto en el concierto firmado el 30 de noviembre de 2011, por lo que toda prestación sanitaria que se efectúe por la citada empresa debe tener la consideración de no concertada.

Así lo han entendido, y obran o se citan en el expediente, las sentencias de 29 de diciembre de 2015 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 13 de Sevilla, de 30 de junio de 2016 del Juzgado de lo



Francisco José Gutiérrez Rodríguez  
Consejero

## CONSEJO CONSULTIVO

Contencioso-Administrativo núm. 7 de Sevilla, de 21 de julio de 2016 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 14 de Sevilla, confirmadas en apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

A la vista de lo que relatan las citadas sentencias, y aplicando lo que de ellas se extrae al periodo que aquí analizamos, debe llegarse a la conclusión de que no nos encontramos -a diferencia de otros muchos casos en los que ha tenido ocasión de pronunciarse este órgano consultivo- ante un contrato administrativo nulo, por haberse celebrado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, sino sencillamente ante una ausencia de contratación, y, por tanto, de acto administrativo que pueda revisarse. O al menos, desde luego, no nos encontramos ante un acto administrativo de contratación con el contenido (cláusulas y condiciones) que la Administración sanitaria andaluza pretende darle.

Ello es así, en este caso, por cuanto durante el periodo que abarca del 31 de octubre de 2016 a 7 de junio de 2017 no puede en modo alguno considerarse vigente una prórroga del concierto -ni siquiera tácita- por haber cerrado esa vía las distintas resoluciones judiciales que obran en el expediente. Ni puede tener tampoco por realizado un contrato verbal (proscrito por la legislación administrativa de contratos) por cuanto no existe siquiera acuerdo entre las partes en varios de los elementos



Francisco José Gutiérrez Rodríguez  
Consejero

## CONSEJO CONSULTIVO

esenciales de cualquier contrato, como son el precio o el plazo de duración. No hay, por decirlo así, concierto de voluntades entre la Administración y la Empresa, por lo que no puede tener cabida en este caso la ficción jurídica de que ha existido entre ellas un contrato, solo que nulo por no reunir las formalidades exigidas por la Ley.

Por ello, la Sentencia de 29 de diciembre de 2015 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 13 de Sevilla -y las demás coincidentes- entiende que para el periodo en ella analizado procede acudir a la teoría del enriquecimiento injusto para la satisfacción de las cantidades adeudadas a la Empresa José Manuel Pascual Pascual, S.A., entendiendo que los servicios sanitarios prestados no pueden estimarse concertados en las condiciones económicas establecidas en los conciertos vencidos.

Y no otra cosa debe predicarse, en consecuencia, de la facturación girada por la citada empresa a la Administración sanitaria andaluza por los servicios prestados durante el periodo que va del 31 de octubre de 2016 a 7 de junio de 2017.

Sin embargo, con este expediente de revisión de oficio lo que parece pretender la Administración sanitaria andaluza es eludir dichas consecuencias para estos algo más de 7 meses, y en lugar de retribuir a quienes han prestado



Francisco José Gutiérrez Rodríguez  
Consejero

## CONSEJO CONSULTIVO

la asistencia sanitaria a los precios indicados en las mencionadas sentencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, hacerlo a los previstos en los conciertos ya vencidos. Basta apreciar la notable diferencia entre las cantidades reclamadas por la Empresa José Manuel Pascual Pascual, S.A., y las que considera la Administración en su propuesta de resolución que debe abonar (aproximadamente la mitad) para comprender por qué se pretende una vía como la de la revisión de oficio ante el riesgo de que el Poder Judicial continúe estimando las reclamaciones de cantidad efectuadas por la cita empresa.

A esta conclusión debería haber llegado también en mi opinión el dictamen, a la vista de las sentencias antes citadas, y es éste el motivo principal de mi discrepancia.

Pero, no me resisto a concluir este voto particular sin destacar que no comparto tampoco -como he expresado ya en numerosos votos particulares, y a los cuales me remito- que en el ámbito de la Administración autonómica andaluza el órgano competente para iniciar y acordar la revisión de oficio de un contrato administrativo sea el órgano de contratación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 34 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y el artículo 116 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía. Y todo ello a pesar de lo dispuesto por el artículo 12.1.ñ) del Decreto 208/2015, de 14 de julio, por el que se establece la



Francisco José Gutiérrez Rodríguez  
Consejero

## CONSEJO CONSULTIVO

estructura orgánica de la Consejería de Salud y del Servicio Andaluz de Salud.

*El artículo 34.2, párrafo primero, del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público señala que "Sin perjuicio de lo que, para el ámbito de las Comunidades Autónomas, establezcan sus normas respectivas que, en todo caso, deberán atribuir esta competencia a un órgano cuyas resoluciones agoten la vía administrativa, serán competentes para declarar la nulidad de estos actos o declarar su lesividad el órgano de contratación, cuando se trate de contratos de una Administración Pública, o el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela, cuando ésta no tenga el carácter de Administración Pública. En este último caso, si la entidad contratante estuviera vinculada a más de una Administración, será competente el órgano correspondiente de la que ostente el control o participación mayoritaria".*

Y resulta que la Comunidad Autónoma de Andalucía, aprovechando esa posibilidad que ofrece la expresión "sin perjuicio" de dicho artículo 34.2, ha establecido en el artículo 116.1 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, como norma general en los procedimientos tramitados por la Administración de la Junta de Andalucía, que "Serán competentes para la revisión de oficio de los actos nulos: a) El Consejo de Gobierno respecto de sus propios actos, de



Francisco José Gutiérrez Rodríguez  
Consejero

## CONSEJO CONSULTIVO

*los actos de sus Comisiones Delegadas y de los dictados por las personas titulares de las Consejerías; b) Las personas titulares de las Consejerías respecto de los actos dictados por órganos directivos de ellas dependientes, así como respecto de los actos dictados por los máximos órganos de gobierno de las agencias que tengan adscritas; c) Los máximos órganos rectores de las agencias respecto de los actos dictados por los órganos de ellos dependientes”.*

El dictamen sostiene que el precepto en este caso aplicable es el apartado c) del artículo 116.1, y la propuesta de resolución busca apoyo en el artículo 12.1, letra ñ), del Decreto 208/2015, de 14 de julio, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Salud y del Servicio Andaluz de Salud, según el cual “Corresponden a la persona titular de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Salud las siguientes funciones: ñ) La resolución de los procedimientos de revisión de oficio de disposiciones y actos nulos y la declaración de lesividad de los actos dictados por el Servicio Andaluz de Salud”. Pero lo dispuesto en este Decreto de estructura debe entenderse de manera que no resulte contrario lo dispuesto en el artículo 116 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, por lo que la persona titular de la Dirección gerencia del Servicio Andaluz de Salud -máximo órgano rector de dicha agencia- sólo será competente para revisar de oficio actos nulos cuando hayan sido dictados por los órganos de ellos dependientes.



Francisco José Gutiérrez Rodríguez  
Consejero

## CONSEJO CONSULTIVO

Aquí, sin embargo, si tuviera cabida la ficción de que algún órgano ha dictado el acto administrativo mediante el cual se produce la contratación con la Empresa José Manuel Pascual Pascual, S.A., no cabría atribuir su autoría -salvo prueba en contrario que no obra en el expediente- más que al órgano competente para hacerlo con arreglo a Derecho, que no es otro que la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Salud.

En consecuencia, siendo este su autor, el órgano competente para la revisión de oficio sería, no el previsto en la letra c) del artículo 116.1 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, sino el previsto en la letra b) *“Las personas titulares de las Consejerías respecto de los actos dictados por órganos directivos de ellas dependientes, así como respecto de los actos dictados por los máximos órganos de gobierno de las agencias que tengan adscritas”*. Por lo que al haberse tramitado el expediente de revisión de oficio de manera improcedente el dictamen debiera haber concluido con su devolución.

Granada, 13 de diciembre de 2017

Francisco J. Gutiérrez Rodríguez