

Acuerdo nº: **8/17**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **05.10.17**

ACUERDO del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 5 de octubre de 2017, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Sanidad, al amparo del artículo 5.3.f) d. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con el expediente sobre la modificación nº 3 del contrato de concesión de obra pública para la redacción del proyecto, construcción y explotación del Hospital Universitario Puerta de Hierro de Majadahonda.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 7 de agosto de 2017 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid una solicitud de dictamen preceptivo, por el viceconsejero de Sanidad por delegación del consejero, sobre expediente de modificación del contrato de concesión de obra pública para la redacción del proyecto, construcción y explotación del Hospital Universitario Puerta de Hierro de Majadahonda suscrito con la mercantil Hospital de Majadahonda S.A. (en adelante, “*la concesionaria*”).

Admitida a trámite, con esa misma fecha se procedió a dar entrada en el registro de expedientes con el número 352/17, iniciándose el

cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal y como dispone el artículo 23 apartado 1 del Reglamento Orgánico de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero (ROFCJA).

Al ser necesaria la documentación relativa a los modificados del contrato y a su convalidación que no figuraba incluida en el expediente se solicitó, con fecha 11 de agosto, que, al amparo del artículo 19.2 del ROFCJA se remitiese esa documentación.

La documentación requerida fue remitida el 22 de agosto.

Ha correspondido su ponencia al letrado vocal D. Carlos Yáñez Díaz, quien formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en el Pleno de la Comisión, en su sesión de 5 de octubre de 2017.

SEGUNDO.- Del expediente remitido, se extraen los siguientes hechos, de interés para la emisión del dictamen:

1.- El 18 de marzo de 2005 se adjudicó el contrato de concesión de obra pública para la redacción del proyecto, construcción y explotación del Hospital Universitario Puerta de Hierro de Majadahonda a una agrupación de licitadores que formaron la sociedad Hospital de Majadahonda S.A. la cual suscribió como sociedad concesionaria el contrato de concesión con fecha 18 de abril del citado año.

En la oferta de la concesionaria se recogía que el hospital contaría con 878 camas (794 camas hospitalarias y 84 camas de internamiento de día).

El pliego establecía la posibilidad de modificar el contrato por razones de interés público debidamente justificadas en los términos y con los efectos previstos en el pliego (cláusula 10). Asimismo, se recogía

el derecho de la concesionaria (cláusulas 7 y 10) al restablecimiento del equilibrio económico financiero en los términos de la cláusula 20.

Igualmente, el pliego establecía la existencia de un proyecto de construcción y dotación de mobiliario que se ajustaría al pliego de prescripciones técnicas. Conforme la cláusula 14 la Administración solo podría introducir modificaciones en el mismo por necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente y tramitándolo con carácter previo a la ejecución material de la modificación. El plan económico financiero debería recoger, mediante los oportunos ajustes, los efectos derivados del incremento o disminución de los costes de construcción y explotación.

Establece el pliego un precio final reconocido de la obra y de la dotación de mobiliario que sería notificado a la concesionaria y una vez aprobado por la Administración se incorporaría al plan económico financiero para su actualización conforme el procedimiento de la cláusula 20 para el mantenimiento del equilibrio económico.

La explotación de la obra se realizaría poniendo a disposición de la concesionaria las instalaciones y el mobiliario del Anexo VI del pliego para que esta prestase los servicios y explotaciones comerciales de los Anexos VII y VIII.

Al mantenimiento del equilibrio económico del contrato se refiere la cláusula 20 que, partiendo del principio general de riesgo y ventura, establece que la Administración deberá restablecer el equilibrio económico financiero del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, exclusivamente en los siguientes supuestos:

a. Cuando la Administración modifique, por razones de interés público motivadas por necesidades nuevas o causas imprevistas

debidamente justificadas en el expediente, las condiciones de construcción y explotación establecidas en el pliego.

b. Cuando causas de fuerzas mayores, definidas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 144 del TRLCAP, o actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión.

c. Cuando se produzcan el resto de circunstancias expresamente previstas en el pliego.

d. De conformidad con el artículo 248.2.c del TRLCAP, cuando ejerza la prerrogativa prevista en la cláusula 10.d del pliego

Respecto al procedimiento para realizar el reequilibrio la cláusula establece que el restablecimiento del equilibrio económico-financiero de la concesión, al exclusivo efecto de compensar las repercusiones directamente derivadas de los supuestos anteriormente señalados, dará lugar a la revisión del modelo económico financiero del contrato, sobre la base de las condiciones contenidas en la oferta adjudicataria de la siguiente forma:

a) Para los años anteriores y posteriores al de cálculo de las condiciones de reequilibrio, se considerarán los datos en términos corrientes recogidos en el modelo económico-financiero del contrato (estimaciones contenidas en la oferta adjudicataria) es decir, todos los parámetros del modelo financiero (inversión incluidas reposiciones, gastos de explotación, cantidades fijas y variables mensuales, ingresos comerciales, impuestos, dividendos pagados y los relativos a la financiación, desembolsos de capital y préstamos de cualesquiera naturaleza, pagos y gastos del servicio de la deuda, provisiones a cuentas de reserva, etc.)

b) Asimismo se introducirá la cuantificación en términos corrientes para todos los años sobre los que se produzca afectación, del coste adicional o beneficio adicional para la concesionaria, del supuesto que dio lugar al restablecimiento del equilibrio económico-financiero.

e) Una vez ajustado el modelo financiero del contrato en base al punto b), se recalculará la TIR para el accionista en términos corrientes, resultante de la consideración de dicho mayor coste o beneficio para la Sociedad Concesionaria, que se comparará con la TIR en términos corrientes, correspondiente a la fijada en la oferta del adjudicatario, a efectos de restituir el equilibrio económico-financiero.

d) Recalculada la TIR para el accionista en términos corrientes en base al punto e) anterior, se analizarán los efectos de las medidas de restablecimiento del equilibrio económico enumeradas en el apartado tercero de la presente cláusula, procediéndose a la selección de la medida que resulte compatible con la obtención de la TIR para el accionista que restablezca el equilibrio económico-financiero del contrato, es decir, que iguale la TIR en términos corrientes fijada en la oferta del adjudicatario.

e) La incorporación de las anteriores medidas de restablecimiento del equilibrio económico-financiero en el modelo financiero, supondrá la actualización del mismo, pasando a constituirse dicha actualización en el modelo financiero del contrato a partir de ese momento.

Interesa destacar la fórmula de retribución del concesionario que se recoge en el pliego que dedica a esta cuestión su Anexo V.

La retribución de la Sociedad Concesionaria estará integrada por los conceptos siguientes:

- Las cantidades a pagar por la Administración en contraprestación a la explotación de la obra pública.

- Los rendimientos procedentes de la explotación de la zona comercial.

a) Cantidades a pagar por la Administración en contraprestación a la explotación de la obra pública.

Las cantidades a pagar por la Administración en contraprestación a la explotación de la obra pública, en cómputo anual, se determinarán como sigue:

Los licitadores establecerán en sus ofertas una cantidad máxima anual en concepto de retribución por la explotación de la obra pública ("*Cantidad Máxima Anual*" o CMA) en valor 2004, IVA incluido. Esta cantidad se ofertará sobre la base de una ocupación media anual de las instalaciones del 85%, medida en camas ocupadas por paciente y día, y de la plena y correcta disposición de la totalidad de los servicios a utilizar por la Administración usuaria establecidos en el ANEXO VII, medidos de conformidad con los parámetros objetivos establecidos en el PPTE, para un periodo de 24 horas al día durante todos los días del año.

La Cantidad Máxima Anual así definida se compondrá de:

1. Una Cantidad Fija Anual (CFA), que no será superior al 40% de la Cantidad Máxima Anual (CMA) ofertada.

2. Una Cantidad Variable Anual (CVA). Esta cantidad será la cuantía máxima, ofertada por la Sociedad Concesionaria, en valor 2004, resultante de la suma de las tarifas anuales aplicadas a cada uno de los servicios (TAS) objeto de explotación, recogidos en el Anexo VII, en el supuesto de cumplimiento de la totalidad de los estándares establecidos en el PPTE.

A estos efectos, los licitadores habrán de ofertar para cada servicio establecido en el Anexo VII, una tarifa anual a tanto alzado en valor 2004 (IVA incluido), basada en una ocupación media anual de las instalaciones del 85%, medida en camas ocupadas por paciente y día, y de la plena y correcta disposición de la totalidad de los servicios a ser utilizados por la Administración para un periodo de 24 horas al día, durante todos los días del año.

Dicha TAS ofertada para cada servicio deberá guardar criterios de proporcionalidad con el coste estimado para cada uno de los servicios.

Por otra parte, con objeto de poder proceder a aplicar los ajustes por variación de volumen en los términos que se establecen en el apartado 3 del presente Anexo, la Sociedad Concesionaria deberá ofertar para el Servicio de Gestión de Restauración, una tarifa unitaria por cama y paciente al día (valor 2004, IVA incluido), basada en una ocupación media anual de las instalaciones del 85% y de la plena y correcta disposición de la totalidad de los servicios a ser utilizados por la Administración para un periodo de 24 horas al día, durante todos los días del año.

Asimismo, la Sociedad Concesionaria deberá ofertar para el Servicio Integral de Esterilización, una tarifa unitaria por intervención (valor 2004, IVA incluido), basada en un número medio de 23.000 intervenciones quirúrgicas al año. La retribución efectiva de la Sociedad Concesionaria en concepto de Cantidad Variable Anual será la correspondiente al grado efectivo de disponibilidad y calidad de los servicios prestados por la Sociedad Concesionaria. Dicha retribución se calculará mediante la aplicación del Sistema de Determinación del Pago Variable, a las TAS (valor 2004) ofertadas por la Sociedad Concesionaria por cada uno de los servicios objeto de explotación recogidos en el Anexo VII.

A estos efectos, para cada uno de los servicios recogidos en el Anexo VII se establecen en el PPTE unos estándares de prestación relativos al grado de disponibilidad y calidad requeridas para la utilización de los mismos por la Administración.

Asimismo, para cada estándar se fija en el PPTE un parámetro de medición y un método de control.

Con carácter mensual, se efectuará la medición del nivel efectivo de disponibilidad y calidad de los servicios utilizados por la Administración, conforme a los parámetros objetivos establecidos en el PPTE para cada uno de los servicios.

La prestación de los servicios por debajo de los niveles definidos como óptimos dará lugar a la aplicación automática de porcentajes de deducción, ponderados según el tipo de deficiencia ("*fallos*" según el PPTE), conforme a lo establecido en el PPTE para cada servicio. Dichos porcentajes de deducción se aplicarán a la TAS máxima anual ofertada por la Sociedad Concesionaria para cada servicio. El mecanismo de deducciones no se activará en ningún caso hasta el primer día del séptimo mes natural posterior a la fecha de puesta en servicio de la obra pública.

La suma de las cuantías resultantes de la aplicación de los porcentajes de deducción por servicio, a las TAS ofertadas por la Sociedad Concesionaria para cada uno de los servicios, se imputará a la Cantidad Variable Anual ofertada por la Sociedad Concesionaria minorando la misma.

Conforme a lo expuesto, la fórmula para calcular la retribución de la Sociedad Concesionaria se expresa cómo sigue:

$$\text{Pago Anual} = \text{CFA} + [\text{CVA} - \text{Deducciones}]$$

$$Pago\ Anual = CFA \times \frac{IPCs}{IPCo} + \left[\sum_{i=1}^n TAS_i \times \frac{IPCs}{IPCo} \right] - [Deducciones]$$

Siendo:

$$\left[\sum_{i=1}^n TAS_i \times \frac{IPCs}{IPCo} \right] - [Deducciones] \geq 0$$

Donde:

CFA = Cantidad Fija Anual ofertada.

CVA = Cantidad Variable Anual ofertada.

IPCs = índice General de Precios de Consumo publicado por el Instituto Nacional de Estadística correspondiente al último mes del año anterior a aquél para el que se realiza el cálculo.

IPCo = índice General de Precios de Consumo publicado por el Instituto Nacional de Estadística correspondiente al mes anterior a la fecha límite establecida para la presentación de las ofertas por parte de los licitadores.

i = Cada uno de los n servicios objeto de explotación (i = 1, 2, 3 ... n), según el anexo VII.

n = n° de servicios objeto de explotación, según el anexo VII.

TAS_i = Tarifa Anual cotizada por el servicio i objeto de explotación.

Deducciones = Cuantía a deducir en función de la disponibilidad y calidad efectiva de los servicios en los términos establecidos en el PPT.

El Anexo VI establecía que las habitaciones de hospitalización tipo contarían con dos camas y el Anexo VII establecía como servicios de

explotación de la obra pública los siguientes: 1. servicio de limpieza; 2. servicio integral de seguridad; 3. servicio de gestión de restauración; 4. servicio de residuos urbanos y sanitarios; 5. servicio de gestión de mantenimiento; 6. conservación de viales y jardines; 7. servicio integral de lavandería; 8. servicio de gestión del archivo de documentación clínica y administrativa; 9. servicio integral de esterilización; 10. servicio de desinsectación y desratización; 11. servicio de transporte interno-externo y gestión auxiliar; 12. servicio de gestión de almacenes y distribución; 13. servicio de gestión de personal administrativo de recepción/información y centralita telefónica.

2.- En 2008 se efectúan diversas modificaciones en el proyecto, modificados nº 1 y nº 2 que no son formalmente aprobados por lo que son objeto de convalidación en el año 2014.

En concreto el modificado nº 1 recogió como justificación del mismo el que el 5 de mayo de 2008 la Dirección General de Infraestructuras de la Consejería de Sanidad, a requerimiento de la Presidencia de la Comunidad de Madrid ordenó que se adecuasen todas las habitaciones de hospitalización a uso individual, de tal forma que se retiraron de 135 habitaciones equipadas como dobles, la cama hospitalaria, la mesilla, el sillón de paciente, la silla de acompañante y la cortina separadora, procediendo a su transporte y almacenaje y por otra parte al suministro y colocación de 135 sofás-cama.

El citado modificado nº 1 no fue, como decimos, tramitado de conformidad con lo establecido en la normativa de contratos públicos y fue, tras los informes favorables de la Dirección General de Presupuestos y Recursos Humanos y de la Intervención General de la Comunidad de Madrid, convalidado por Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid de 10 de julio de 2014 aprobando un gasto plurianual para proceder al reequilibrio económico financiero de la concesión por importe de 30.685.011, 19 euros.

En concreto el informe de la Dirección General de Presupuestos y Recursos Humanos afirmaba que las actuaciones administrativas objeto de convalidación suponían un incremento de los costes de del Servicio de Gestión de Mantenimiento ascendiendo para el periodo 2008-2035 a 3.052.115, 62 euros, IVA excluido. Por ello se produce una disminución de la rentabilidad del contratista que obliga al restablecimiento del equilibrio económico financiero del contrato por importe de 30.685.011,19 euros.

En la memoria económica del gasto y reequilibrio económico financiero del modificado nº 1 Actuaciones anteriores al acta de comprobación material de la obra y servicios asociados consta que se procede al reequilibrio de la concesión por los 31 modificados realizados en la fase de construcción y los servicios no asistenciales asociados a estas inversiones. De esta forma se introducen en el modelo económico financiero: a) los costes adicionales ocasionados a la concesionaria por las inversiones realizadas durante la fase de ejecución de la obra tanto por modificaciones en el proyecto de construcción como por el suministro de mobiliario (en el que se incluye la ODC 44); b) los mayores costes del servicio Gestión de Mantenimiento consecuencia de estas concesiones 89.106,63 euros); c) los gastos generales asociados al modificado; d) costes de reposición adicionales ligados a la obra civil, las instalaciones y el mobiliario; e) aumento costes de financiación.

No obstante, en el cálculo de los costes de reposición, se descontó la cantidad de 414.582,84 euros por las camas que por el cambio de habitaciones dobles a simples fueron cedidas a otros hospitales.

Como consecuencia de ello al disminuir la rentabilidad del accionista de la concesionaria (TIR) se restablece el equilibrio económico financiero aumentando la cantidad máxima anual hasta igualar la TIR a la contemplada en la oferta (11,33%).

Consta en la documentación una memoria justificativa de reconocimiento y valoración de los servicios asociados al modificado nº 1 en la que se considera que las actuaciones introducidas en el modificado suponen un incremento de los costes del servicio de mantenimiento.

En la misma se establece que la ratio costes de mantenimiento/inversión inicial es de 0,82% por lo que los costes de mantenimiento anuales consecuencia del modificado ascienden a 77.614,78 euros.

Si bien no se tramitó el modificado interesa destacar que sí se planteó una interpretación contractual en la que el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid emitió el Dictamen 155/13, de 24 de abril, relativo a los costes de la prórroga y a la no modificación del modelo económico financiero por las diferencias entre el proyecto de licitación y ejecución y el modelo presentado en la oferta de la adjudicataria.

Por Resolución del viceconsejero de Asistencia Sanitaria de 8 de agosto de 2014 se modificaron determinadas magnitudes económicas del contrato para la redacción del proyecto, construcción y explotación en aplicación del acuerdo del Consejo de Gobierno. En dicha resolución se recogen en el Anexo I las modificaciones aprobadas distinguiendo las relativas a obra y a mobiliario. Entre estas últimas figura la orden de cambio (ODC) 44 Cambio de habitaciones dobles a simples con un presupuesto de ejecución por contrata, IVA excluido, de 84.500, 55 euros.

En concreto la citada resolución contempla los siguientes importes:

- Inversiones efectuadas por la concesionaria anteriores al acta de comprobación aprobadas por el Consejo de Gobierno: 9.465.217, 44 euros.

-Incremento de los costes de los servicios no sanitarios por las mayores inversiones del modificado nº 1 desde el inicio de la prestación, que suponen, para el año 2013, 89.106,63 euros.

-Incremento del canon para 2014, 1.072.070,37 euros.

-Incremento total del canon desde el inicio de la prestación hasta el 31-12-2013, 5.493.419,63 euros.

Frente a esa resolución la concesionaria interpuso recurso de reposición el 12 de septiembre de 2014 alegando: a) que no se había reconocido el derecho a ser indemnizada por la demora en la adopción de la resolución con seis años de retraso respecto de la fecha contractualmente exigible, habiendo tenido que acudir a la jurisdicción contencioso administrativa; b) tratamiento del IVA que consideran erróneo; c) oposición a la convalidación de las actuaciones administrativas por la realización del modificado nº 1 y aprobación del gasto plurianual para proceder al reequilibrio económico financiero de la concesión al no habersele notificado de forma alguna.

El citado recurso fue estimado parcialmente por resolución de 9 de octubre de 2014 en lo relativo al IVA, desestimándose en todo lo demás.

El modificado nº 2 tampoco se llegó a tramitar con arreglo al procedimiento establecido en la legislación de contratos. Se inició por la viceconsejera de asistencia sanitaria el 20 de marzo de 2013 relativo a siete modificaciones (ODC 37-43), realizadas después del acta de comprobación de las obras y los servicios no asistenciales vinculados realizándose el reequilibrio sobre el modelo económico financiero del modificado nº 1.

Tras los informes favorables de la Dirección General de Presupuestos y Recursos Humanos y de la Intervención General de la

Comunidad de Madrid fue convalidado por Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid de 24 de julio de 2014 aprobando un gasto plurianual para proceder al reequilibrio económico financiero de la concesión por importe de 3.504.140,04 euros.

Al igual que el modificado nº 1 se dictó por el viceconsejero de Asistencia Sanitaria una resolución por la que se modificaban determinadas magnitudes que fue recurrida en reposición por la concesionaria dictándose resolución de estimación parcial.

Ha de añadirse que conforme resulta de la sentencia del Tribunal superior de Justicia de Madrid de 7 de septiembre de 2016 (recurso de apelación 308/16) el 28 de enero de 2009 la concesionaria presentó una solicitud de reequilibrio económico financiero que fue desestimada por resolución del viceconsejero de asistencia sanitaria de 12 de mayo de 2009 la cual no fue impugnada quedando firme por lo que la posterior solicitud es inadmitida parcialmente.

3.- Como consecuencia de la reducción de 135 con fecha de 5 de julio de 2016 (documento III. D) se emite informe por un bufete privado en el que considera que al reducirse esas 135 camas se ha originado un desequilibrio económico en el contrato a favor de la concesionaria y en contra de la Administración concedente que no está amparado por el riesgo y ventura y que requiere la modificación del contrato para restablecer ese equilibrio, modificación que produciría efectos, no solo *pro futuro*, sino también respecto a desequilibrios pasados que no estén prescritos.

4.- Solicitado informe facultativo a la Abogacía General de la Comunidad de Madrid emite informe el 10 de agosto de 2016 suscrito por la letrada-jefe en la Consejería de Sanidad en el que considera que, si se acredita que el modificado nº 1 alteró el equilibrio económico del contrato, cabría aplicar el artículo 248. 2 a) del texto refundido de la Ley

de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP) siempre que en el cálculo se respeten escrupulosamente las reglas del Anexo V del pliego de cláusulas administrativas y con un máximo de aplicación retroactiva de cuatro años.

5.- Con fecha 27 de octubre el viceconsejero de sanidad acuerda iniciar el procedimiento de modificación del contrato (modificado nº 3) concediendo plazo de audiencia a la concesionaria.

6.- El 23 de noviembre presenta escrito de alegaciones la concesionaria en el que señala que no se le ha dado traslado de propuesta alguna.

Considera que no estamos ante una verdadera modificación sino ante un restablecimiento del equilibrio económico del contrato aspectos claramente diferenciables en el artículo 248 del TRLCAP. La Administración no realizó ningún reequilibrio económico al modificar el contrato en el año 2008 (con independencia del *“procedimiento más o menos riguroso”* seguido en el modificado nº 1) por lo que su derecho habría prescrito sin que la propuesta que ahora se plantea tenga apoyo normativo o contractual alguno.

Afirma igualmente que la reducción de 135 camas no tiene el impacto económico que se pretende ni en un plano global ni en un análisis servicio a servicio. Efectúa un análisis de los costes fijos y variables de los diferentes servicios.

Por todo ello se opone a la modificación planteada por la Administración.

7.- Por escrito de 2 de diciembre la Administración desestima las alegaciones de la concesionaria (documento V D).

8.- El 14 de diciembre se solicita informe preceptivo a la Dirección General de Economía y Política Financiera con suspensión del plazo para resolver. La citada Dirección emite informe el 27 de diciembre en el que se informa favorablemente la propuesta al conseguir que se mantenga inalterada la tasa interna de retorno (TIR) del accionista en el 11,33%.

9.- El 26 de enero se solicita informe a la Abogacía General de la Comunidad de Madrid con suspensión del plazo para resolver que se notifica a la concesionaria.

El 7 de febrero emite informe la letrada jefe del Servicio Jurídico en la Consejería favorable a la modificación planteada.

10.- El 16 de marzo de 2017 emite informe la interventora general de la Comunidad de Madrid en el que considera que, al tratarse de un modificado de importe negativo, únicamente procede el control financiero permanente *“por lo que se devuelve el expediente sin entrar al fondo del asunto”*.

11. Con fecha 27 de marzo de 2016 tuvo entrada en esta Comisión Jurídica Asesora la solicitud de dictamen formulada con carácter de urgencia dando lugar al Dictamen 155/2017, de 11 de abril en el que se consideró que el procedimiento estaba caducado.

12. El 29 de mayo de 2017 el viceconsejero acuerda el inicio de un nuevo expediente de modificación contractual concediéndose ese mismo día trámite de audiencia a la concesionaria.

13. El 13 de junio de 2017 la concesionaria presenta escrito de alegaciones. Se reitera en lo indicado en su escrito anterior considerando que no estamos ante un verdadero modificado sino ante el ajuste económico (con efectos retroactivos) de una modificación efectuada nueve años atrás, aspectos claramente diferenciados en el pliego de cláusulas administrativas.,

Niega que se hayan reducido servicios y considera improcedente la reducción de la cantidad máxima anual (CMA) por diversas razones:

-La Administración incurre en abuso de derecho puesto que inició un procedimiento de modificación el 12 de mayo de 2015 que declaró caducado el 26 de octubre de 2016 tras diecisiete meses de inactividad, iniciando al día siguiente un nuevo procedimiento que se declara caducado el 16 de mayo de 2017. Considera que esta actuación supone un abuso de derecho por la Administración.

-Considera que la actuación de la Administración carece de todo respaldo contractual rechazando: a) que la concesionaria haya reducido servicios; b) que el apartado hipótesis de la oferta contemplase la existencia de 793 camas; c) que las consideraciones sobre servicios afectados y sus menores costes se realizan brevemente bien sobre criterios proporcionales o bien por mero discernimiento.

- La propuesta carece de respaldo jurídico alguno ni conforme la Ley ni conforme el contrato.

-El posible derecho de la Administración al reequilibrio habría prescrito puesto que el hecho del que trae causa (el ejercicio del *ius variandi*) se produjo en 2008, superándose así el plazo de cuatro años del artículo 36.1 a) de la Ley 9/1990, de 8 de noviembre, reguladora de la Hacienda de la Comunidad de Madrid (LHCM).

-Considera que la resolución del viceconsejero de Asistencia Sanitaria de 8 de agosto de 2014 que reajusta magnitudes del contrato a partir de una serie de modificaciones entre las que se encuentra la ODC 44 estableciendo un incremento de la CMA es un acto declarativo de derechos puesto que resolvía todas las cuestiones del reequilibrio económico de la concesión derivadas de diversas ODC, entre ellas la 44. Considera por ello que ahora se pretende una revisión desfavorable para

sus intereses de la citada resolución sin seguir procedimiento de revisión alguno.

-Rechaza que la reducción de 135 camas tenga el impacto en el coste de los servicios que afirma la propuesta.

Las habitaciones siguen siendo las mismas (dobles), pudiendo en su caso ampliarse el número de camas si se considera necesario y las magnitudes del hospital siguen siendo las mismas. Además, la reducción de pacientes se ha compensado por mayor presión asistencial por la potenciación de otras áreas. Para ello se utilizó mobiliario excedente de las anteriores habitaciones dobles y se adquirió otro nuevo (cunas) de tal forma que el Hospital quedó configurado con mayores dotaciones, mayor actividad asistencial, mayor rotación de pacientes y mayor resolución lo cual ha generado mayor demanda de los servicios de la concesionaria.

Incluso admitiendo como hipótesis las tesis de la Administración, las magnitudes utilizadas por estas no serían correctas en función de las características de los distintos servicios:

-Limpieza.

No hay reducción de las habitaciones ni de su superficie ni de los espacios comunes a limpiar cuando precisamente la superficie es el criterio de este servicio. Incluso genera mayores costes para la limpieza puesto que la limpieza al alta se ve limitada si hay un paciente en la habitación.

-Restauración.

La memoria establece una reducción proporcional entre el coste total y el número de estancias estimadas. Ello no es correcto ya que: a) el coste del servicio no se vincula solo a los pacientes sino al personal

sanitario, pacientes ambulatorios; b) existen costes fijos; c) el cálculo es erróneo al realizarse sobre un 100% y no sobre un 85% de ocupación.

-Residuos.

La propuesta aplica también un criterio proporcional pero la actividad asistencial genera más residuos que la de hospitalización. En esta hay RSU (residuo sólido urbano) y RBAU (residuos biosanitarios asimilables a los RSU) en tanto que el incremento de la actividad asistencial, especialmente la quirúrgica, supone un incremento de los RBE (residuos biosanitarios especiales) según el alcance fijado en los pliegos.

-Mantenimiento.

Se parte de la diferencia del coste del mobiliario pero se olvida que los sillones (763) se mantuvieron en el Hospital.

-Lavandería.

La memoria considera que cada cama genera 3,7 kg/día con un coste de 0,49 euros/kg.

La concesionaria considera que no se justifica ese dato de 3,7 además que los cálculos se realizan sobre un 100% y no sobre el 85%.

-Archivo.

No hay relación entre el número de camas y el archivo a diferencia de la actividad quirúrgica programada. Ningún documento contractual conecta camas y archivo. Por el contrario, sí genera más actividad de archivo el incremento de la actividad asistencial ambulatoria.

-Personal Administrativo.

La memoria es errónea ya que no hay 18,6 trabajadores, sino que la oferta comprende en la actividad asistencial 17,1 FTES para 10 unidades médicas y 7 quirúrgicas.

Destaca también que es necesario para el reequilibrio acudir al modelo económico financiero (MEF) conforme la cláusula 20. Es cierto que la memoria de la Administración lo menciona para indicar que en determinadas hipótesis se hace figurar el dato de 793 camas, pero del MEF resulta que ese dato no guarda relación con la CMA. Si se altera ese dato no cambia ningún “*output*”.

Considera que el reequilibrio que se pretende es una gravísima vulneración contractual que afectaría a la viabilidad al reducir 1,83 millones la CMA. Pone de relieve que el contrato de financiación de la concesión incluye como cláusula de resolución el incumplimiento del ratio de cobertura anual del servicio de deuda (RCASD)¹ fijado en un 10,5.

Pues bien, el cálculo de ese RACASD con la propuesta de la Administración sería de 0,43 lo cual habilitaría a las entidades financiadoras a rescindir el contrato cuyo vencimiento ascendería a 164 millones de euros.

Por todo ello considera imposible jurídica y económicamente la propuesta de la Administración.

14. Consta un escrito de respuesta del SERMAS a las alegaciones de la concesionaria firmado por el viceconsejero de Asistencia Sanitaria el 20 de junio de 2017.

¹ El cual consiste en el flujo de caja para el servicio de la deuda con el servicio de la deuda.

En el mismo se afirma que la presente modificación pretende la garantía del equilibrio de cargas evitando un desequilibrio económico antijurídico y adecuar el desarrollo de las prestaciones a las circunstancias actualmente existentes.

Destaca que la Administración consideró oportuno para el interés público la adecuación de las habitaciones de hospitalización a uso individual, *“lo que, además, realizó en ejecución de lo ordenado por la Presidencia de la Comunidad de Madrid”*.

Es por ello que *“resulta manifiesto”* que la reducción de 135 camas ha supuesto una disminución de los costes de la concesionaria por lo que procede la aplicación de lo dispuesto en los artículos 101, 240 y 248 del TRLCAP en cuanto es un “principio de orden público europeo” el mantenimiento de las condiciones originales de la licitación removiéndolas circunstancias económicas que, al margen del riesgo concesional, por actuaciones de la Administración, puedan alterarlas.

Tras la cita de jurisprudencia civil del Tribunal Supremo sobre la desproporción exorbitante en las prestaciones de los contratos afirma que el canon de 2017 sin reequilibrio ascendería a 56.162.712,08 euros, la variación del canon de 2014 sería de -1.315.323,13 euros y la retroactividad hasta el 31 de diciembre de 2016 (¿?) serían -4.672.855,36 euros.

Frente a las alegaciones de la concesionaria considera que sí hay propuesta y que la modificación del año 2008 redujo el número de camas pero no contempló la reducción del coste de los servicios.

Rechaza que haya abuso de derecho en la tramitación de sucesivos procedimientos caducados ya que nos hallamos ante un *“procedimiento de especial complejidad”* (en negrita en el original). La actuación de la Administración estaría justificada en el artículo 248 TRLCAP y en las

clausulas 20 y 22 del Pliego, así como en la exposición de motivos de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obra pública.

Rechaza que haya prescrito el derecho de la Administración al amparo del artículo 36 de la Ley reguladora de la Hacienda de la Comunidad de Madrid.

Niega que haya contradicción con la resolución de 8 de agosto de 2014 ya que esta se limita a identificar las modificaciones introducidas por el órgano de contratación para que fuesen debidamente compensadas. En concreto la ODC 44 contemplaba que la instalación de 135 sofás-camas ascendía a un coste de 71.008,65 euros y su instalación 13.491,90 euros.

Insiste que la eliminación de 135 camas supone una reducción de costes y que supone que *“la estructura del hospital varía”*.

Entiende que no es posible convertir las habitaciones en dobles ya que al realizarse la modificación en simples *“era una decisión de carácter permanente”*. Si, hipotéticamente, se convirtiesen en dobles habría que reconocer los mayores costes de la concesionaria.

Cuando la concesionaria afirma que hay mayores costes en otros servicios ha de indicarse que ya fueron reconocidos en los modificados 1 y 2 y además, de existir, deberían formalizarse en otros procedimientos sin que sean posibles compensaciones al margen del órgano de contratación ya que de lo contrario nos encontraríamos ante un *“procedimiento abigarrado e incomprensible”*.

En cuanto a los costes de cada servicio efectúa las siguientes precisiones.

-Limpieza.

Entiende que a mayor número de camas hay mayor nivel de suciedad. Reconoce que la superficie es el principal pero no el único “driver” y, puesto que la concesionaria no ofrece ningún criterio que cuantifique el ahorro, procede ratificar el de la Administración Pública.

-Restauración.

Procede aplicar el criterio de 8,47 euros de dieta por cama sin que exista error alguno ya que recoge una ocupación del 85%. El “driver” utilizado representa el coste principal del servicio en tanto que los demás *“son poco representativos”*.

-Residuos.

En este expediente no caben compensaciones con otras unidades que deberán analizarse en otros procedimientos sin que además exista incremento en la presión asistencial. El “driver” utilizado (kg/cama) es el coste representativo y se ha utilizado el mismo criterio que la oferta de la concesionaria que contempla una producción de 4 kg/cama.

-Mantenimiento.

En este apartado insiste en que no caben compensaciones con otras unidades.

-Lavandería.

No hay error en la propuesta ya que el precio de la concesionaria recoge una ocupación del 85%. La estimación de 3,7 kg/cama y día es clara y detallada, basada en informes mensuales presentados por la concesionaria.

-Archivo.

No hay incremento de la presión asistencial. Puesto que es cierto que en el Archivo ejercen más presión otras áreas, la propuesta lo ha recogido ponderando la hospitalización en un 13,02% y otras áreas un 86,98%.

La relación hospitalización/archivo aparece en la propia oferta de la concesionaria y parece evidente que si se suprimen 135 camas se generarán menos historias clínicas.

-Transportes internos y gestión auxiliar (TIGA).

La cuantificación de la Administración se ha basado en la oferta de la concesionaria, luego la reducción alcanzaría a 22,7 trabajadores (8,2 UCI, 1,5 trasplantados, 9,8 neonatología-hospitalización, 2,3 10 unidades médicas-7 quirúrgicas, 1 rasurado).

Hay también trabajadores compartidos entre hospitalización y otras áreas que ascienden a 23,9 por lo que proporcionalmente se asignan a hospitalización 4,5.

-Personal Administrativo.

Considera que el personal directamente relacionado con la hospitalización asciende a 12 trabajadores.

Adicionalmente otros servicios como gestión (28,1 trabajadores), atención al usuario (14,2) y apoyo administrativo (15,6) prestan servicio a todas las áreas, por lo que proporcionalmente se imputan a hospitalización 6,6.

Por otra parte, las alegaciones consideran que, si la concesionaria basó su MEF en un número de camas, al reducirse estas, se han reducido los costes.

Si un parámetro tiene un valor constante en el MEF no implica que no se deba realizar el reequilibrio si se altera.

En cuanto a lo alegado por la concesionaria respecto del préstamo para la financiación de la concesión considera que en otros ejercicios ha estado el RCASD muy por encima del 1,05. En el supuesto improbable que no se alcanzase un ejercicio la ratio de 1,05 *“no creemos que diera lugar a una resolución anticipada del préstamo bancario por parte de las entidades financieras como ocurrió en el año 2010”*.

A continuación expone diversas magnitudes de la contabilidad de la concesionaria tales como los beneficios medios anuales de 4,765 millones de euros y la disposición a 31-12-2015 de 14,139 millones de euros de tesorería de libre disposición y 10,866 millones de tesorería, de los cuales 6,693 millones de euros de dotación de la reserva para el servicio de la deuda y 4,173 millones para la dotación de la reserva para grandes reparaciones.

Destaca que en la Cuenta Anual de 2015 se recoge que un eventual cambio de tipo de IVA tendría un impacto de 23 millones de euros que no pondría en peligro la concesión, criterio avalado por su Auditora externa.

Añade que en 2016 llegó a un acuerdo con la AEAT de liquidación por 16,415 millones y 2,748 millones de intereses de demora con contabilización por la concesionaria de una provisión y menores ingresos de explotación por importe de 19,163 millones. A pesar de ello la concesionaria indica que el RCASD a 31-12-2016 es superior a 1,05.

Recoge igualmente una serie de datos económicos de la contabilidad de los que extrae la consecuencia de la falta de impacto del reequilibrio rechazando el cálculo del RCASD que para el ejercicio 2017 realiza la concesionaria desconociendo si ha tenido en cuenta la sentencia del

Tribunal Superior de Justicia relativa a las camareras de planta que supondrá a la concesionaria unos ingresos de 7 millones de euros.

Por todo ello considera que procede rechazar las alegaciones de la concesionaria.

15. Con fecha 23 de junio de 2017 y suspendiendo el plazo para resolver se solicita informe a la Dirección General de Economía y Política Financiera que emite su informe con fecha 20 de julio de 2017 en el que afirma haber analizado el MEF de reequilibrio del contrato de concesión y comprobado que *“los datos económicos que figuran en el expediente remitido han sido correctamente introducidos en el mismo”*.

Se ha conseguido que la TIR del accionista permanezca inalterada (11,33%) por lo que informa favorablemente el reequilibrio.

16. El 25 de julio se solicita, con suspensión del plazo para resolver, informe al Servicio Jurídico en la Consejería de Sanidad.

Dicho informe se emite el 28 de julio remitiéndose al emitido por dicho Servicio el 10 de agosto de 2016.

Considera que todo reequilibrio debe hacerse respetando lo recogido en la normativa aplicable y en los pliegos de la concesión.

Entiende que *“parece lógico”* que el cambio de habitaciones dobles a simples adquiere una trascendencia en los costes económicos de los servicios asociados si bien el alcance y cuantificación es una cuestión que trasciende lo jurídico siendo en puridad una materia puramente económica por lo que se remite al informe de la Dirección General de Economía y Política Financiera de 27 de diciembre de 2016.

Por ello considera que la propuesta merece su parecer favorable en los términos consignados en el informe.

17. El 3 de agosto el director general de gestión económico-financiera y de infraestructuras sanitarias formula una propuesta de resolución en la que considera que como consecuencia de determinadas solicitudes por parte de la Administración se realizaron por la concesionaria diversas modificaciones en el contrato de concesión que dieron lugar al modificado nº 1 que fue objeto de convalidación.

Entre esas actuaciones se encontraba la ODC 44 por la que se cambiaron 135 habitaciones de hospitalización de dobles a simples. A raíz de ello hubo una serie de modificaciones en los servicios de mantenimiento asociados, un incremento por la inversión en sofás y una disminución por el mobiliario retirado pero en el modificado nº 1 solo se tuvo en cuenta el primer aspecto.

El 7 de noviembre de 2011 la Intervención Delegada ante el Consejo de Gobierno solicitó información respecto a por qué no se había modificado el plan económico de la concesión al haberse eliminado 135 camas, respondiendo el 11 de enero de 2012 la Dirección General de Gestión Económica y Compras de Productos Sanitarios y Farmacéuticos que en los servicios de restauración y esterilización se realiza el ajuste por volumen teniendo en cuenta el número de camas y de intervenciones y en cuanto al resto de servicios se tramitará en un expediente junto con el resto de los servicios que se pudieran haber incrementado al realizar las actuaciones a que se refería el expediente de tal forma que en la memoria económica del reequilibrio se recogía que las variaciones en el coste de los servicios se recogerían en un futuro modificado, siendo ese *“futuro modificado”* el presente expediente.

Por ello no hay contradicción con las actuaciones anteriores existiendo un desequilibrio económico que debe ser corregido sobre la base de los menores costes que supone para la concesionaria la reducción de 135 camas.

Ello implica una reducción del canon anual a percibir por la concesionaria de -1.315.323,13 euros a partir del año 2017 y un importe de retroactividad de -5.998.178,49 euros por los últimos cuatro ejercicios no prescritos. En total (incluido el periodo al que se aplica la retroactividad) el reequilibrio supondrá una disminución del canon concesional de -29.065.793,08 euros, IVA incluido.

18- Con esa misma fecha se suspende el plazo para resolver al solicitarse el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid.

A la vista de los hechos anteriores cabe hacer las siguientes,

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La petición de dictamen se ha de entender realizada al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.3.f) d. de la Ley 7/2015, a cuyo tenor la Comisión Jurídica Asesora deber ser consultada en los expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid en los supuestos de *“Aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos y modificaciones de los mismos en los supuestos establecidos por la legislación de contratos del sector público”*.

Al formularse oposición a la modificación de la concesión por parte de la concesionaria, resulta preceptivo el dictamen de este Consejo.

SEGUNDA.- Con carácter previo a cualquier otra consideración procede determinar si nos hallamos ante una modificación contractual.

La propuesta de la Administración consiste en una modificación contractual (modificado nº 3) por la que se realiza un reequilibrio económico financiero de la concesión como consecuencia del cambio de habitaciones dobles a simples realizado como consecuencia de la ODC 44 y que fue integrado en un modificado nº 1 que no fue formalmente tramitado ni aprobado como tal sino objeto de convalidación por Acuerdo del Consejo de la Comunidad de Madrid.

El citado reequilibrio se basa en que, puesto que la concesionaria factura una serie de servicios complementarios, la reducción del número de habitaciones supone una disminución de los costes de la concesionaria que ha de ser objeto de reequilibrio puesto que esos costes son abonados por la Administración concedente (artículo 225 TRLCAP).

La cuestión que se plantea en la presente petición de dictamen resulta extraordinariamente compleja puesto que, en el marco de una concesión de obra pública, se mezclan cuestiones como el reequilibrio económico financiero de la concesión, la potestad de modificación de los contratos, el ejercicio incorrecto de la misma y la convalidación del gasto como mecanismo de la normativa presupuestaria para evitar enriquecimientos injustos de la Administración como consecuencia de modificaciones fácticas del contrato.

En primer lugar, debemos destacar que la posibilidad de reequilibrar económicamente un contrato se admite como consecuencia de la cláusula *rebus sic stantibus*, de tal forma que en los casos en los que se alteren extraordinariamente las circunstancias respecto de las existentes al contratar cabe el reequilibrio del contrato considerando que en la mecánica contractual debe existir un cierto equilibrio entre las prestaciones de las partes.

Esta cláusula se solía aplicar con un carácter restrictivo de tal forma que se exigía que existiese una alteración sobrevenida,

extraordinaria, imprevisible e inimputable de las circunstancias que provocase una desproporción exorbitante entre las partes, siendo en todo caso de aplicación subsidiaria.

En el ámbito de la contratación pública esta cláusula se ha aplicado igualmente de una forma restrictiva si bien se admitió su juego específicamente en las concesiones desde el famoso *Arrêt* del Consejo de Estado francés Compañía General Francesa de Tranvías de 1910.

En nuestro ordenamiento jurídico se recogió expresamente al regular de una manera completa la concesión de obra mediante la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas. Su exposición de motivos destaca que el principio de equilibrio económico financiero de la concesión se solía recoger en los pliegos de cláusulas de una manera únicamente favorable al concesionario. Por el contrario, la nueva Ley afirma que:

“Para que la concesión conserve su naturaleza, el equilibrio económico contractual deberá recomponer –cuando se altera por las causas tasadas que la ley establece– el marco definido y pactado entre la Administración y el contratista, referencia obligada para determinar los riesgos y beneficios del concesionario. El equilibrio deberá restablecerse, tanto si se ha roto en perjuicio como a favor del concesionario, produciendo unos efectos más allá de lo que se considera deseable o tolerable para la credibilidad de la institución y para el interés público, sin que por ello se elimine el interés del concesionario”.

De esta forma la citada Ley introducía en el artículo 248 TRLCAP los supuestos en los que procedía el reequilibrio:

“1. El contrato de concesión de obras públicas deberá mantener su equilibrio económico en los términos que fueron considerados para su

adjudicación, teniendo en cuenta el interés general y el interés del concesionario, de conformidad con lo dispuesto en el apartado siguiente.

2. La Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:

a) Cuando la Administración modifique, por razones de interés público, las condiciones de explotación de la obra.

b) Cuando causas de fuerza mayor o actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión. A estos efectos, se entenderá por causa de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 144 de esta ley.

c) Cuando se produzcan los supuestos que se establezcan en el propio contrato para su revisión, de acuerdo con lo previsto en los artículos 230.1.e) y 233.1.d) de esta ley.

3. En los supuestos previstos en el apartado anterior, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan. Estas medidas podrán consistir en la modificación de las tarifas establecidas por la utilización de la obra, la ampliación o reducción del plazo concesional, dentro de los límites fijados en el artículo 263, y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. En el supuesto de fuerza mayor previsto en el apartado 2.b), la Administración concedente asegurará los rendimientos mínimos acordados en el contrato siempre que aquella no impidiera por completo la realización de las obras o la continuidad de su explotación”.

A su vez el artículo 250.2 TRLCAP establece que toda modificación que afecte el equilibrio económico de la concesión se registrará por lo dispuesto en el artículo 248.

Conviene recordar que el contrato de concesión de obra pública es aquel en el que el concesionario ejecuta la obra pública a cambio del derecho a la explotación de la misma, de tal forma que la retribución del concesionario no es el valor de la obra ejecutada sino el derecho a explotarla asumiendo así los riesgos de dicha explotación, tanto en cuanto a la gestión como a la frecuencia de uso. Como recoge el artículo 220.1 TRLCAP:

“Se entiende por contrato de concesión de obras públicas aquél en cuya virtud la Administración pública o entidad de derecho público concedente otorga a un concesionario, durante un plazo, la construcción y explotación, o solamente la explotación, de obras relacionadas en el artículo 120 o, en general, de aquellas que siendo susceptibles de explotación, sean necesarias para la prestación de servicios públicos de naturaleza económica o para el desarrollo de actividades o servicios económicos de interés general, reconociendo al concesionario el derecho a percibir una retribución consistente en la explotación de la propia obra, en dicho derecho acompañado del de percibir un precio o en cualquier otra modalidad establecida en este título”.

Como afirma el Consejo de Estado en su Dictamen 407/2012, de 26 de abril de 2012:

“En efecto, mantenimiento del equilibrio económico y asunción de riesgo por parte del concesionario son dos conceptos que se limitan uno al otro. Un entendimiento desmesurado del primero puede casi hacer desaparecer al segundo y viceversa. Por ello, el deslinde entre ambos constituye una labor delicada, con frecuencia polémica. Es de

notar que en la práctica la polémica se produce solamente cuando el desequilibrio -real o alegado- perjudica al contratista, que pide ser compensado. En cambio, cuando le beneficia, aunque en pura teoría pudiese también ser aplicado el mantenimiento del equilibrio económico, no suele plantearse por la Administración.

El mantenimiento del equilibrio económico se verifica mediante la modificación del contrato de concesión por parte de la Administración, para restablecerlo, como con claridad se infiere del apartado 3 del artículo 248 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Pertenece a la prerrogativa de modificar los contratos por razones de interés público que se prevé en el artículo 59.1 de esa misma Ley.

Esto significa que el concesionario no puede dictar los términos del reequilibrio económico, ni modificar a su gusto el plan económico financiero, que una vez adjudicado el contrato se integra en este. Ha de ser la Administración, en ejercicio de su ius variandi, la que decida si ha lugar o no a tal reequilibrio, su exacta extensión y su repercusión en el plan económico financiero”.

En el caso que nos ocupa, la Comunidad de Madrid hace uso de tal *ius variandi* para realizar el reajuste financiero de la retribución concesional a la situación derivada de la transformación de las habitaciones de hospitalización previstas en el contrato concesional como dobles a simples por una decisión de la Administración.

Ahora bien, ha de analizarse si realmente estamos ante una verdadera modificación contractual puesto que existen diversas particularidades que traen causas de un ejercicio manifiestamente incorrecto de las prerrogativas administrativas.

En este caso, en el marco de la normativa legal recogida en el TRLCAP, la cláusula 10 del pliego de cláusulas administrativas

establecía el derecho de la Administración concedente a modificar el contrato por razones de interés público debidamente justificadas y la cláusula 14 establecía que las modificaciones del proyecto de obra solo podían realizarse por causas de interés público siempre que fuesen debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente el cual deberá instruirse y aprobarse con carácter previo a la ejecución material de la modificación. A su vez, el plan económico financiero de la concesión debería recoger, mediante los oportunos ajustes, los efectos derivados del incremento o disminución de los costes de construcción y explotación conforme la cláusula 20.

Ha de destacarse que el Anexo VI del pliego recogía expresamente la existencia de dos camas en las habitaciones de hospitalización.

Frente a esos requisitos legales y de los pliegos, la Administración procedió a cambiar las habitaciones de dobles a simples cuando el mobiliario ya estaba instalado. No se dieron los requisitos materiales puesto que no se justificó adecuadamente la existencia de un interés público en la realización de dicho cambio aludiendo tan solo a una decisión de la Presidencia de la Comunidad de Madrid. Tampoco los procedimentales ya que no se tramitó ningún expediente de modificación contractual y por ello no se cumplieron tramites esenciales como la audiencia al concesionario o el informe del Servicio Jurídico y del Consejo Consultivo (artículos 59 TRLCAP y 97 RGLCAP) realizándose la modificación de facto en contra de las previsiones legales y de los pliegos.

Tan solo se tramitó un procedimiento de interpretación contractual que nada tiene que ver con la problemática que se plante en este Dictamen.

Es por ello que se tramitó un expediente de convalidación pero ello no supone una convalidación de la modificación contractual, algo imposible puesto que un modificado sin tramitación alguna incurre en la

nulidad de pleno derecho del entonces vigente artículo 62.1.e) de la LRJ-PAC como reconoce el Informe 18/2013, de 25 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sino de una convalidación del gasto al haberse omitido la fiscalización previa conforme el artículo 29 del Decreto 45/1997, de 20 de marzo, por el que se desarrolla el Régimen de Control Interno y Contable ejercido por la Intervención General de la Comunidad de Madrid.

Ahora bien, esta “convalidación” tan solo subsana la omisión de la fiscalización pero no el resto de irregularidades que puedan existir en el expediente como se deriva del artículo 156 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria cuando establece que el acuerdo favorable del Consejo de Ministros (en los supuestos de omisión de fiscalización) no eximirá de la exigencia de las responsabilidades a que, en su caso, hubiera lugar. En términos similares el artículo 28 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

Es por ello que sentencias como la de 17 de diciembre de 2015 (recurso 201/2015) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid recogieron que, al ser los pliegos la ley del contrato que vincula a ambas partes contractuales, es el número de camas que preveía el plan funcional del Hospital (794) el que la concesionaria tomó en consideración en su oferta para determinar la tarifa unitaria por cama y día que exigía el pliego a todos los licitadores y que constituye la ocupación prevista en la documentación contractual que sirvió de base a la oferta de los licitadores.

Por tanto no puede decirse que exista un modificado *stricto sensu* del contrato sino lo que se ha producido un supuesto de los llamados “modificados emergentes”, “modificados tácitos” o “reformados

anticipados”. En el Dictamen del Consejo de Estado 4350/1997, de 6 de noviembre, se recoge que se caracterizan por:

“(...) haberse introducido modificaciones en la obra sin esperar a su aprobación y contraviniendo el procedimiento legalmente establecido. El Consejo de Estado -en no pocas ocasiones (entre ellas, dictámenes 1.834/95, de 11 de octubre, 454/96, de 8 de febrero, etc.)- ha recordado la necesidad de que se cumplan las disposiciones vigentes en materia de contratación administrativa, pues la búsqueda de una mayor agilidad y eficacia en la gestión del interés público desencadena, a veces, efectos contraproducentes y, desde luego, puede implicar una merma de las garantías jurídicas que deben presidir la actuación administrativa en materia de contratación pública”.

En ese supuesto el Alto órgano consultivo del Gobierno de la Nación rechaza que su dictamen se recabe *“(...) para convalidar”, sin duda, la situación creada y consumada “de facto” con la ejecución material de la modificación*”, por lo que *“(...) en el ejercicio de su función garantista y conforme a los razonamientos que anteceden, no puede aceptar la conveniencia de aprobar la modificación pretendida”.*

En el caso que nos ocupa la *“convalidación”* tuvo por finalidad cumplir el trámite alternativo y excepcional establecido en la normativa presupuestaria para poder realizar el equilibrio de la concesión respecto de aquellos supuestos en los que las modificaciones realizadas generaban mayores compromisos de pago frente a la concesionaria y así lograr la conformidad de la Intervención a tales pagos.

Por el contrario, se dejaron aparte (sin duda porque no casaban con el objeto de la convalidación presupuestaria) aquellos aspectos de los modificados que alteraban el régimen de la concesión en el sentido de disminuir los costes del concesionario. De esa actuación se era

consciente como lo demuestran la solicitud de aclaración de la Intervención delegada ante el Consejo de Gobierno y la respuesta de la Dirección General de Gestión Económica y Compras de Productos Sanitarios y Farmacéuticos.

Se generó así un statu quo en el que la Administración abonó a la concesionaria los mayores costes en los que había incurrido pero no descontaba los ahorros que tales modificaciones suponían en la gestión de la obra pública. En definitiva, se pagaba por servicios que no se prestaban.

La presente “*modificación*” considera que es necesario adecuar el modelo económico financiero de la concesión a la reducción de 135 camas ya realizada sin modificar el contrato.

Ahora bien, la propuesta que se somete a dictamen no modifica ningún contenido contractual sino que simplemente procede a aplicar la reducción de camas a la cantidad a abonar al contratista pero no altera la fórmula de pago, ni el plazo concesional ni ningún otro aspecto del contrato, a diferencia, por ejemplo, del citado Dictamen del Consejo de Estado en el que, tratándose de una concesión portuaria, se modificaban la superficie concesional (amarres), las tarifas a abonar por los servicios y el plazo de la concesión.

Aquí no se modifica ningún elemento del contrato sino que se aplica la “*modificación*” previamente ejecutada de reducción de 135 camas al concreto cálculo de la cantidad a abonar al concesionario pero no se altera el mecanismo de fijación del precio.

De hecho, un presupuesto esencial de las modificaciones contractuales es que haya que alterar el contenido obligatorio del contrato como consecuencia de “*necesidades nuevas o causas imprevistas*”.

En este caso, como se puede comprobar en la tramitación del expediente no se alega por la Administración la existencia de un supuesto habilitante. En realidad lo que se recoge es que se realizó una modificación fáctica del contrato y, a raíz de ello, se pretende ahora el reequilibrio económico financiero como consecuencia de la misma.

Por tanto, en realidad no se trata de modificar el contrato sino de adecuar este a la citada reducción de camas. En este sentido ha de indicarse que el Tribunal Superior de Justicia en diversas sentencias como la de 17 de diciembre de 2015 recurso 201/2015 viene indicando que pese a que en el Hospital solo se instalaron 629 camas en virtud de lo dispuesto en la ODC 44, la Sala viene indicando desde la sentencia de 8 de junio de 2015 que ha de estarse al número de 794 camas previstas en el plan funcional y que constituye la ocupación prevista en la documentación contractual que sirvió de base a los licitadores y ello habida cuenta del carácter de los pliegos como ley del contrato que obliga a las partes contratantes.

Como recoge el Informe 24/13, de 25 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Aragón:

“Para ajustar el reparto de riesgos en las condiciones pactadas, la Administración concedente no puede modificar en ningún caso el objeto del contrato. (...)”

Como se ha anticipado, y recoge el TRLCSP, no es posible una modificación del objeto de la concesión para proceder a su reequilibrio. Y ello en aplicación de la conocida doctrina del TJUE sobre modificación contractual en su Sentencia de 29 de abril de 2004 (Succhi di frutta), donde el Tribunal de Justicia, aborda en profundidad los límites y requisitos de la modificación de un contrato público al analizar la obligación de los poderes adjudicadores de cumplir con los documentos del contrato: (...)”

Por ello, la modificación del contrato no es posible, aun cuando concurren los requisitos habilitantes, cuando no se encuentra entre los pactos del contrato (con la excepción del artículo 107 TRLCSP). Y, en consecuencia, el reequilibrio de la concesión no puede articularse a través de la modificación del objeto de la misma. Cuestión distinta es que una modificación prevista en el pliego pueda—como indica el TRLCSP— dar lugar a un equilibrio financiero del contrato (282.4 a) TRLCSP), pero, insistimos, no es posible a la inversa.

En conclusión, ese reequilibrio económico, en todo caso, podría consistir en una indemnización económica con modificación de tarifas, o cualquier otra medida económica que respete la arquitectura del sistema de retribución pactado. Lo que resulta claro, es que no parece posible una ampliación del plazo ni una prórroga, en cuanto el régimen propio de éstas impide su utilización con este fin, ya que podría dar lugar a «ampliaciones que benefician más allá de lo debido» al concesionario, quebrando las reglas de transparencia y concurrencia, alterando igualmente el valor estimado del contrato».

En realidad, como decimos, en el presente caso no estamos ante una modificación contractual, que no sería posible, sino ante el reequilibrio derivado de la modificación realizada en 2008 sin sujetarse al procedimiento legalmente establecido.

Por ello, al no tratarse de una verdadera modificación contractual no procede la emisión de informe de esta Comisión

En mérito a cuanto antecede, la Comisión Jurídica Asesora, adopta el siguiente

ACUERDO

Procede devolver el expediente sobre la modificación nº 3 del contrato de concesión de obra pública para la redacción del proyecto, construcción y explotación del Hospital Universitario Puerta de Hierro de Majadahonda al no ser preceptivo el informe de esta Comisión.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 5 de octubre de 2017

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Acuerdo nº 8/17

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid