

Dictamen nº: **155/17**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **11.04.17**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 11 de abril 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 27 de marzo de 2017 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid una solicitud de dictamen preceptivo formulada con carácter de urgencia por el viceconsejero de Sanidad por delegación del consejero el día 24 de marzo, 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 120/17, 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 existir un error en el índice respecto de la documentación remitida se solicitó, con fecha 29 de marzo, que, al amparo del artículo 19.2 del ROFCJA, se remitiese esa documentación y, al mismo tiempo, se informase a esta Comisión si había acordado la suspensión del plazo para resolver al solicitar el dictamen de esta Comisión.

La documentación requerida fue remitida el 5 de abril.

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 abril 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.

2.- En 2008 se efectúan diversas modificaciones en el proyecto, modificados nº 1 y nº 2 que no fueron formalmente aprobados por lo que se procedió a su convalidación.

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.

3.- Como consecuencia de la reducción de esas 135 camas, 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 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 nº1 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 de 2016, el viceconsejero de sanidad acuerda iniciar el procedimiento de modificación del contrato

(modificado nº 3) concediendo plazo de audiencia a la concesionaria (documento V. A).

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 (documento V. C).

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 proposición 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 5 de diciembre se remite el expediente a la Intervención delegada de Consejo de Gobierno (documento I. 1) que, por escrito de 7 de diciembre (documento I. 2,) pone de relieve que se trata de un expediente de carácter plurianual al que no se acompaña el documento contable ni los documentos preceptivos. Por ello, habiéndose superado los plazos previstos para la tramitación de expedientes de gastos plurianuales previstos en el artículo 5 de la

Orden de 22 de septiembre de 2016, de la consejera de Economía, Empleo y Hacienda, por la que se regulan las operaciones de fin de ejercicio y cierre contable para 2016, y, en aplicación de lo dispuesto en el apartado 5 de dicho artículo, procede a devolver el expediente.

9.- El 14 de diciembre se solicita informe preceptivo a la Dirección General de Economía y Política Financiera con suspensión del plazo para resolver (documento I. 3). 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% (documento III. F).

10.- El 29 de diciembre de 2016 se remite el expediente a la Intervención delegada de Consejo de Gobierno (documento I. 5).

El 2 de enero de 2017 la interventora delegada jefe devuelve el expediente (documento III. H). Según afirma tuvo entrada en ese centro directivo el 30 de diciembre de 2016 con la finalidad de la fiscalización, a efectos de la aprobación por el Consejo de Gobierno, de un:

“Acuerdo por el que se convalidan las actuaciones administrativas por la realización del modificado nº 3 reducción de servicios asociados a disminución de 135 camas del Hospital Puerta de Hierro Majadahonda por la sociedad concesionaria Hospital Majadahonda S.A., y se procede a aprobar el correspondiente equilibrio económico financiero de la concesión por importe de 28.600.410,99 euros (IVA incluido) que debe deducirse a la sociedad concesionaria a partir del año 2012”.

La devolución se justifica en que, a esa fecha, no es posible la tramitación del expediente con cargo al ejercicio 2016 sin perjuicio de

que la unidad promotora pueda estimar conveniente su tramitación con cargo al ejercicio 2017.

A raíz de ese informe se levanta la suspensión el 3 de enero de 2017 (documento VI. B).

11.- El 10 de enero de 2017 se remite el expediente a la Intervención delegada en la Consejería de Sanidad (documento I. 6) y se suspende el plazo para resolver (documento VI. C).

El 19 de enero el interventor delegado en la Consejería devuelve el expediente al considerar que la propuesta no está incluida en ninguno de los supuestos para convalidación contemplados en 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 (documento III. H).

Se notifica a la concesionaria el levantamiento de la suspensión (documento VI. D).

12.- 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 (documento VI. E).

El 7 de febrero emite informe la letrada jefe del Servicio Jurídico en la Consejería de Sanidad siendo favorable a la modificación planteada (documento III. I).

Se procede a levantar la suspensión el 8 de febrero (documento VI. F).

13.- El 9 de febrero se solicita informe a la Intervención delegada en la Consejería de Sanidad y se suspende el plazo para resolver que se notifica a la concesionaria (documento VI. G).

El 14 de febrero el interventor delegado jefe devuelve el expediente para que se aporte documento contable en fase de propuesta y no contabilizado (documento III. J).

Se levanta la suspensión y se notifica a la concesionaria (documento VI. H).

14.- El 28 de febrero se remite de nuevo el expediente a la Intervención delegada en la Consejería de Sanidad y se suspende el plazo para resolver que se notifica a la concesionaria (documento VI. I).

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”*, sin perjuicio de que se solicite el informe de la Comisión Jurídica Asesora (documento III. K).

15.- Con fecha 27 de marzo de 2016 tuvo entrada en esta Comisión Jurídica Asesora la solicitud de dictamen formulada con carácter de urgencia.

Tal y como se ha expuesto, con fecha 29 de marzo, se solicitó la remisión de determinada documentación reseñada en el índice y que no se localizada en el expediente y se solicitó que se informase a la Comisión si se había acordado la suspensión del plazo para resolver.

El 5 de abril de 2017 tuvo entrada la documentación requerida y un escrito fechado el 31 de marzo por el que se acuerda la suspensión que es notificado a la concesionaria ese mismo día.

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 debe 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*”.

La petición se formula con carácter de urgencia sin motivación alguna. Esta Comisión ya ha indicado (Dictamen 332/16, de 21 de julio), al igual que lo hizo el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, que la urgencia prevista en el artículo 23 del ROFCJA es de carácter objetivo y ha de ser invocada con carácter excepcional, pues la garantía de la legalidad y el acierto de la decisión administrativa a la que contribuye este órgano consultivo precisa de un análisis sosegado y reposado. Ha de destacarse, además, que esa urgencia no se ha aplicado en ningún momento anterior de la tramitación del expediente.

SEGUNDA.- Ha de examinarse en primer lugar el procedimiento a seguir para aprobar este tipo de modificaciones contractuales.

Al tratarse de un contrato de concesión de obra pública adjudicado el 18 de marzo de 2005 se rige por lo dispuesto en el TRLCAP al establecer la disposición transitoria primera, tanto de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público como del actualmente vigente texto refundido de la Ley de Contratos del

Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP).

No obstante, en lo que se refiere a la normativa que ha de regir el procedimiento de modificación contractual ha de aplicarse la vigente en el momento de su iniciación, lo que supone la aplicación del TRLCSP. Además, ante la falta de desarrollo reglamentario en el aspecto objeto de estudio de las disposiciones vigentes en materia de contratación del sector público, debe considerarse lo dispuesto en el artículo 102 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), referido específicamente al “*procedimiento para las modificaciones*”.

Conviene recordar que la disposición final 3^a del TRLCSP establece la aplicación subsidiaria a los procedimientos contemplados en el mismo de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LRJ-PAC) y normas complementarias.

Esta mención ha de entenderse sustituida por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) que entró en vigor el 2 de octubre de 2016 habiéndose iniciado el presente procedimiento el 27 de octubre de ese año. Por ello, el procedimiento se regirá por lo dispuesto en el TRLCSP y, supletoriamente, por la LPAC.

El artículo 211.1 del TRLCSP, dispone en su apartado primero que en los procedimientos de interpretación, modificación y resolución del contrato deberá darse audiencia al contratista, lo cual se ha cumplido en el presente procedimiento, habiendo manifestado la concesionaria su oposición a la modificación planteada.

El apartado 2º de ese precepto establece que, en el ámbito de la Administración General del Estado, se dará audiencia al Servicio Jurídico correspondiente. En este caso la Abogacía General ha emitido informe a través del Servicio Jurídico en la Consejería de Sanidad.

Se ha dado traslado para informe a la Dirección General de Economía y Política Financiera que ha mostrado su opinión favorable a la modificación.

Igualmente se ha solicitado el informe de la Intervención General de la Comunidad de Madrid que ha devuelto el expediente por no ser preceptivo su informe.

Esta Comisión ha de emitir dictamen en los procedimientos de modificación en los supuestos del artículo 211. 3 del TRLCSP, en concreto, el apartado b): “*Modificaciones del contrato, cuando su cuantía, aislada o conjuntamente, sea superior a un 10 por ciento del precio primitivo del contrato, cuando éste sea igual o superior a 6.000.000 de euros*”.

A su vez, el artículo 249.2 del TRLCSP establece que el ejercicio de las prerrogativas de la Administración en los contratos de concesión de obra pública se ajustará a lo dispuesto en esa Ley y legislación específica de aplicación, añadiendo:

“*En particular, será preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de interpretación, modificación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del concesionario, en las modificaciones acordadas en la fase de ejecución de las obras que se encuentren en el caso previsto en el artículo 211.3.b) y en aquellos supuestos previstos en la legislación específica*”.

TERCERA.- Ha de hacerse una especial referencia al plazo para resolver.

Tradicionalmente, se entendía que en los procedimientos de contratación iniciados de oficio no era de aplicación el mecanismo de la caducidad previsto en la legislación de procedimiento administrativo.

Ello no obstante, el Tribunal Supremo en sentencias de 13 de marzo de 2008 (recurso 1366/2005), 9 de septiembre de 2009 (recurso de casación para la unificación de doctrina 327/2008) y la de 28 de junio de 2011 (recurso 3003/2009) declaró la aplicación supletoria de la LRJ-PAC de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional séptima del TRLCAP entonces vigente, de forma que, si el procedimiento no se resuelve en el plazo legalmente establecido habiéndose iniciado de oficio, se entiende caducado.

Para la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2012 (recurso 6034/2009) las prerrogativas de la Administración en la contratación pública (interpretar, resolver, modificar) dan lugar a procedimientos cuyas resoluciones ponen fin a la vía administrativa y son inmediatamente ejecutables por lo que se trata de procedimientos autónomos y no meros incidentes de ejecución del contrato, de tal forma que, al tener sustantividad propia e iniciarse de oficio, les resultaba de aplicación el artículo 44 de la LRJ-PAC, sustancialmente idéntico al actual artículo 25 de la LPAC.

De hecho, el Tribunal Supremo en sentencias de 28 de enero de 2014 (recurso 2150/2012) y 10 de marzo de 2016 (recurso 317/2015) ha aplicado la caducidad a los proyectos de obra de contratos administrativos.

La nueva LPAC no establece ninguna regla específica sobre la aplicación de la caducidad en los procedimientos de contratación (pese a lo que plantearon diversos informes evacuados en el procedimiento de elaboración del proyecto de ley) de tal forma que es de aplicación lo dispuesto en el artículo 21.3 de la LPAC que establece que cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo para resolver, éste será de tres meses y se contará, en los procedimientos acordados de oficio, desde el acuerdo de iniciación.

El transcurso de dicho plazo sin resolver supondrá, conforme el artículo 25 de la LPAC, diferentes efectos según se trate de procedimientos con efectos favorables o desfavorables para los interesados. En este segundo caso, el artículo 25.1.b) de la LPAC establece que:

“En los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad. En estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el artículo 95”.

En el caso que nos ocupa nos hallamos ante una modificación contractual que pretende una rebaja del canon concesional por importe de 28.600.410,99 euros, de tal forma que es un acto claramente desfavorable para el contratista y por esa razón se opone rotundamente a la misma en el trámite de audiencia que le fue concedido.

Es cierto que, con la finalidad de atemperar la caducidad de los procedimientos, el artículo 22 de la LPAC permite suspender el plazo para resolver, en diversos supuestos, entre ellos, apartado 1.d):

“...Cuando se soliciten informes preceptivos a un órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses. En caso de no recibirse el informe en el plazo indicado, proseguirá el procedimiento”.

En este caso, como ya se ha expuesto, el procedimiento se inició mediante Acuerdo de 27 de octubre de 2016.

Se hizo uso de la suspensión para solicitar informe a la Dirección General de Economía y Política Financiera de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda exigible conforme el artículo 22.5.f) del Decreto 193/2015, de 4 de agosto, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda. La citada suspensión se prolongó desde el 22 de diciembre de 2016 al 27 de ese mes.

Igualmente se acordó la suspensión al solicitar el informe de la Abogacía General de la Comunidad de Madrid, estando suspendido desde el 27 de enero de 2017 al 8 de febrero.

No procede considerar suspendido el plazo para resolver en las distintas ocasiones en las que se remitió el expediente a la Intervención General de la Comunidad de Madrid.

En primer lugar, en algunas ocasiones, no se solicitó el informe de dicho centro fiscalizador en el procedimiento de modificación sino que, en realidad, lo que se pretendía era convalidar la ausencia de procedimiento. De ahí que la Intervención devolviese el expediente al no concurrir ninguna de las circunstancias del 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.

Al rechazar la Intervención la posibilidad de convalidación entonces sí se retomó el procedimiento de modificación solicitando el informe a la Abogacía General de la Comunidad de Madrid, plazo en el que estuvo suspendido el procedimiento.

Se volvió a remitir a la Intervención General que devolvió el expediente afirmando la interventora general que el informe de dicho centro fiscalizador no era preceptivo sino que este tipo de modificado está sujeto a control financiero permanente, razón por la que “*se devuelve el expediente, sin entrar al fondo del asunto, para que continúe la tramitación del mismo con la solicitud de informe a la Comisión Jurídica Asesora*” (documento III. K).

De esta forma es la propia Intervención General la que rechaza que deba emitir informe, lo cual conlleva, lógicamente, que no sea aplicable el artículo 22.1.d) de la LPAC que exige, para que se pueda suspender el plazo para resolver, la solicitud de “*informes preceptivos*”.

Como toda excepción a una regla general, máxime cuando tal regla trata de proteger a los administrados de actos desfavorables, la posibilidad de suspender el plazo para resolver ha de interpretarse de forma restrictiva.

Así pues, el procedimiento solo habría estado suspendido durante los días en los que se solicitaron los informes preceptivos de la Dirección General de Economía y Política Financiera y de la Abogacía General de la Comunidad de Madrid. Es decir, un total de 19 días.

Iniciado el procedimiento el 27 de octubre de 2016, el plazo legal de tres meses expiraría el 27 de enero. Si se prolonga los 19 días en

los que estuvo suspendido, ello supone que el procedimiento caducó el 15 de febrero de 2017.

En mérito a lo expuesto la Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

CONCLUSIÓN

El procedimiento de aprobación del modificado 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 está caducado.

Madrid, a 11 de abril de 2017

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 155/17

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid