

Dictamen nº: **445/12**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **18.07.12**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 18 de julio de 2012, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Sanidad al amparo del artículo 13.1, de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, en relación con expediente sobre interpretación en la ejecución del contrato de concesión de obra pública para la construcción y explotación del Hospital del Norte-Hospital Universitario Infanta Sofía relativo a la propuesta de ajuste por variación del volumen en el servicio integral de esterilización del citado hospital durante los años 2009 y 2010.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 15 de junio de 2012 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo del consejero de Sanidad, en relación al expediente de interpretación en la ejecución del contrato para la construcción y explotación del Hospital del Norte celebrado con la entidad B, en adelante, la sociedad concesionaria. Ha correspondido su ponencia a la Sección IV, presidida por la Excma. Sra. Dña. Cristina Alberdi Alonso, quien firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 18 de julio de 2012.

El escrito solicitando el dictamen fue acompañado de la documentación que, numerada y foliada, se consideró suficiente.

SEGUNDO.- Por Orden del consejero de Sanidad y Consumo de fecha 3 de febrero de 2005 fueron aprobados el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) y el Pliego de Prescripciones Técnicas para la Explotación de la Obra Pública (en adelante, PPTE), que regulan la ejecución del “*Contrato de concesión de obra pública para la construcción y explotación del Hospital de San Sebastián de los Reyes*”, para su adjudicación por procedimiento abierto, mediante concurso.

La adjudicación del contrato de concesión de obra pública para construcción y explotación del Hospital de San Sebastián de los Reyes se acordó mediante Orden del consejero de Sanidad y Consumo de fecha 10 de junio de 2005.

El día 11 de julio de 2005, el consejero de Sanidad y Consumo de la Comunidad de Madrid y la entidad adjudicataria firmaron el contrato denominado “*concesión de obra pública para la construcción y explotación del Hospital de San Sebastián de los Reyes*”.

En el expediente remitido consta la copia del contrato suscrito, el PCAP y el PPTE.

En el anexo V del PCAP se regula el sistema de determinación de la retribución y pago de la sociedad concesionaria que está integrada por las cantidades a pagar por la Administración en contraprestación a la explotación de la obra pública y los rendimientos procedentes de la explotación de la zona comercial. Para la determinación de las cantidades a pagar por la Administración en este concepto el PCAP dispone:

«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 2005, 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 período de 24 horas al día durante todos los días del año».

El anexo VII PCAP enumera los servicios de explotación de la obra pública entre los que figura, en el punto 8, el servicio integral de esterilización.

La CMA está compuesta de una Cantidad Fija Anual (CFA) y una Cantidad Variable Anual (CVA), esta última definida como *“la cuantía máxima ofertada por la sociedad concesionaria, en valor 2005, 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”*.

En relación con el servicio integral de esterilización, el PCAP establece en el anexo V (folio 130) que *“la sociedad concesionaria deberá ofertar para el servicio integral de esterilización, una tarifa unitaria por intervención (valor 2005, IVA incluido), basada en un número medio de 13.448 intervenciones quirúrgicas al año”*.

Sobre el procedimiento de ajuste por variaciones de volumen y revisión de tarifas del servicio de esterilización integral, el apartado 3 del Anexo V

del PCAP (folios 139 y 140) establece, en relación con el servicio de esterilización, lo siguiente:

“3. Ajustes por variaciones de volumen y revisión de tarifas.

a) Ajustes por variaciones significativas en el volumen de prestación del Servicio de Gestión de Restauración y del Servicio Integral de Esterilización.

A partir de enero de 2008, la Cantidad Variable Anual integrante del pago, definida en el apartado a) del presente Anexo podrá ser objeto de ajuste cuando se constaten variaciones significativas en el volumen de utilización en el Servicio de Gestión de Restauración y en el Servicio Integral de Esterilización.

(...)

Servicio Integral de Esterilización:

Se consideran significativas las variaciones de volumen que sean, en un año natural completo, superiores ± 5 puntos porcentuales y hasta ± 15 puntos porcentuales en el número estimado de intervenciones quirúrgicas, fijado en 13.448 anual (es decir, intervenciones quirúrgicas anuales, superiores a 14.120 y hasta 15.465 o inferiores a 12.776 y hasta 11.431, darán lugar a ajustes por variación de volumen en el servicio señalado).

Variaciones de volumen inferiores a ± 5 porcentuales del número estimado de intervenciones, fijado en 13.448 anual, no serán tenidas en consideración a efectos de aplicar ajustes por variación de volumen (es decir, intervenciones quirúrgicas anuales reales iguales o inferiores a 14.120 o hasta 12.776, no darán lugar a la aplicación de ajustes por variación de volumen).

Para realizar los ajustes por variación de volumen, se efectuará una liquidación anual, relativa al ejercicio natural vencido, en el mes de febrero inmediatamente posterior del año de que se trate, en el que se procederá a comparar (...) el número efectivo de intervenciones quirúrgicas, con el número previsto establecido en 13.448 intervenciones anuales (Servicio Integral de Esterilización).

(...)

b) Revisión de tarifas por volumen (folio 141).

A partir de enero de 2008, cuando en un año natural completo, se produzcan variaciones sustanciales de volumen, definidas como variaciones superiores en un ± 15 puntos porcentuales (...) en el número estimado de intervenciones quirúrgicas fijado en 13.448 (Servicio Integral de Esterilización), cualquiera de las partes podrá solicitar la revisión de las tarifas ofertadas en relación con los servicios sujetos a ajustes por variación de volumen (... precio unitario cotizado por intervención quirúrgica, para el Servicio Integral de Esterilización).

Dichos nuevos precios (...) por intervenciones quirúrgicas (Servicio Integral de Esterilización) deberán ser aprobadas por la Administración”.

La regulación del servicio integral de esterilización se encuentra en el PPTE y, en concreto, en el apartado 8 del anexo III, donde se define su objeto, alcance y ámbito de aplicación, obligaciones generales, especificaciones técnicas del servicio y dos anexos.

El servicio integral de esterilización, según el PPTE, tiene por objeto satisfacer las necesidades de esterilización del hospital. El contratista se

compromete a “*ofrecer el servicio integral de esterilización de los productos sanitarios reutilizables, aportando el material necesario para esterilizar el material acorde a las previsiones de actividad establecidas en el anexo I, prestado durante los 365 días del año, en horarios que se establezcan, pero como mínimo desde las 8 a las 22 horas*”.

Según el apartado 8.4 del PPTE, relativo a las especificaciones técnicas del servicio, “*el funcionamiento del servicio de esterilización de instrumental y textil es fundamental para poder llevar a cabo la actividad quirúrgica*”.

El anexo I denominado “*Previsión de Actividad*” recoge como número total de intervenciones quirúrgicas previstas en el Hospital: 8.731 y una relación de los servicios del Hospital.

Finalmente, como instrucción para la formulación de la oferta económica se establece en el PPTE:

“*La sociedad concesionaria indicará en el Anexo I del presente pliego “Previsión de Actividad”, el número de intervenciones previstas por cada uno de los servicios médicos que figuran en el citado anexo. Deberá asimismo reflejarse el precio unitario para cada intervención, como información complementaria de la oferta económica (Sobre C “Contenido y formato de oferta/propuesta económica a presentar por los licitadores”)*».

TERCERO.- Por la Dirección General de Gestión Económica y de Compras de Productos Sanitarios y Farmacéuticos se acordó la creación de un Comité de Expertos para elaborar unas bases técnicas adecuadas para llevar a cabo el ajuste del Servicio Integral de Esterilización, emite Informe Técnico sobre las Variaciones de Volumen del Servicio de Esterilización. En concreto, al Comité de Expertos se le atribuía la función de analizar la documentación relativa a los contratos de infraestructuras

hospitalarios licitados en el marco del Plan de Infraestructuras Sanitarias 2004-2007 y, en particular, aquellos aspectos relativos al Servicio de Esterilización; estudiar el desarrollo durante los últimos años de las intervenciones quirúrgicas en los Hospitales tanto de la Comunidad de Madrid como de nuestro entorno, y valorar cómo ha afectado a dicho concepto la evolución de la ciencia y de la técnica, y sus repercusiones, tanto económicas como de gestión, sobre los servicios de esterilización realizados en las infraestructuras hospitalarias; proponer unos criterios interpretativos para llevar a cabo el proceso de ajuste del Servicio de Esterilización previsto en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos de concesión de infraestructuras hospitalarias licitados en el marco del Plan de Infraestructuras Sanitarias 2004-2007 e informar sobre cualquier cuestión que le sea requerida en relación con la materia objeto de análisis.

Con fecha 16 de junio de 2011, el citado comité de expertos elabora un *“Informe Técnico sobre las Variaciones de Volumen del Servicio de Esterilización”*. En el citado informe dice:

«1. El número que se establece en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) como referencia para el ajuste de variaciones de volumen y revisión de tarifas para el servicio integral de esterilización es el nº anual de intervenciones quirúrgicas.

2. El número anual de intervenciones quirúrgicas fijado en el PCAP coincide con el establecido en el Estudio de Viabilidad, que forma parte de la documentación contractual, y que establece la actividad prevista del Hospital para las distintas líneas asistenciales, permitiendo a partir de esta previsión la realización de una proyección de actividad de los servicios complementarios no sanitarios. En el mencionado documento se establece el número de

intervenciones quirúrgicas, desglosadas según tipo de cirugía (cirugía con/sin ingreso y cirugía programada/urgente).

3. La Sociedad Concesionaria en su oferta desglosa el número total de intervenciones quirúrgicas establecido en el Estudio de Viabilidad y en el PCAP, según el anexo I del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPTE) correspondiente al servicio integral de esterilización.

Dicho anexo, a partir del número total de intervenciones quirúrgicas previstas en el Hospital (coincidente con el número fijado en el Estudio de Viabilidad y en el PCAP) muestra una relación de servicios y ámbitos asistenciales, algunos eminentemente quirúrgicos (Angiología y Cirugía Vascular, Cirugía General, Dermatología, Obstetricia y Ginecología, Oftalmología, ORL, Traumatología y Cirugía Ortopédica y Urología) y otros no (UCI, Diálisis, Urgencias, Gabinete de exploraciones) cuya unidad de servicio en ningún caso puede computar como intervención quirúrgica.

4. Para la monitorización de la actividad realizada por el Hospital, el Servicio Madrileño de Salud cuenta con el Sistema de Información de Asistencia Especializada (SIAE), que configura la estadística oficial de los centros de atención especializada para el seguimiento del Contrato de Gestión.

- Con respecto al cómputo de las intervenciones quirúrgicas realizadas, el SIAE define como Intervención Quirúrgica todo “acto quirúrgico realizado en quirófano” debiéndose cumplir ambas condiciones. Dicha actividad queda recogida en el apartado “Actividad Quirúrgica” del SIAE desglosada por servicio y por

tipo de cirugía (programada/urgente y con hospitalización/ambulatoria).

5. El número de partos se encuentran recogidos dentro del apartado SIAE de “Partos” donde se desglosan partos vaginales y cesáreas. Consideramos que se lleven a cabo en el área quirúrgica o en bloques obstétricos específicos, reúnen criterios y requerimientos técnicos para poder ser considerados intervenciones.

Si bien las cesáreas pueden ser catalogadas a todos los efectos como intervención quirúrgica, el resto de partos vía vaginal, entendemos que su peso no puede ser el mismo que el de una intervención estándar, dado que las necesidades de esterilización se estiman en un 25% del promedio de las intervenciones quirúrgicas del Hospital, como se refleja en la tabla siguiente.

CAJAS DE ESTERILIZACIÓN POR ESPECIALIDAD QUIRÚRGICA.

<i>MEDIA DE PIEZAS/CAJA</i>	
<i>TRAUMATOLOGÍA</i>	42,79.
<i>O.R.L.</i>	29,39.
<i>UROLOGÍA</i>	34,53.
<i>OFTALMOLOGÍA</i>	13,33.
<i>GINECOLOGÍA</i>	37,33.
<i>GINE LAPAROSCÓPICA</i>	16,00.
<i>CIRUGÍA GENERAL</i>	37,69.
<i>TOTAL</i>	30,30.
<i>PARTO VAGINAL</i>	7,00.

No obstante considerando que la actividad se desarrolla dentro del ámbito de la urgencia y valorando la necesidad de establecer entre

otras cuestiones, un stock de seguridad así como la adecuada gestión del mismo, valoramos como propuesta técnicamente ajustada a los requerimientos reales una ponderación de 35% con respecto a la intervención quirúrgica.

6. Aunque la definición SIAE de intervención quirúrgica es muy clara (acto realizado en quirófano) cada vez más la innovación en técnicas de abordaje y de tratamientos menos invasivos favorece no solo el incremento de la cirugía sin ingreso del paciente, sino también una mayor tendencia a realizar los actos menos complejos fuera de quirófano, lo que redunda en una mayor agilidad calidad y eficiencia de los procesos asistenciales.

En este sentido los actos realizados fuera de quirófano son también registrados en SIAE quedando recogida esta actividad en el ítem “Procedimientos Quirúrgicos fuera de Quirófano”, dentro del apartado de actividad de “Consultas Externas”, desglosado según las especialidades quirúrgicas, fundamentalmente cirugía general, urología, ginecología y dermatología.

Una vez determinada la posibilidad de tener un registro de referencia para estos actos realizados fuera de quirófano, al igual que en el caso de los partos, entendemos que su peso no puede ser el mismo que el de una intervención realizada en quirófano desde un punto de vista de necesidades de gestión y de las propias necesidades de material sanitario.

Tras el análisis pormenorizado de las cajas y los paquetes utilizados en estos procedimientos así como el número de unidades de esterilización que precisan cada una de ellos (ver tabla adjunta) se valora como propuesta técnicamente ajustada a los requerimientos

reales, una ponderación del 20% con respecto a la intervención quirúrgica.

PROCEDIMIENTOS QUIRÚRGICOS FUERA DE QUIRÓFANO.

	MEDIA PIEZAS NECESARIAS
<i>UROLOGÍA</i>	4
<i>GINECOLOGÍA</i>	4,3
<i>DERMATOLOGÍA</i>	6
<i>CIRUGÍA GENERAL</i>	8
<i>PROMEDIO TOTAL</i>	5,6

7. Por último aunque la unidad de esterilización registra la actividad realizada, tanto del material esterilizado agrupado en cajas como de material suelto, debido a que algunas intervenciones quirúrgicas requieren de más de una caja de instrumental o a que el material suelto es usado de forma variable, no es posible utilizar estos registros para definir el volumen de la actividad en los términos que apuntan los pliegos (intervenciones quirúrgicas).

Por otro lado, no existe un registro oficial para medir la actividad procedente de otras actuaciones que requieran esterilización de material tales como procedimientos en diálisis, UCI, curas realizadas en diferentes ámbitos asistenciales etc.».

El informe técnico señala como conclusiones:

«Aunque el SIAE define como intervención quirúrgica, todo “acto quirúrgico realizado en quirófano”, consideramos que a efectos de proceder al ajuste por variación del volumen del servicio de

esterilización, se justifica la incorporación de los procedimientos quirúrgicos realizados fuera de quirófano, así como el número total de partos, para cuyo cómputo real de la actividad, el Servicio Madrileño de Salud dispone de un registro de referencia (Sistema de Información de Atención Especializada, SIAE).

Teniendo en consideración que el número de intervenciones es el único criterio manejado en los pliegos para el ajuste de volumen, y dado que el servicio de esterilización se define a su vez como un servicio integral responsable de todo el material sanitario, parece lógico pensar que empresas expertas en este tipo de servicios, hayan valorado en su oferta económica los costes asociados a la esterilización del resto de material utilizado fuera de las intervenciones.

<u>Propuesta Ajuste Volumen</u>	<u>Valor.</u>
Intervenciones quirúrgicas	1.
Procedimientos fuera de quirófano	0,20.
Partos:	
Cesáreas:	1.
Partos vaginales:	0,35.»

CUARTO.- Con fecha 21 de septiembre de 2011, la directora gerente del Hospital Infanta Sofía remite a la sociedad concesionaria propuesta de resolución en relación con el procedimiento de ajuste por volumen del servicio de esterilización previsto en el Anexo V del contrato de construcción de obras públicas para la construcción y explotación del Hospital Infanta Sofía.

En la propuesta de resolución se presenta, sobre la base del informe técnico reproducido en el expositivo anterior, una regularización para el año 2009 en la que se contabilizan el número total de intervenciones

quirúrgicas en quirófano (incluidos partos con cesárea) en 8.921 y se pondera multiplicando por un 0,35 el número total de partos (así de los 1.528 partos por vía vaginal se contabilizarían 534,80) y con un 0,20 el número total de procedimientos quirúrgicos fuera de quirófano (del número total de 3.924 se contabilizarían 784,80). En consecuencia, el total de intervenciones quirúrgicas en el año 2009 sería de 10.240,60 y, por tanto, se habrían realizado un número de intervenciones inferior al previsto en el PCAP (13.448) en un 76,15%, y, en consecuencia, procedería un importe a regularizar a favor del Hospital Universitario Infanta Sofía de 144.461,30 euros por el ajuste por volumen para el año 2009.

Aplicando los mismos criterios el importe a regularizar para el año 2010 a favor de la empresa pública Hospital Infanta Sofía sería de 91.602,50 euros (IVA excluido), al contabilizarse un total de 11.432,10 intervenciones (intervenciones quirúrgicas más el número de partos ponderado con 0,35 y el número de procedimientos fuera de quirófano con un 0,20).

QUINTO.- Con fecha 7 de octubre de 2012, la sociedad concesionaria presenta escrito de alegaciones en el que, en síntesis, expone que el momento para realizar el Ajuste por Volumen del Servicio de Esterilización del año de los ejercicios 2009 y 2010, según la cláusula 3 del anexo V del PCAP, era no más tarde de febrero de 2010 (para 2009) y de febrero de 2011 (para 2010) y la incorrección en el cálculo del ajuste, toda vez que en el año 2009 se les había aplicado una reducción de 3.207,40 operaciones (76,15%) *“cuando el ajuste máximo debiera haber sido de 2.017 intervenciones”*. Además, solicitaba una revisión de tarifas por volumen de esterilización.

SEXTO.- El día 18 de octubre de 2011 se requiere a la sociedad concesionaria para que, a la vista de su anterior escrito en que solicita la

revisión de tarifas del servicio de esterilización aclaren si, efectivamente, su voluntad es solicitar la revisión de tarifas y, de ser así, “*que se indique los extremos y parámetros a considerar para llevarla a cabo*”. Con fecha 25 de enero de 2012, se dio traslado a la sociedad concesionaria del informe técnico al que hacía referencia la propuesta de resolución y que se ha reproducido en el expositivo tercero.

SÉPTIMO.- Con fecha 13 de febrero de 2012, la directora gerente de la empresa pública Hospital Infanta Sofía elabora, a la vista de las alegaciones formuladas, propuesta de resolución en la que se expone que, en base a la prerrogativa que ostenta el órgano de contratación para interpretar el contrato prevista en el artículo 59 TRLCAP, el concepto de “*intervención quirúrgica*” empleado por el PCAP y el PPTE debe interpretarse de acuerdo con el concepto utilizado por el Sistema de Información de Asistencia Especializada (SIAE) y, por tanto debe entenderse que es “*todo acto quirúrgico realizado en quirófano*”, consecuentemente –dice la propuesta de resolución– “*ninguna otra actuación realizada por la sociedad concesionaria en el marco del Servicio de Esterilización debería ser tenida en cuenta a los efectos del ajuste por volumen de dicho servicio*”. Si bien, la propuesta de resolución propone –para preservar los derechos e intereses legítimos de la sociedad concesionaria, modular esta interpretación estricta y, teniendo en cuenta, la evolución de la técnica y de los servicios sanitarios, incorporar determinados procedimientos quirúrgicos realizados fuera de quirófano, en los términos expresados en el Informe del Comité de Expertos. En relación con el momento en que puede efectuarse el ajuste de volumen por el servicio de esterilización considera que el plazo fijado en el PCAP, “*en el mes de febrero inmediatamente posterior del año de que se trate*”, no es un plazo preclusivo, sino la fecha a partir de la cual se puede iniciar el proceso de ajuste mediante la comparación de los parámetros indicados y considera que no ha caducado el expediente ni ha prescrito la acción de la

Administración para realizar el ajuste por volumen. Finalmente, propone la revisión de la tarifa para el año 2009 en 50,27 € (5,23 € más que los abonados por la Administración) de acuerdo con la previsión de intervenciones del PCAP y considera compatible el ajuste por volumen y la revisión de tarifas puesto que afectan a parámetros distintos de un mismo servicio.

La propuesta de resolución de la directora gerente del Hospital Infanta Sofía concluye que procede desestimar las alegaciones presentadas por la sociedad concesionaria en relación con el procedimiento de ajuste por volumen del servicio de esterilización previsto en el anexo V del PCAP.

OCTAVO.- Solicitado informe al Servicio Jurídico en la Consejería de Sanidad, con fecha 10 de mayo de 2012 este Servicio concluye que el informe solicitado no tiene carácter preceptivo al no encontrarse dentro de las materias expresamente recogidas en la ley 3/1999, de Ordenación de los Servicios Jurídicos y ser el artículo 97 del Reglamento General de Contratos, que prevé la exigencia de informe de la asesoría jurídica en los expedientes contradictorios relativos a las diferencias interpretativas de carácter no básico y no contemplar el Decreto 49/2003, de 3 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, el procedimiento de interpretación de los contratos, lo que no significa que haya de aplicarse con carácter supletorio la normativa estatal porque *“la supletoriedad de la legislación estatal obedece a una función integradora del ordenamiento, lo que no implica que la ausencia voluntaria de una exigencia jurídica deba llevar a la aplicación obligatoria de la normativa estatal no básica”*. El informe del servicio jurídico concluye que el informe solicitado carece del carácter preceptivo, si bien *“ello no impide la solicitud de informe potestativo, si bien debe ponerse de manifiesto su falta de necesidad al sí ser preceptivo el*

Dictamen del Consejo Consultivo, al amparo del artículo 13.1.f) punto 4º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora de ese órgano”.

NOVENO.- Con fecha 21 de mayo de 2012, la directora gerente del Hospital Infanta Sofía solicita, al amparo de lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, a la Dirección General de Gestión Económica y de Compras de Productos Sanitarios y Farmacéuticos la colaboración y asistencia para elevar al Consejo Consultivo la controversia suscitada en relación con el contrato de referencia y, en particular, las siguientes cuestiones: “*i) La adecuación a Derecho del ejercicio por parte del órgano de contratación de la potestad de interpretar el contrato, en relación con el procedimiento de ajuste por volumen del servicio de esterilización para los años 2009 y 2010; y ii) la conformidad a Derecho de una interpretación del contrato que determine la modulación del parámetro de intervenciones quirúrgicas – previsto como elemento esencial en el PCAP a los efectos de llevar a cabo el ajuste por volumen del servicio de esterilización-, a la vista de la evolución de la ciencia y de la técnica desde el año en el que se produjo la licitación del contrato de concesión, y de la propia realidad de la infraestructura hospitalaria, de los servicios a los que aquélla sirve de soporte material, y de las prestaciones efectivamente realizadas por la sociedad concesionaria”.*

Remitida la solicitud de Dictamen por el director general de Gestión Económica y Compras de Productos Sanitarios y Farmacéuticos al consejero de Sanidad, con fecha 15 de junio de 2012 tiene entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo formulada por el consejero de Sanidad con fecha 14 de junio de 2012, en relación con el artículo 13.1.f).4º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, Reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1.letra.f).4º de la Ley 6/2007 de 21 de diciembre, Reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid y a solicitud del Consejero de Sanidad.

Está legitimado para recabar dictamen del Consejo Consultivo el consejero de Sanidad, conforme a lo dispuesto en el ya citado artículo 13.1.f) de la Ley 6/2007, de creación del referido órgano consultivo autonómico, el cual establece que: “*1. El Consejo Consultivo deberá ser consultado por la Comunidad de Madrid en los siguientes asuntos: (...) f) Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, (...) sobre (...) 4.º 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 de las Administraciones públicas*”.

SEGUNDA.- Antes de entrar en el examen del procedimiento y del fondo del asunto, debe examinarse cuál es la legislación aplicable al presente contrato. El contrato de cuya interpretación se trata, es un contrato de concesión de obras públicas, regulado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Pùblicas, en adelante, TRLCAP, con las modificaciones introducidas por la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de Concesión de Obras Pùblicas. Dicha legislación es aplicable al presente contrato en virtud de su

fecha de adjudicación (el 10 de junio de 2005), en aplicación de la Disposición Transitoria Primera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

Las exigencias de procedimiento establecidas por la Ley se refieren, en primer lugar, a la necesidad de dar audiencia al contratista (cfr. artículo 59.1 *in fine* de la LCAP). Así se ha hecho en este caso, manifestando el contratista en su escrito de alegaciones su oposición a la interpretación del contrato postulada por la empresa pública Hospital Infanta Sofía.

Como señalábamos en nuestro Dictamen 561/09, la Administración no puede, sin más, adoptar una resolución de interpretación del contrato, sino que dicha resolución debe adoptarse en un procedimiento, debiendo observarse con carácter general las exigencias de índole procedural que deben seguirse para tramitar, con las necesarias garantías, un expediente como el remitido en consulta y, más concretamente, las prescripciones contenidas en el artículo 59 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, debiendo darse audiencia al contratista, y, en caso de que se formule oposición expresa del contratista, como garantía adicional, la remisión del expediente al Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, a efectos de que por éste se emita dictamen preceptivo y no vinculante. Esta exigencia, como veíamos anteriormente, se concreta en el artículo 13.1.f) de la Ley 6/2007, de creación del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, para los expedientes de interpretación contractual que tramite la Administración autonómica. El Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establece en su disposición final primera el carácter no básico del artículo 97, relativo a la resolución de incidencias surgidas en la ejecución de los contratos. Como señala el informe del Servicio Jurídico en la Consejería de Sanidad, el Decreto 49/2003, de 3

de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, no contempla la regulación del procedimiento de interpretación de los contratos. A falta de un procedimiento específico previsto por la legislación de contratos para tramitar las cuestiones interpretativas que se susciten entre las partes contratantes, cabe acudir con carácter supletorio a las reglas contenidas en el Título VI de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, por lo que se constituyen como trámites necesarios el acuerdo de inicio del expediente por el órgano de contratación, las actuaciones instructoras que correspondan, la audiencia del contratista y la solicitud de dictamen al Consejo Consultivo cuando exista oposición del contratista a la interpretación propuesta por el órgano de contratación.

En el caso que nos ocupa, no consta un acuerdo de inicio del procedimiento, debiendo considerarse como tal el acto por el que se dio traslado de la propuesta de resolución a la sociedad concesionaria para que efectuara alegaciones, y por tanto, la fecha de inicio del expediente de interpretación sería el 21 de septiembre de 2011.

Se observa que, desde la fecha de inicio del expediente hasta la fecha de solicitud de dictamen a este Consejo Consultivo, han transcurrido más de tres meses, planteándose si procedería la declaración de caducidad del procedimiento de interpretación del contrato, o si, por el contrario, no resulta aplicable el plazo de caducidad previsto en el artículo 42.3 LRJ-PAC a los procedimientos de interpretación del contrato.

Es jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo Sentencia de 14 de julio de 2009 (recurso de casación 4682/2007) y 28 de mayo de 2008 (recurso de casación 82/2005) que el artículo 42.3.a) de la Ley 30/1992, tras la redacción dada por la Ley 4/1999, establece con toda claridad que *«el plazo máximo en el que debe notificarse la resolución expresa se contará, en los procedimientos iniciados de oficio, “desde la fecha del*

acuerdo de iniciación". Añadiendo con igual claridad su artículo 44.2, tras esa nueva redacción, que en los procedimientos iniciados de oficio en los que la Administración ejercite potestades de intervención susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, como es el caso, el vencimiento de ese plazo máximo sin que se haya dictado y notificado resolución expresa produce, como efecto jurídico, el de la caducidad y consiguiente archivo de las actuaciones».

El procedimiento de interpretación del contrato, al igual que el de resolución al que se refiere la anterior sentencia, es un procedimiento en el que la Administración ejerce una potestad de intervención susceptible de producir efectos desfavorables o de gravamen. La Administración ostenta una prerrogativa de interpretación del contrato y la resolución que puede acordar el órgano de contratación, bien de oficio o a instancia del contratista, una vez tramitado el procedimiento que, en caso de oposición del contratista, exige dictamen preceptivo del Consejo de Estado u Órgano Consultivo de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, pondrá fin a la vía administrativa y será inmediatamente ejecutiva (ex. artículo 59 TRLCAP).

Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1999, la facultad de interpretar de la Administración no tiene otro alcance que evitar el perjuicio para el interés público que se seguiría de la interrupción de la prestación del servicio público en tanto se despejan las dudas sobre la interpretación de las cláusulas del contrato. Por tanto, parece lógico que este procedimiento de interpretación esté sometido a un plazo y no puede tramitarse indefinidamente, porque sería contrario al interés público.

El Consejo Consultivo de Andalucía considera en su Dictamen 429/2012, que sí opera el instituto de la caducidad en el procedimiento de interpretación de contratos:

“En efecto, como ha reiterado este Consejo en múltiples ocasiones el instituto jurídico de la caducidad surge como reacción del ordenamiento jurídico frente al incumplimiento del plazo de resolución y notificación, cuando se está ante procedimientos con efectos onerosos que han sido iniciados de oficio y no se han resuelto dentro del plazo establecido”.

No existe, sin embargo, un pronunciamiento de la jurisprudencia sobre la aplicación del instituto de la caducidad a los procedimientos de interpretación del contrato. Sin embargo, aplicando la jurisprudencia relativa a los procedimientos de resolución de contratos al presente procedimiento nos llevaría a la conclusión de que el procedimiento está caducado.

La caducidad del procedimiento, sin embargo, no impide la posibilidad de iniciar un nuevo procedimiento de interpretación del contrato.

La competencia para aprobar la propuesta de acuerdo interpretativo sometido a consulta, es claro que corresponde al consejero de Sanidad, como órgano competente para la aprobación del PCAP y el PPTE, la firma del contrato y, por tanto, para su interpretación.

TERCERA.- Entrando ya en el fondo del asunto, el órgano consultante solicita un pronunciamiento sobre *“i) La adecuación a Derecho del ejercicio por parte del órgano de contratación de la potestad de interpretar el contrato, en relación con el procedimiento de ajuste por volumen del servicio de esterilización para los años 2009 y 2010; y ii) la conformidad a Derecho de una interpretación del contrato que determine la modulación del parámetro de intervenciones quirúrgicas –previsto como elemento esencial en el PCAP a los efectos de llevar a cabo el ajuste por volumen del servicio de esterilización–, a la vista de la evolución de la ciencia y de la técnica desde el año en el que se produjo la licitación del contrato de concesión, y de la propia realidad de la infraestructura*

hospitalaria, de los servicios a los que aquella sirve de soporte material, y de las prestaciones efectivamente realizadas por la sociedad concesionaria”.

La sociedad concesionaria en las alegaciones presentadas no se opone a la modulación del parámetro de intervenciones quirúrgicas, si bien sí se opone al momento en que se realiza el ajuste por volumen del servicio de esterilización porque considera que dicha liquidación debe hacerse en el mes de febrero inmediatamente posterior al año de que se trate. Además, considera que se le debe aplicar el límite del 15% del número de intervenciones quirúrgicas previstas en el PCAP y que procedería la revisión de la tarifa.

Como no podía ser de otra manera, es preciso partir del contenido de los pliegos que constituyen, según jurisprudencia reiteradísima, la ley del contrato, en aplicación de la norma contenida en el artículo 94 de la LCAP:

“Los efectos de los contratos administrativos se regirán por la presente Ley, sus disposiciones de desarrollo y por los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, generales y particulares”. Así lo ha entendido, por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1999. El propio Alto Tribunal considera improcedente que ni siquiera en el documento en que se formalice la adjudicación definitiva, se introduzcan modificaciones respecto de lo consignado en el pliego, so pena de vulnerar el principio de la buena fe contractual (STS de 20 de marzo de 1992, y las que cita).

Dicho esto, la potestad de interpretar lo que disponen los pliegos y el documento contractual corresponde al órgano de contratación. Así, el artículo 59.1 de la LCAP le reconoce a la Administración contratante *“la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés*

público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta”, si bien no de una manera incondicionada y absoluta, sino siempre “dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley”.

Al respecto de esta potestad de interpretar los contratos administrativos, tiene dicho el Tribunal Supremo en Sentencia de 10 de febrero de 1999, que:

“(...) la facultad de interpretación de los contratos corresponde realizarla al órgano competente para su formalización (...) en la medida en que, como ha declarado reiterada jurisprudencia de esta Sala (Sentencias de 28 de septiembre de 1954, 16 de marzo de 1964, 16 de enero de 1974, 10 de abril y 9 de junio de 1978 y 17 de marzo de 1979, entre otras), la facultad interpretativa de la Administración no tiene otro alcance que el encontrar el verdadero sentido y contenido a las cláusulas a que se someten las partes, sin perjuicio de la aplicación supletoria de las reglas que con carácter general establecen los artículos 1281 y siguientes del Código Civil, criterio que además ha sido tenido en cuenta, igualmente, por el Consejo de Estado (así en dictámenes de 23 de noviembre de 1961, 3 de mayo de 1962 y 24 de abril de 1969, entre otros), pudiéndose llegar a la consideración final que, si bien en determinada jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (así, en Sentencia de 9 de diciembre de 1976 y otras anteriores), se ponía de manifiesto que existía una presunción de autenticidad en la interpretación llevada a cabo por la Administración, lo que significaba que debía aceptarse ésta, mientras no se acreditase que fuera errónea, la jurisprudencia más reciente de dicha Sala (así, en Sentencia de 6 de julio de 1990) establece y acepta, sin más, los criterios interpretativos del Código Civil”.

En definitiva, pues, la facultad de interpretar los contratos administrativos que ostenta como una prerrogativa la Administración contratante, si bien hasta un determinado momento fue admitida sin más como válida por la jurisprudencia, en tanto no se demostrase que no era correcta –lo que equivalía a afirmar en la práctica que dicha interpretación estaba investida de una presunción *iuris et de iure* de veracidad–, la evolución jurisprudencial, en un sentido más progresivo y acorde con los tiempos, ha llevado a sostener que la Administración, al llevar a cabo dicha interpretación contractual, ha de someterse a los criterios hermenéuticos contenidos en los artículos 1281 y siguientes del Código Civil (en adelante, CC). Como ya se señaló en nuestro Dictamen 130/09, «*no hay obstáculo alguno en mantener la aplicabilidad de dichas normas civilistas respecto de los contratos administrativos, tanto desde el punto de vista del propio Código Civil, cuya supletoriedad se reconoce en el título preliminar, al afirmar que “Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras Leyes” (artículo 4.3 del CC), como desde la propia norma contractual administrativa, que prevé dicho alcance supletorio en el artículo 7 de la LCAP (con los matices correspondientes, por tratarse de un contrato de concesión de obra pública, y que recoge el artículo 7.2).* En dicha norma se prevé la aplicación supletoria de “*las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado*”».

CUARTA.- En el presente caso, la sociedad concesionaria no se opone tanto a la interpretación relativa al concepto de intervención quirúrgica, como al momento en que se efectúa dicha interpretación y, en aplicación de la misma, se realiza el ajuste por volumen del servicio de esterilización para los años 2009 y 2010. Según la sociedad concesionaria “*consideramos que no proceden los ajustes por volumen ni del servicio de esterilización ni del de restauración dado que se ha superado holgadamente el plazo previsto en el PCAP para que la administración proceda en tal sentido,*

sin perjuicio de los daños económicos que de ello se derivarían para la sociedad, tal como se ha expuesto anteriormente, en caso de que eventualmente se procediera a la realización de dichos ajustes”.

En el caso sometido a dictamen, y con la salvedad del año 2008, en que debió atenderse a la situación transitoria y excepcional de puesta en funcionamiento del hospital ya entrado el año, las dudas sobre la cláusula de ajuste del servicio de esterilización se plantean al tiempo de efectuar la aplicación de la citada cláusula, por tanto, nada impide que –en ese momento– la Administración pueda efectuar la interpretación del mismo.

La cláusula objeto de controversia establece lo siguiente:

“Para realizar los ajustes por variación de volumen, se efectuará una liquidación anual, relativa al ejercicio natural vencido, en el mes de febrero inmediatamente posterior del año de que se trate, en el que se procederá a comparar (...) el número efectivo de intervenciones quirúrgicas, con el número previsto establecido en 13.448 intervenciones anuales (Servicio Integral de Esterilización) ”.

Lo que el PCAP establece, no es plazo un preclusivo para la Administración, máxime cuando los ajustes por volumen pueden suponer, como se ha indicado, no sólo la existencia de un crédito por parte de la empresa pública frente a la sociedad concesionaria, sino también, un derecho de esta frente a la primera. Derecho de crédito a favor o en contra de la Administración derivado de una relación contractual y, como tal, sujeto al plazo de prescripción establecido en el Código Civil para el cumplimiento de las obligaciones contractuales (15, 5 o 3 años, según los casos). En este sentido, el artículo 1969 del Código Civil dispone que “el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse”. En este caso, el último día del mes de febrero es el

dies a quo del plazo para reclamar el ajuste por variaciones de volumen en el servicio de esterilización, que prescribiría, en aplicación del artículo 1966.3º C.c., en el plazo de cinco años.

Finalmente, la sociedad concesionaria alega la incorrecta aplicación de la, tantas veces citada, cláusula por no haberse aplicado el límite del ±15% previsto en el PCAP. Así, según el PCAP:

“Se consideran significativas las variaciones de volumen que sean, en un año natural completo, superiores ± 5 puntos porcentuales y hasta ± 15 puntos porcentuales en el número estimado de intervenciones quirúrgicas, fijado en 13.448 anual (es decir, intervenciones quirúrgicas anuales, superiores a 14.120 y hasta 15.465 o inferiores a 12.776 y hasta 11.431, darán lugar a ajustes por variación de volumen en el servicio señalado).

Variaciones de volumen inferiores a ± 5 porcentuales del número estimado de intervenciones, fijado en 13.448 anual, no serán tenidas en consideración a efectos de aplicar ajustes por variación de volumen (es decir, intervenciones quirúrgicas anuales reales iguales o inferiores a 14.120 o hasta 12.776, no darán lugar a la aplicación de ajustes por variación de volumen).

(...)

b) Revisión de tarifas por volumen (folio 141)

A partir de enero de 2008, cuando en un año natural completo, se produzcan variaciones sustanciales de volumen, definidas como variaciones superiores en un ± 15 puntos porcentuales (...) en el número estimado de intervenciones quirúrgicas fijado en 13.448 (Servicio Integral de Esterilización), cualquiera de las partes podrá solicitar la revisión de las tarifas ofertadas en relación con los

servicios sujetos a ajustes por variación de volumen (... precio unitario cotizado por intervención quirúrgica, para el Servicio Integral de Esterilización).

Dichos nuevos precios (...) por intervenciones quirúrgicas (Servicio Integral de Esterilización) deberán ser aprobados por la Administración”.

De la interpretación sistemática de las anteriores cláusulas resulta que las variaciones de volumen en el servicio de esterilización pueden clasificarse en no significativas, significativas y sustanciales.

Variaciones no significativas son las variaciones de volumen inferiores a ± 5 porcentuales del número estimado de intervenciones. Según el PCAP, “*intervenciones quirúrgicas anuales reales iguales o inferiores a 14.120 o hasta 12.776, no darán lugar a la aplicación de ajustes por variación de volumen*”, ni tampoco a la revisión de tarifa.

Variaciones significativas son las variaciones de volumen que sean, en un año natural completo, superiores ± 5 puntos porcentuales y hasta ± 15 puntos porcentuales en el número estimado de intervenciones quirúrgicas. Según el PCAP, “*intervenciones quirúrgicas anuales, superiores a 14.120 y hasta 15.465 o inferiores a 12.776 y hasta 11.431, darán lugar a ajustes por variación de volumen en el servicio señalado*”.

Finalmente, las variaciones sustanciales se definen como variaciones superiores en un ± 15 puntos porcentuales en el número estimado de intervenciones quirúrgicas. Por tanto, si las intervenciones quirúrgicas realizadas son superiores a 15.465 o inferiores 11.431, “*cualquiera de las partes podrá solicitar la revisión de las tarifas ofertadas en relación con los servicios sujetos a ajustes por variación de volumen*”.

En el presente caso, la propuesta de ajuste para el año 2009 computa un total de 10.240,60 intervenciones (8.921 intervenciones quirúrgicas + 534,80 partos + 784,80 procedimientos quirúrgicos fuera de quirófano) y, por tanto, inferior al límite fijado por la cláusula para que se considere la variación significativa. En realidad, al ser la variación de volumen superior al 15%, la variación debe calificarse como “*sustancial*” y procedería la revisión de la tarifa ofertada para el año 2009.

La revisión de la tarifa sería compatible con el ajuste por variaciones de volumen del servicio de esterilización, si bien, debería aplicarse el límite de 11.431 operaciones, como solicita la sociedad concesionaria. Por tanto, el límite sobre el que se puede realizar el ajuste es el de 2.017 intervenciones ($13.448 - 11.431$) y no 3.207,40 ($13.448 - 10.240,60$), como se pretendía en la propuesta de resolución.

En mérito a lo que antecede este Consejo Consultivo extrae las siguientes,

CONCLUSIONES

1ª.- El procedimiento de interpretación planteado en la ejecución del contrato de concesión de obra pública para la construcción y explotación del Hospital del Norte - Hospital Universitario Infanta Sofía relativo a la propuesta de ajuste por variación del volumen en el servicio integral de esterilización del citado hospital durante los años 2009 y 2010, iniciado el 21 de septiembre de 2011, esta caducado. La caducidad de un procedimiento no impide que el órgano de contratación, como titular de la potestad de interpretación del contrato, si lo estima oportuno, pueda proceder a la incoación de un nuevo expediente de interpretación.

2^a.- El órgano de contratación tiene potestad para interpretar el contrato de la Administración, en relación con el procedimiento de ajuste por volumen del servicio de esterilización para los años 2009 y 2010.

3^a.- Del contenido del PCAP y del PPTE se desprende que la voluntad de las partes era fijar como parámetro para el ajuste de volumen del servicio de esterilización el número de intervenciones quirúrgicas, quedando fuera de él todas las actividades no quirúrgicas. Para que puedan considerarse intervenciones quirúrgicas estos procedimientos quirúrgicos realizados fuera de quirófano, debe ponderarse su número en relación a las necesidades de material estéril que precisan. Por tanto, resultaría correcta la interpretación propuesta por la Administración.

4^a.- Aceptada por la sociedad concesionaria la propuesta de interpretación en relación al concepto de "*intervenciones quirúrgicas*", el ajuste por variaciones del volumen del servicio de esterilización debería realizarse aplicando el límite de ± 15 porcentuales, siendo procedente, superado este límite, al tener la consideración de variación sustancial, la revisión de la tarifa.

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 este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 18 de julio de 2012