

Dictamen nº: **270/18**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **14.06.18**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 14 de junio de 2018, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Sanidad, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con el expediente sobre interpretación del “*contrato de concesión de obra pública para la construcción y explotación del Hospital de Parla*”, también denominado Hospital Universitario Infanta Cristina, adjudicado a la sociedad concesionaria TESTA HOSPITALARIA DE PARLA S.A., actualmente denominada HOSPITAL DE PARLA S.A. (en adelante “*la concesionaria*”, “*la adjudicataria*” o “*la contratista*”), en relación con la prestación de los servicios no sanitarios en horario de tarde por actividad médico-sanitaria en consultas externas y bloque quirúrgico en el Hospital Universitario Infanta Cristina.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 10 de mayo de 2018 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo del consejero de Sanidad.

A dicho expediente se le asignó el número 241/18, comenzando el día señalado el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid (en adelante, ROFCJA), aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno.

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, al letrado vocal D. Roberto Pérez Sánchez, quien formuló y firmó la propuesta de dictamen, que fue deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora, en sesión celebrada el día 14 de junio de 2018.

SEGUNDO.- Del expediente remitido que se encuentra numerado y acompañado de un índice como es preceptivo, se extraen los siguientes hechos de interés para la emisión del dictamen:

1.- Por Orden del consejero de Sanidad y Consumo de fecha 22 de noviembre de 2004 se aprobó el Estudio de Viabilidad para la construcción y explotación de la Obra Pública Hospital de Parla, que incluye el Programa Funcional.

Asimismo, por Orden del citado consejero de 25 de noviembre de 2004 fueron aprobados el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) y el Pliego de Prescripciones Técnicas para la Explotación de la Obra (en adelante, PPTE), que regulan la ejecución del contrato reseñado en el encabezamiento del dictamen, para su adjudicación por procedimiento abierto, mediante concurso.

La adjudicación del referido contrato de concesión de obra pública se acordó mediante Orden del consejero de Sanidad y Consumo de fecha 6 de mayo de 2005.

El día 6 de junio de 2005, el consejero de Sanidad y Consumo de la Comunidad de Madrid y la entidad adjudicataria firmaron el contrato.

En el expediente remitido consta la copia del contrato suscrito, el “*Estudio de Viabilidad*” aprobado por la Administración, que incluye el “*Programa Funcional*”, el PCAP, el PPTE y la oferta de servicios o “*propuesta técnica y económica*” realizada por la adjudicataria.

En virtud del contrato suscrito, la concesionaria debía ejecutar la obra de construcción del Hospital de Parla, teniendo derecho a percibir durante la duración de la concesión -30 años desde el día siguiente a la formalización- en concepto de explotación de la obra, además de los rendimientos de explotación de la zona comercial, la cantidad máxima anual de “13.792.400 € constantes 2005” de los cuales un 20 % es en concepto de cantidad fija y un 80% como cantidad variable de conformidad con la oferta y en concepto de contraprestación por la utilización de la obra por la Administración (folios 5 y ss. del expediente administrativo).

1.1.- El PCAP (folios 735 y ss.) recoge en su cláusula 2 el objeto del contrato “*que se ejecutará a riesgo y ventura del concesionario*”, según afirma y se reitera en la cláusula 12, y comprende la redacción del proyecto de construcción, la ejecución de las obras -con la dotación de mobiliario y del equipamiento necesario-, así como [3)] la “*explotación y mantenimiento de la obra pública y del mobiliario relacionado en el ANEXO VI, entendiéndose por tal la puesta a disposición del Hospital mediante la prestación de los servicios residenciales y complementarios no sanitarios propios del mismo, con la extensión que se relaciona en el ANEXO VII del presente PCAP, así como la explotación de las zonas complementarias y espacios comerciales autorizados, relacionados en el ANEXO VIII, de conformidad con las especificaciones establecidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas para la Explotación de la Obra Pública*

(en adelante PPTE), sin incluir en ningún caso los servicios médico – sanitarios”.

La cláusula 6 del PCAP expresa que *“tendrán carácter contractual los siguientes documentos:”* y relaciona entre ellos el PCAP, el PPTE, el documento de formalización del contrato, el Estudio de Viabilidad (incluido el Programa Funcional) y la oferta presentada por el adjudicatario, que incluye el modelo económico financiero, y añade que *“los documentos relacionados se interpretarán sistemáticamente por el órgano de contratación”*. Por su parte la cláusula 29.1 refiere que *“la Administración pondrá a disposición de los licitadores la siguiente documentación relativa al presente concurso:”* y enumera los PCAP, el PPTE, el Pliego de Prescripciones Técnicas de Redacción del Proyecto de Construcción (en adelante, PPTR) y el Estudio de Viabilidad.

La cláusula 10 del PCAP señala que *“sin perjuicio del resto de derechos que resultan del presente PCAP y de la normativa vigente, la Administración gozará de las siguientes prerrogativas: a) Interpretar el contenido del contrato y resolver las dudas sobre su cumplimiento”*.

El anexo VII del PCAP establece cuáles son los servicios de explotación de la obra pública que presta la concesionaria, entre los que se encuentran: el *“Servicio de Limpieza”*, el *“Servicio de Residuos Urbanos y Sanitarios”*, el *“Servicio Integral de Lavandería”*, el *“Servicio de Transporte Interno-Externo y Gestión Auxiliar”* y el *“Servicio de Gestión de Personal Administrativo de Recepción/Información y Centralita Telefónica”*.

La cláusula 8 del PCAP indica que *“en el ámbito del presente contrato, la Sociedad Concesionaria deberá cumplir todas las obligaciones contenidas en el presente PCAP, en el PPTE, y en el PPTR. En particular, la Sociedad Concesionaria deberá: f) Prestar los servicios a su cargo observando todos los estándares de puesta en servicio, calidad y seguridad establecidos en el PPTE y las condiciones ofrecidas por e1*

adjudicatario en su oferta, siguiendo las instrucciones que le dirija la Administración”.

La cláusula 16.2 del PCAP va referida al “*Régimen de explotación*”, y dispone entre otros aspectos, que *“la explotación de la obra pública se realizará poniendo a disposición las instalaciones y el mobiliario del ANEXO VI, mediante la prestación de los servicios y explotaciones comerciales incluidos en los ANEXOS VII Y VIII del presente PCAP, de conformidad con las condiciones y estándares previstos en el PPTE y las estipulaciones establecidas en el presente PCAP”*, así como que:

“La Sociedad Concesionaria asumirá los riesgos y responsabilidades de toda índole que se deriven de la explotación de la obra pública por medio de la prestación de los servicios y explotación de las zonas comerciales incluidas en los ANEXOS VII y VIII.

A excepción de las responsabilidades expresamente previstas en el presente PCAP, no se derivarán en ningún caso responsabilidades para la Administración, respecto a los siguientes eventos que tienen, no obstante, carácter enunciativo:

~ Los resultados de la explotación de las zonas comerciales.

~ La demanda de usuarios del Hospital.

~ El aumento, supresión, reducción o modificación de los servicios médicos que sirvan la zona, o los que se prevean en un futuro”.

1.2.- Por lo que se refiere a los PPTE (folios 1011 y ss.), la cláusula 1 establece su objeto como sigue:

«La Sociedad Concesionaria, por sí misma o a través de la contratación con terceros, estará obligada a la prestación de los

servicios que se detallan en el Anexo VII del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP).

Este pliego recoge las obligaciones generales del concesionario comunes a los diferentes servicios a su cargo, y que integran la explotación de la obra pública Hospital de Parla (en adelante Hospital). Las obligaciones y requerimientos incluidos en este Pliego son de carácter general, detallándose en cada apartado las prescripciones técnicas propias de cada servicio.

El Pliego de Prescripciones Técnicas establece para cada uno de los servicios a cargo de la Sociedad Concesionaria, las Especificaciones Técnicas a las que ha de ajustarse la prestación, así como los Indicadores de Cumplimiento que medirán el nivel de prestación respecto de cada servicio, y las deducciones aplicables por cada uno de los fallos de prestación del servicio, que servirán para determinar la retribución efectiva del concesionario en función del nivel de prestación requerido.

Asimismo este Pliego recoge en el Anexo I el Sistema de mediciones de los niveles de disponibilidad y calidad requeridos para la prestación de los servicios que integran la explotación de la obra, en el Anexo II “Modelo Económico Matemático de Evaluación”, en el Anexo III “Servicios de Explotación de la Obra”, en el Anexo IV “Explotaciones comerciales”.

La cláusula 2.2 del PPTE que se inserta en las obligaciones del concesionario comunes a todos los servicios, versa sobre las obligaciones en el área de recursos humanos y afirma en cuanto al adecuado dimensionamiento de la plantilla que “la sociedad concesionaria, y las empresas contratadas por la misma, contarán el personal necesario para cumplir las obligaciones estipuladas en el Pliego de Prescripciones Técnicas y sus apartados para cada uno de los servicios a su cargo”.

En relación a cada uno de los servicios en cuestión que han de ser prestados por la concesionaria, se pronuncia el anexo III de los PPTE en distintos apartados, en los que se refleja entre otros aspectos los siguientes:

Apartado 1 “Servicio de Limpieza”, cuyo punto 1 relativo al objeto del servicio exige *“proporcionar un estándar de servicio que ayude a proyectar una imagen positiva del hospital, y un nivel de limpieza que proporcione un ambiente clínica y socialmente aceptado para los pacientes, visitantes y personal, 365 días al año, 24 horas al día”*; y su punto 4 “Especificaciones técnicas del servicio”, 4.1 “Protocolo de actuación y Manuales de Procedimiento”, A. “Limpieza programada” añade *“la empresa deberá proporcionar un servicio de limpieza programada 24 horas al día, 365 días al año, para satisfacer las necesidades del hospital en todas sus áreas...”*.

Apartado 4 “Servicio de Residuos Urbanos y Sanitarios”, los puntos 2 y 3 relativos al “Alcance y ámbito de aplicación” y “Obligaciones generales” dicen que *“la Sociedad concesionaria ofrecerá este servicio durante 24 horas al día incluidos domingos y festivos...”* y que *“el servicio se realizara todos los días del año en turnos de mañana, tarde y noche, de tal manera que deberán asegurarse la plantilla necesaria para garantizar la cobertura del servicio y posibles emergencias propias de la actividad del centro”*.

Apartado 7 “Servicio Integral de Lavandería”, su punto 2 “Alcance y ámbito de aplicación” señala que *“el volumen total de ropa enviada a procesar se estima en 320.000 Kg. anuales. En cualquier caso, estas cantidades se ajustaran a las necesidades del Hospital, que podrán variar en función de la demanda existente en cada momento”*.

Apartado 10 “Servicio de Transporte Interno-Externo y Gestión Auxiliar”, que tiene según su punto 1 como objetivo esencial el

sostenimiento de las necesidades de carácter logístico que sean demandadas por el conjunto de la organización del Hospital para su correcto funcionamiento, exige en su punto 2.1 “Alcance de la prestación del servicio de Conserjería” *“proporcionar un servicio ágil, programado, planificado y reactivo, en su caso, mediante un equipo de trabajo flexible para poder adaptarse a las necesidades cambiantes de la organización, y a las innovaciones que pudieran producirse”* y añade en su punto 2.2 “Ámbito de aplicación” que *“el Servicio se prestara durante 365/6 días al año en los turnos y horarios que la Administración Sanitaria determine”*.

Apartado 12 “Servicio de Gestión de Personal Administrativo, de Recepción/Información y de Centralita Telefónica”, refleja de manera común el objeto y distingue para el alcance y ámbito de aplicación, las obligaciones y especificaciones técnicas, los tres tipos de personal que conforman el servicio. Así el punto 1 define el objeto *“desarrollar las actuaciones administrativas necesarias para que el personal de la Administración Sanitaria (Personal Directivo, Personal Asistencial, Personal de Gestión), pueda realizar su trabajo...”*, el punto 2 refiere que *“los servicios se prestaran 365/6 días al año, y en los turnos y con las condiciones que se concretaran en los Protocolos y Manuales de procedimiento de cada Unidad del Hospital...”*, y el punto 3 detalla una serie de obligaciones generales y precisa que *“son las mínimas imprescindibles que ha de cumplir la Sociedad concesionaria”*, abundando en cuanto al área de apoyo Administrativo que *“no son limitativas”*, e incluyen las *“labores administrativas para los servicios asistenciales que la Administración Sanitaria determine”*.

1.3.- El “Programa Funcional”, que forma parte del “Estudio de Viabilidad”, contiene una introducción tras la que se desarrolla el programa por cada una de las nueve áreas de actividad y culmina con la ordenación de espacios global. Dentro de las áreas asistenciales se incluyen, entre otras, el “área quirúrgica” (folios 96 y ss.) y las

“consultas externas y gabinetes de exploraciones” también denominada área ambulatoria (folios 137 y ss.), explicitando que en tales gabinetes se complementa la actividad de las consultas externas realizándose procedimientos y exploraciones, y que dadas las características que reúnen son susceptibles de ser agrupadas en una misma unidad funcional. Al analizar las tendencias del entorno sanitario que afectan a las consultas externas se reflejan las características de los clientes [pacientes] previéndose como impacto del modelo asistencial el “*ofrecer una mayor cobertura horaria (ampliar los horarios de atención por la tarde)*”. Asimismo, se definen dos espacios para ecocardiografías, dos para endoscopias y uno para electromiogramas.

1.4.- La “*propuesta técnica y económica*” que obra en el expediente (folios 1272 y ss.) contiene la oferta de la concesionaria en relación a la explotación de la obra y que incide, entre otros, en los servicios a prestar por ésta como sigue:

Sobre el Servicio de Limpieza (folios 1589 y ss.), la propuesta determina en su apartado B.1.0 que “*el objeto general del servicio de limpieza es proporcionar un alto nivel de limpieza ambiental en todas las instalaciones, centros y espacios del Hospital, y de forma particular: ...proporcionar un estándar de servicio que ayude a proyectar una imagen positiva del Hospital, y un nivel de limpieza que proporcione un ambiente clínica y socialmente aceptable para los pacientes, visitantes y personal, 365 días al año, 24 horas al día*”. El apartado B.1.1.1 clasifica las zonas de limpieza como “altamente protegidas” en que incluye el bloque quirúrgico y obstétrico, “protegidas” en que incluye las consultas externas y “resto de zonas”. El apartado B.1.1.2.3 describe los tipos de limpieza como “programada”, “correctiva y de urgencia”, “planificada” y “de protección”, prestándose las dos primeras 24 horas al día, 365 días al año, la tercera en función de las necesidades de cada servicio y la última cuando sea determinado por el Servicio de Medicina

Preventiva. El apartado B.1.1.2.5.1 recoge el plan singularizado de limpieza para las zonas altamente protegidas, que incluye la limpieza inicial, entre intervenciones, post-intervención contaminante, terminal al finalizar el programa de intervenciones y la limpieza a fondo semanal. Finalmente, en ámbito de recursos humanos el apartado B.1.2.4 refleja los turnos de trabajo, previéndose en turnos de mañana, tarde y noche con un total de 25, 23 y 3 puestos de lunes a viernes, respectivamente, además de los previstos para sábados, domingos y festivos.

En cuanto al Servicio de Residuos Urbanos y Sanitarios (folios 2264 y ss.), la propuesta de la concesionaria afirma en el apartado B.4.1.1 relativo al “alcance”, que *“el servicio se realizará todos los días del año en turnos de mañana, tarde y noche, asegurando la plantilla necesaria para garantizar la cobertura del servicio y posibles emergencias propias de la actividad del nuevo hospital de Parla”*, por su parte, el apartado B.4.2.4 refleja los turnos y puestos de trabajo, previéndose un operario de mañana y otro de tarde de lunes a sábado y para las noches y festivos, disponibilidad para emergencias, afirmando que *“la disposición del trabajo en dos turnos garantiza una más completa cobertura y asistencia...”*.

La propuesta del Servicio Integral de Lavandería (folios 3098 y ss.), recoge en su apartado B.7.1.1 “alcance y ámbito de actuación” que *“el Servicio Integral de Lavandería consistirá en la recogida de ropa sucia en las dependencias del Hospital utilizando para ello medios de transporte propios. Una vez en nuestras instalaciones se clasifica por tipo de ropa para llevar a cabo su correspondiente proceso de higienización, lavado, repaso de costura y planchado; a continuación la ropa tratada se empaqueta y se prepara para su expedición y, finalmente, se procede al transporte de la ropa limpia al Hospital”*, y en cuanto al desarrollo del servicio intrahospitalario el apartado B.7.1.2.A) dice que *“para dar prestación a dicho servicio, la Sociedad realizará la entrega de ropa*

limpia y recogida de ropa sucia con frecuencia diaria de lunes a domingo, festivos incluidos, atendándose peticiones con carácter de emergencia cuando peligre la funcionalidad del Hospital” y que “la Sociedad dotará al Hospital con, al menos, una báscula de precisión donde se procederá al pesaje de la ropa sucia recogida diariamente...”. Por su parte, el apartado B.7.2.1.A) indica sobre el personal asignado en ámbito intrahospitalario, que *“la recogida de Ropa sucia, se realiza a través del servicio diario de Limpieza. La clasificación y distribución de ropa Limpia a las distintas dependencias se presta a través del servicio “Transporte Interno-Externo y Gestión Auxiliar””,* y el apartado B.7.1.5 describe la infraestructura exterior en que se limpia la ropa e incluye el certificado de capacidad productiva que cita 18.000 Kg reales diarios y potencial de 50.000 Kg diarios.

Por lo que se refiere al Servicio de Transporte Interno-Externo y Gestión Auxiliar (en adelante, TIGA) (folios 3422 y ss.), el apartado B.10.0 relativo al objeto señala que el modelo de prestación del servicio responde a las necesidades establecidas en el apartado 10 Servicio de TIGA del PPTE, que es *“el sostenimiento de las necesidades de carácter logístico que sean demandadas por el conjunto de la organización del Hospital para su correcto funcionamiento”.* Por su parte el apartado B.10.1.1.1 de *“alcance de la prestación del servicio...”* refiere que un principio básico que guía el funcionamiento es *“proporcionar un servicio ágil, programado, planificado y, en su caso, reactivo, mediante un equipo de trabajo flexible para poder adaptarse a las necesidades cambiantes de la organización y a las innovaciones que pudiesen producirse en la misma”;* el apartado B.10.1.1.2.1 *“cobertura”* afirma que: *“El servicio se cubrirá de modo continuo los 365 días al año. Los turnos y horarios se establecerán de acuerdo con la Administración Sanitaria. Sin perjuicio de ello, dentro de este trabajo se realiza la estimación de las principales características de los mismos”,* y el apartado B.10.2.4 establece como turnos de trabajo: *“de 8:00 a 15:00 en las unidades que trabajan de*

mañana, entre las 8:00 y las 22:00 horas en las unidades que trabajan a doble turno y las 24 horas en las unidades con atención continuada”.

Finalmente, en cuanto al Servicio de Gestión de Personal Administrativo (folios 3530 y ss.), el apartado B.12.0 relativo al objeto señala que la propuesta de prestación del servicio cubrirá las necesidades establecidas en el apartado 12 del PPTE, que establece como objeto del servicio *“desarrollar las actuaciones administrativas necesarias para que el personal de la Administración Sanitaria (Personal Directivo, Personal Asistencial, Personal de Gestión), pueda realizar su trabajo. Asimismo se proporcionará el Servicio de Recepción / Información de pacientes y visitantes y el funcionamiento de la Centralita Telefónica”.* La propuesta refleja el alcance para las tres áreas, a saber, apoyo administrativo, recepción/información y atención telefónica, y respecto de todo el servicio TIGA el apartado B.12.1.1.2.1 *“cobertura”* especifica que *“el servicio se cubrirá todos los días del año. Los turnos se establecerán de acuerdo con la Administración Sanitaria y formarán parte de los correspondientes protocolos o manuales de procedimientos de cada Unidad del Hospital. Dichos Protocolos y Manuales quedarán establecidos antes de la entrada en funcionamiento del hospital. Sin perjuicio de ello, la presente propuesta contiene las principales características de los turnos y horarios a establecer...”*. Por su parte, el apartado B.12.1.2 se refiere a la *“organización del servicio”* TIGA y, en particular respecto del área de apoyo, dice que *“el servicio de Apoyo Administrativo se organiza de acuerdo con las indicaciones de las múltiples unidades a las que presta su apoyo, estableciéndose, en cada caso, una dependencia funcional de los responsables de cada unidad. La organización del trabajo se realizará, de acuerdo con los protocolos y manuales de procedimientos, con la flexibilidad necesaria para atender las necesidades específicas y hábitos de trabajo de cada responsable [...]”*. En lo que hace a los horarios de trabajo, el apartado B.12.1.3.1.2 establece que mediante la programación se dará cobertura al horario típico de cada puesto de trabajo: *“de 8:00 a 15:00 en las unidades que*

trabajan de mañana, entre las 8:00 y las 22:00 horas en las unidades que trabajan a doble turno y las 24 horas en las unidades con atención continuada”.

2.- Por escrito de fecha 12 de enero de 2018, el director gerente del Hospital Universitario Infanta Cristina solicita a la Dirección General de Coordinación de la Asistencia Sanitaria, autorización de servicios adicionales para las “*consultas externas*” a prestar por la concesionaria con carácter extraordinario, al considerarlos adicionales a los prestados e incluidos en el canon concesional. Adjunta una memoria -que incluye las pruebas autorizadas en turno de tarde como pactos de gestión 2018, la estimación de las jornadas extraordinarias de tarde a realizar y sus elementos de valoración para los servicios no asistenciales precisos - y TIGA, Limpieza, Residuos y Lavandería- y una oferta de la concesionaria de precios por jornada para dichos servicios (folios 3797 y ss.).

Asimismo, con escrito de 29 de enero de 2018, solicita esa misma autorización de servicios adicionales para el “*bloque quirúrgico*”, adjuntando también una memoria y la oferta de la concesionaria de precios por jornada para tales servicios -TIGA, Limpieza, Residuos, Lavandería y Administrativos- (folios 3812 y ss.)

3.- El escrito de 30 de enero de 2018, de la Dirección General de Gestión Económico-Financiera y de Infraestructuras Sanitarias del Servicio Madrileño de Salud (en adelante, SERMAS) refiere que el Hospital Universitario Infanta Cristina va a realizar de manera puntual electromiogramas -miércoles y jueves-, ecocardiogramas -jueves- y pruebas endoscópicas -miércoles- en el Gabinete de exploraciones de Consultas Externas de Neurología/Cardiología y Digestivo. Indica también que va a prestar actividad quirúrgica por la tarde en 3 quirófanos, dos tardes y una tarde en semanas alternas, comenzando en el mes de febrero sin programación entre la segunda quincena de

junio y la primera de septiembre, ni la segunda quincena de diciembre, que se excluyen, estimando 48 jornadas de tarde con 3 quirófanos en funcionamiento cada tarde. Entiende afectados los servicios de TIGA, Limpieza, Residuos y Lavandería, por lo que, si bien considera que tales servicios están incluidos como obligación para la concesionaria en el contrato, consulta al Servicio Jurídico de la Consejería de Sanidad si dichos servicios están contemplados en el contrato o deben ser remunerados adicionalmente al mismo (folios 3835 y ss.).

4.- La Abogacía General de la Comunidad de Madrid emite informe de fecha 12 de febrero de 2018 con dos conclusiones: *“Primera.- Cualquier duda sobre la interpretación contractual de los PCAP Y PPT, del contrato de “Concesión de Obra Pública para la construcción y explotación del Hospital de Parla”, deberá despejarse, mediante el ejercicio de la potestad de interpretación administrativa del contrato, a ejercitar por el Órgano de Contratación, de conformidad con el procedimiento aplicable, que contemplara la debida audiencia al contratista, según lo argumentado en este informe. Segunda.- Existen múltiples referencias en los PCAP y demás normativa contractual, que permiten avalar la interpretación propuesta, según se indica en el cuerpo de este informe”* (folios 3842 y ss.).

5.- Con escrito de 14 de febrero de 2018, la Dirección General de Gestión Económico-Financiera y de Infraestructuras Sanitarias del SERMAS, traslada el referido informe de la Abogacía General al gerente del Hospital Universitario Infanta Cistina, comunicándole que si por parte del hospital se quiere realizar la actividad prevista por las tardes, remitirían a la sociedad concesionaria una propuesta del órgano de contratación para la prestación de los servicios requeridos y de existir oposición por dicha concesionaria se tramitaría el correspondiente expediente contradictorio, formulándose consulta a la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid (folios 3857 y 3858).

6.- Con fecha 23 de febrero de 2018, el viceconsejero de Sanidad dirige escrito -que encabeza como “propuesta de resolución”- a la sociedad concesionaria, en el que le refiere que la Gerencia del Hospital Universitario Infanta Cristina ha puesto en conocimiento de esa contratista el calendario de actividad a realizar en el ejercicio 2018 en el turno de tarde –reproduciendo el inserto en los escritos de 12 y 29 de enero de 2018 reseñados en el antecedente de hecho segundo de este dictamen-. Asimismo, le cita el contenido de las cláusulas 2, 16.2 y anexo VII del PCAP, de diversas páginas del “Programa Funcional” y del punto 2 y diversos apartados del anexo III del PPTE, como documentos contractuales que son de aplicación, y considera que:

“A la vista de la documentación contractual referenciada, la Sociedad Concesionaria está obligada a prestar servicios no asistenciales dentro del ámbito de las prestaciones de asistencia sanitaria contempladas en el programa funcional como parte de la actividad normal del hospital en cuestión.

Tal y como queda establecido en dicho programa, que sirvió como base para la preparación de las ofertas por parte de las Empresas Licitadoras expertas en este ámbito, las prestaciones citadas (electrocardiogramas, electromiogramas y pruebas endoscópicas) estaban incluidas desde el inicio por parte del SERMAS como parte de la cartera de servicios a prestar por el Hospital Infanta Cristina dentro de la Unidad de Consultas Externas, quedando contemplado en dicho programa funcional, asimismo, la posibilidad de ampliar los horarios de atención al turno de tarde.

Asimismo, en relación con la actividad quirúrgica, tal y como queda establecido en el estudio de viabilidad del hospital, la cirugía programada estaba incluida desde el inicio por parte del SERMAS como parte de la cartera de servicios a prestar por el Hospital Infanta Cristina dentro de la Unidad de Bloque Quirúrgico,

quedando contemplado en dicho estudio, asimismo, la posibilidad de incrementar el tiempo de uso de las instalaciones quirúrgicas.

En conclusión, la ampliación de dichos horarios de atención en los gabinetes de exploración así como del bloque quirúrgico, sin aumentar para ello ningún espacio ni instalación sino utilizando las ya existentes, no supone en ningún caso un "servicio extraordinario" a prestar por la SC, sino que dicha actividad queda perfectamente recogida en el PPTE, como parte de las obligaciones que la SC debe cumplir dentro del alcance de su contrato de concesión".

Con base en todo lo anterior, dispone: *"COMUNICAR a la Sociedad Concesionaria... las previsiones de actividad elaboradas por la Gerencia del Hospital Infanta Cristina, a fin de que por la misma se presten los servicios no asistenciales objeto del contrato, con plena observancia de los niveles de calidad y disponibilidad exigibles; que se consideran por este Órgano de Contratación, como parte de las obligaciones asumidas por la Sociedad Concesionaria en el contrato de concesión",* al mismo tiempo que le concede el plazo de diez días para presentar las alegaciones que estime oportunas.

Esa comunicación se notifica a la contratista el 27 de febrero de 2018 (folios 3859 y ss.).

7.- Con escrito entregado en el registro del SERMAS en fecha 20 de marzo de 2018, la contratista formula escrito de alegaciones haciendo uso del plazo conferido inicialmente y el que dice haberse ampliado tras solicitarlo, en el que de manera preliminar refleja que el anexo V del PCAP recoge los parámetros que fijan la contraprestación de la concesionaria consistente en una cantidad máxima anual de la que forman parte una cantidad fija y una variable, y destaca que esa última debe guardar criterios de proporcionalidad con el coste estimado para cada uno de los servicios que debe prestar y que entiende constantes salvo el de Esterilización y Restauración, así como que ellos

ofertaron recursos humanos y aunque el Pliego entiende que en esos servicios no se producen variaciones aunque exista un incremento de la actividad médico-sanitaria, lo cierto es que sí tiene impacto.

Tras esa exposición desarrolla sus alegaciones en que, en síntesis, sostiene:

Que a partir del año 2016 se produjo un incremento de los servicios médico-sanitarios que supuso un incremento del volumen de equipamiento y mayor nivel de servicios no asistenciales –adjunta un anexo I con las modificaciones de uso de espacios respecto del plan funcional- y la Gerencia del Hospital de Parla le trasladó la necesidad de incrementar la actividad médico sanitaria (técnicas y pruebas y actividad quirúrgica) en horario de tarde, cuando habitualmente se había hecho por la mañana, por lo que la concesionaria emitió sus ofertas por los servicios no asistenciales y se aceptaron por la Gerencia –adjunta un anexo II con histórico de comunicaciones entre la concesionaria y la Gerencia- por lo que se facturaron 6.977 € y 13.123 € en los años 2016 y 2017, respectivamente. Reprocha que la Gerencia le adjuntó un resumen de actividad extraordinaria de tarde planificada para el año 2018, pidiéndoles valoración –adjunta un anexo III con el calendario de actividad a realizar en el ejercicio 2018 en el turno de tarde (que ya hemos reseñado con anterioridad)- y que en la notificación que les han hecho el 27 de febrero de 2018, la administración sanitaria cambia el criterio utilizado hasta ahora.

Entiende que ese cambio de criterio supone que la Administración va contra sus propios actos y podría ser contraria a la buena fe pues “*venire contra factum proprium non valet*” con referencia a sentencias del Tribunal Supremo de 2003 y 2009.

Sostiene que la prestación de los servicios de la concesionaria tiene sus límites en la oferta, los protocolos y manuales, así como que

la prestación debe hacerse de manera razonable y con buena fe, puesto que no cabe entender que por el “*riesgo y ventura*” la concesionaria venga obligada a responder con los mismos niveles de calidad ante la ampliación desordenada de los servicios sanitarios y el cambio de uso de todo tipo de instalaciones. Invoca que el “Estudio de Viabilidad” contempla la ampliación de las líneas asistenciales y unidades de servicios, entendiendo que pueden dar lugar al reequilibrio financiero del contrato con su modificación; que la sociedad presentó una oferta de recursos humanos para cada servicio, lo que vincula a la Administración –incorpora un anexo IV relacionando contenidos de la oferta sobre el servicio de TIGA, Limpieza y Administrativos, cuya copia dice adjuntarse en un CD-; que los “Protocolos de Funcionamiento y Manuales de procedimiento” de los diferentes servicios deberían vincular a la Administración al interpretar las cláusulas de los pliegos –incorpora un anexo V con su información cuya copia dice adjuntarse en un CD-; y que los informes mensuales presentados a la Gerencia, programaciones semanales quirúrgicas y otros documentos no oficiales, también deberían vincular a la Administración –incorpora un anexo VI con relación de tales comunicaciones, cuyos documentos dice adjuntar en un CD-.

Finalmente, indica que las diferencias de interpretación deberían resolverse mediante un expediente contradictorio según el artículo 97 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, que deberá contener audiencia del contratista e informe del servicio competente, de la Asesoría Jurídica y de la Intervención, así como resolución motivada del órgano que haya celebrado el contrato y subsiguiente notificación al contratista (folios 3871 y ss.).

8.- Con fecha 27 de abril de 2018, el viceconsejero de Sanidad dicta “*resolución dando respuesta a las alegaciones presentadas por* (la concesionaria)” en el que refiere como antecedentes, el contrato que es

objeto de interpretación, la comunicación de la Gerencia del Hospital Universitario Infanta Cristina del calendario de actividad a realizar en el ejercicio 2018 en el turno de tarde, la comunicación de interpretación de la Administración y las alegaciones de la concesionaria. A continuación señala los artículos 59 y 249 a) del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, y la cláusula 10 del PCAP en que se contempla la prerrogativa de interpretación que ostenta la Administración. Asimismo, analiza las obligaciones asumidas por la concesionaria en el PCAP, el PPTE, el “Programa Funcional” y la “propuesta técnica y económica” y da respuesta a las alegaciones efectuadas por ésta en el procedimiento.

Con base en lo anterior señala que *“este órgano de contratación entiende que resulta procedente declarar la desestimación de las alegaciones presentadas por la Sociedad Concesionaria en relación con la propuesta de resolución elaborada por esta Administración el pasado día 23 de febrero de 2018”*, y acuerda elevar a la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid el expediente, para recabar dictamen sobre la controversia planteada.

Asimismo, acuerda la suspensión del plazo de resolución del procedimiento conforme al artículo 22 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC), por el tiempo que medie entre la remisión del expediente y la recepción del dictamen de éste órgano consultivo (folios 3905 y ss.).

9.- Esta resolución se notifica a la contratista el 4 de mayo de 2018 (folios 3935 y ss.).

10.- El viceconsejero de Sanidad solicita, el 7 de mayo de 2018, que se eleve a esta Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de

Madrid el expediente de interpretación del contrato en relación con la “prestación de los servicios no sanitarios en horario de tarde por actividad médico-sanitaria en consultas externas y bloque quirúrgico en el Hospital Infanta Cristina” (folios 1 a 4).

11.- El consejero de Sanidad, con escrito de 9 de mayo de 2018 que se recibe en esta Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid el día 10 del indicado mes y año, solicita la emisión de dictamen por este órgano consultivo y adjunta copia del expediente que incorpora: la documentación contractual y la relativa a la interpretación del contrato que hemos consignado en los antecedentes de hecho del dictamen, si bien, no incluye la respuesta dada por el gerente del Hospital Universitario Infanta Cristina –apartado 5 del antecedente de hecho segundo-, la solicitud y concesión de ampliación del plazo de alegaciones y el CD a que se refiere la concesionaria en su escrito de alegaciones –apartado 7 del mismo antecedente-, advirtiendo de la obligación de acompañar toda la documentación del expediente prevista por el artículo 19.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo, al amparo del artículo 5.3.f) d. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, conforme al cual: “(...) *la Comisión Jurídica Asesora deberá ser consultada por la Comunidad de Madrid en los siguientes asuntos: (...) f) Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las*

entidades locales y las universidades públicas sobre: (...) d. 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”, y a solicitud de un órgano legitimado para ello, según el artículo 18.3.a) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid (en adelante ROFCJA), aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno, (“(...) por el Presidente de la Comunidad de Madrid, el Consejo de Gobierno o cualquiera de sus miembros”).

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 23.1 del ROFCJA.

SEGUNDA.- Antes de entrar en el examen del procedimiento y del fondo del asunto, debe examinarse cuál es la legislación aplicable al contrato de cuya interpretación se trata. Estamos en presencia un contrato de concesión de obras públicas, regulado por el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, TRLCAP), aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, con las modificaciones introducidas por la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas. Dicha legislación es aplicable al presente contrato en virtud de su fecha de adjudicación (el 6 de mayo de 2005), en aplicación de la disposición transitoria primera del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre –al no haber entrado en vigor en la fecha de inicio del expediente, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014-.

Sentado lo anterior, procede analizar separadamente la tramitación del procedimiento de resolución y la concurrencia de la causa de resolución invocada por la Administración.

En cuanto a la competencia para acordar la interpretación de los contratos administrativos, el artículo 210 del TRLCSP dispone que, *“dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta 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”*. Tal tenor resulta también del artículo 59 del TRLCAP y se especifica en cuanto a la interpretación del contrato de concesión de obra pública en el artículo 249 a) del TRLCAP.

En el presente caso, el órgano de contratación es el consejero de Sanidad, según el artículo 41.i) de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, del Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid, en relación con el artículo 1 del Decreto 195/2015, de 4 de agosto, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Sanidad -modificado por el Decreto 85/2018, de 5 de junio, del Consejo de Gobierno- y el artículo 3.1 del Decreto 49/2003, de 3 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

Por lo que se refiere a la normativa aplicable al procedimiento de interpretación del contrato, esta Comisión Jurídica Asesora ha señalado en numerosos dictámenes sobre la misma cuestión (256/17, de 22 de junio y 157/18, de 5 de abril, entre otros), que viene dada por la vigente en el momento de su inicio, en este caso el 23 de febrero de 2018, lo que supone la aplicación del TRLCSP, y que habrá que tener en cuenta también lo dispuesto en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley de Contratos del

Sector Público. 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 Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante, RGLCAP).

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 procedimental 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 211 del TRLCSP. Así, debe darse audiencia al contratista, y en caso de que formule oposición expresa a la interpretación de la Administración, 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 del artículo 5.3.f) d. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, para los expedientes de interpretación contractual que tramite la Comunidad de Madrid.

Por su parte, el artículo 97 del RGLCAP regula el procedimiento relativo a la resolución de incidencias surgidas en la ejecución de los contratos, siendo aplicable supletoriamente a tenor del artículo 2 del Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 49/2003, de 3 de abril, para tramitar la cuestión interpretativa suscitada.

En el caso que nos ocupa, no consta un acuerdo de inicio del procedimiento, debiendo considerarse como tal el acto por el que la Administración efectúa la interpretación del contrato al supuesto

concreto que nos ocupa para comunicarlo a la contratista, y por tanto, la fecha de inicio del expediente de interpretación sería el 23 de febrero de 2018, fecha de la “*propuesta de resolución*” en que la Administración comunica que las previsiones de actividad elaboradas por la Gerencia del Hospital Universitario Infanta Cristina, se consideran como parte de las obligaciones asumidas por la concesionaria en el contrato.

Consta unido al procedimiento el informe del servicio competente, esto es la Gerencia del Hospital Universitario Infanta Cristina en cuyos escritos refleja su parecer, como adicionales, de los servicios no sanitarios en turno de tarde por la concesionaria, asimismo obra unido el informe del Servicio Jurídico en la Consejería de Sanidad que entiende avalada por los pliegos y normativa la interpretación propuesta por la Administración. Si bien dichos informes son de fecha anterior a la propuesta interpretativa que dirige la Administración a la concesionaria, ello no ha ocasionado indefensión a ésta en la medida que forman parte del expediente al que se puede acceder en trámite de alegaciones.

Por el contrario, no obra informe de la Intervención, sin que resulte preciso en el caso examinado conforme a lo dispuesto en el 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.

Conforme al artículo 211 del TRLCSP y 97 del RGLCAP, se ha dado audiencia a la concesionaria, por ello, al formularse oposición a la interpretación del contrato por parte de la contratista, resulta preceptivo el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 211.3.a) del TRLCSP.

Las actuaciones posteriores obrantes en el expediente han sido, la formulación de una resolución dando respuesta a las alegaciones de la concesionaria para interpretar el contrato, reiterando la interpretación

de la Administración, la suspensión del plazo de resolución del procedimiento, la notificación a la contratista y la petición de dictamen a esta Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid.

Por lo que se refiere al plazo para resolver el expediente de resolución del contrato, ni el TRLCSP -del mismo modo que sus antecesoras- ni el RGLCAP establecen nada al respecto, por lo que resulta de aplicación la LPAC, pues a tenor de la disposición final tercera, apartado 1 del TRLCSP, a los procedimientos regulados en esa ley se aplican con carácter subsidiario los preceptos de la LPAC, cuyo artículo 21.3 establece un plazo de caducidad de tres meses para los procedimientos iniciados de oficio a contar desde la fecha del acuerdo de iniciación.

En estos términos se ha pronunciado esta Comisión Jurídica Asesora en numerosos dictámenes, como el 256/17, de 22 de junio, el 416/17, de 19 de octubre y el 157/18, de 5 de abril, entre otros.

Por otro lado, el rigor temporal que supone la necesidad de tramitar estos procedimientos en el plazo de tres meses, puede verse atemperado por la suspensión del procedimiento para la solicitud de informes preceptivos, tal y como establece el artículo 22.1.d) de la LPAC, que exige la comunicación a los interesados en el procedimiento, tanto de la suspensión para recabar los informes preceptivos, como de la recepción de los mismos. Esa comunicación a los interesados, afianza la seguridad jurídica y la transparencia del procedimiento.

En este caso, el inicio del expediente de interpretación contractual tuvo lugar el 23 de febrero de 2018 mediante propuesta del viceconsejero de Sanidad, y se suspendió para dictamen de este órgano consultivo con comunicación a la concesionaria, por lo que el procedimiento no ha caducado.

TERCERA.- Reseñados los aspectos formales de la interpretación del contrato, se ha de examinar ahora la procedencia de la exégesis a que se refiere la propuesta de resolución remitida a esta Comisión, prerrogativa que corresponde a la Administración pública *“dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley”* conforme previenen los artículos 210 del TRLCSP y 59 del TRLCAP.

Como ya señalamos en anteriores dictámenes referidos a la interpretación de contratos, como el 416/17, de 19 de octubre, 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 dicho sentido, el Tribunal Supremo, ya en su temprana sentencia de 15 de febrero de 1999 (Ar. 915), señaló que *“no hay en el ejercicio de dicha prerrogativa discrecionalidad alguna, sino sujeción a las reglas de la hermenéutica jurídica”*.

De lo anterior se deduce la necesidad de estar, a la hora de interpretar el contrato, a los criterios exegeticos que, bajo la *rúbrica “De la interpretación de los contratos”*, establecen los artículos 1281 a 1289 del Código Civil.

En relación con las reglas interpretativas contenidas en el Código Civil, el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en sus dictámenes relativos a la interpretación de contratos (1/08, de 8 de octubre y 130/09, de 4 de marzo), señaló que: *«(...) el Código Civil dedica la primera de las normas consagrada a la interpretación de los contratos a la primacía de la interpretación literal o gramatical; así, reza el artículo 1281 que: “Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas. Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas”*».

Por tanto, la labor interpretativa debe atender fundamentalmente a la voluntad manifestada por las partes en el contrato administrativo que las vincula y en el contenido de los pliegos que se asumen como contenido contractual, en los que se concretan los pactos y condiciones definidoras de los derechos y obligaciones asumidos por las partes (artículo 115.2 del TRLCSP).

En caso de que los términos del contrato no sean claros, entrarán en juego otros criterios interpretativos. Así, se puso de manifiesto por esta Comisión en nuestros dictámenes 109/16, de 19 de mayo y 416/17, de 19 de octubre, la importancia de la interpretación sistemática consagrada en el artículo 1285 del Código Civil, haciéndonos eco de lo ya sentado por el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en su Dictamen 1/08, de 1 de octubre, que declaró: *«Entre ellos, por su importancia, merece especial atención el criterio sistemático a que hace referencia el artículo 1285 del CC, conforme al cual: “Las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas”. Este precepto proclama el principio de interpretación sistemática, el cual tiene un indiscutible valor, ya que la intención, que es el espíritu del contrato, es indivisible, no pudiendo encontrarse en una cláusula aislada de las demás, sino en el todo orgánico que el contrato constituye (vid. Por todas la STS de 28 de julio de 1990)».*

Por tal motivo, se destaca la relevancia de los pliegos como norma básica para resolver todo lo relativo al cumplimiento, inteligencia y efectos de los contratos administrativos ya que constituyen la *“ley del contrato”*, como ha entendido el Tribunal Supremo en reiteradísima jurisprudencia, y son expresión del principio de libertad de pactos reconocido en el artículo 4 del TRLCAP -25 del TRLCSP- (traslación del

principio de autonomía de la voluntad del artículo 1255 del Código Civil).

En este sentido también hay que traer a colación el artículo 94 del TRLCAP que dispone: *“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”*, como de manera similar lo hace el artículo 208 del TRLCSP.

Ello implica que el objeto de los contratos y el alcance de las prestaciones que de ellos se deriven deben quedar perfectamente definidos en los pliegos que los regulen.

Por otro lado, la sentencia del Tribunal Supremo de 8 julio 2009 (rec. núm. 2596/2005) declaró que *“si bien es cierto que el art. 1281, en su primera parte, consagra el principio in claris non fit interpretatio, que hace innecesaria la interpretación cuando la expresión es clara, que no deja lugar a dudas de cuál fue la voluntad de las partes, este principio sólo es aplicable, cuando en las palabras aparezca con evidencia, el propósito del negocio, que corresponde a la voluntad real, sin que sea lícito sustituir su sentido, a virtud de la interpretación, pero no cuando del total contenido del contrato, pueda deducirse que esa intención no concuerda con lo expresado”*, y añadió que *“el artículo 1288 cuando dice que, “la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberán favorecer a la parte que hubiera ocasionado la oscuridad”. Y no olvidemos que las bases del concurso las redactaron la Entidades demandadas”*.

CUARTA.- A partir de las anteriores premisas, procede dilucidar si la interpretación del contrato que realiza la Administración, en este caso la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, respeta las referidas reglas de interpretación de los términos del contrato o si, por el contrario, y como sostiene la concesionaria en sus alegaciones

incorporadas al procedimiento, lo exigido por la Administración excede de los servicios no sanitarios que ordinariamente debe prestar la contratista por el contrato de concesión de obra pública.

La Administración realiza una exposición de las distintas cláusulas, apartados o puntos de los documentos que conforman el contrato de concesión de obra pública de las que resulta la obligación de la contratista de prestar los servicios no sanitarios en turno de tarde como ordinariamente incluidos en el contrato y después lleva a efecto una interpretación sistemática del conjunto de los documentos que forman parte del contrato para llegar a la conclusión interpretativa que es objeto de dictamen.

Al respecto, debemos recordar que la cláusula 6 del PCAP expresa que *“tendrán carácter contractual”* el PCAP, el PPTE, el documento de formalización del contrato, el Estudio de Viabilidad (incluido el Programa Funcional), además de la oferta presentada por el adjudicatario, y añade que *“los documentos relacionados se interpretarán sistemáticamente por el órgano de contratación”*.

Comienza por destacar que la cláusula 2 del PCAP recoge el objeto del contrato *“que se ejecutará a riesgo y ventura del concesionario”* e incluye la explotación de la obra que implica, entre otros, la prestación de los servicios complementarios no sanitarios relacionados en el anexo VII como obligación específicamente asumida en la cláusula 8 del PCAP con las condiciones y estándares previstos en el PPTE *“siguiendo las instrucciones que le dirija la Administración”*, así como *“asumir los riesgos y responsabilidades”* que se deriven de dicha explotación – cláusula 16.2 del PCAP- y que incluirán *“el aumento, supresión, reducción o modificación de los servicios médicos que sirvan la zona, o los que se prevean en un futuro”*.

En cuanto a los PPTE, indica que la cláusula 2.2 obliga a la concesionaria, de manera común a todos los servicios a su cargo, a contar con el personal necesario para cumplir cada uno de ellos, y al acudir a los apartados 1, 4, 7, 10 y 12 de su anexo III, la Administración consigna los puntos en los que se recoge de manera expresa la obligación de la concesionaria de prestar cada servicio 24 horas al día y 365 días al año para satisfacer las necesidades del hospital en todas sus áreas y ajustar su prestación a las necesidades del hospital, estableciéndose obligaciones generales como *“mínimas imprescindibles que ha de cumplir la sociedad concesionaria”*.

Respecto del *“Programa Funcional”*, la Administración destaca que en la ordenación de espacios se incluyen como áreas asistenciales el *“área quirúrgica”* y las *“consultas externas y gabinetes de exploraciones”* y dentro de éstas los espacios para las actividades que va a desarrollar en jornada de tarde, atención vespertina que ya se preveían como tendencia del modelo asistencial. Por lo que se refiere a la *“propuesta técnica y económica”* de la concesionaria, la Administración refleja los apartados en que la contratista indica que prestará los servicios todos los días del año con un nivel estándar que asegure las necesidades del hospital, y que abarca las áreas asistenciales anteriormente señaladas.

La concesionaria se opone a la interpretación que efectúa la administración sanitaria, para lo que reseña previamente que el PCAP recoge los parámetros con los que se fija la contraprestación a la contratista, y también reconoce que el Pliego entiende que en los servicios objeto de controversia no se producen variaciones aunque exista un incremento de la actividad médico-sanitaria.

En su primera alegación afirma que a partir del año 2016 se produjo un incremento del volumen de equipamientos y que la Gerencia del Hospital Universitario Infanta Cristina aceptó sus ofertas respecto de servicios no asistenciales, por lo que reprocha que ante la

planificación de servicios sanitarios en horario de tarde para el año 2018, la Gerencia les pidiera valoración de los servicios no sanitarios y, sin embargo, la administración sanitaria cambie de criterio yendo contra sus propios actos, lo que es contrario a la buena fe.

Lo primero a destacar es que en el relato expositivo que hace de las actuaciones de los años 2016 y 2017, manifiesta que conllevaron un incremento del volumen de equipamientos, extremo que no acontece en el caso examinado respecto del año 2018, en que la prestación de servicios sanitarios en turno de tarde se va a hacer en los equipamientos existentes y destinados a tal fin según los documentos contractuales; por lo que esta Comisión Jurídica considera que no resultan, en absoluto, situaciones equiparables con las que son objeto de este expediente interpretativo.

Al margen de ello, no puede hablarse de infracción al principio de confianza legítima cuando se pretende crear, mantener o extender situaciones contrarias al ordenamiento jurídico, como declaró la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2007 (recurso de casación 1830/2005), que nos recuerda la sentencia de la misma Sala y Tribunal, de fecha 14 de marzo de 2018 (recurso casación 3762/2015), en la que se explicita que:

«El tercer motivo de casación, que se fundamenta en la alegación de que la sentencia recurrida infringe el principio de buena fe, el principio de protección de confianza legítima y la doctrina de actos propios, no puede ser acogido.»

Procede, en primer término, recordar el alcance del principio de confianza legítima, según expusimos en la sentencia de esta Sala de 21 de febrero de 2006 (RC 5959/2001):

“El principio de buena fe o confianza legítima, principio que tiene su origen en el Derecho Administrativo alemán (Sentencia de 14-5-1956 del Tribunal Contencioso- Administrativo de Berlín), y que constituye en la actualidad, desde las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 22-3-1961 y 13-7-1965 (asunto Lemmerz- Werk), un principio general del Derecho Comunitario, que finalmente ha sido objeto de recepción por nuestro Tribunal Supremo desde 1990 y también por nuestra legislación (Ley 4/99 de reforma de la Ley 30/92, art. 3.1.2).

Así, la STS de 10-5-99, recuerda "la doctrina sobre el principio de protección de la confianza legítima, relacionado con los más tradicionales en nuestro ordenamiento de la seguridad jurídica y la buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares, y que comporta, según la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y la jurisprudencia de esta Sala, el que la autoridad pública no pueda adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad en las decisiones de aquélla, y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones. O dicho en otros términos, la virtualidad del principio invocado puede suponer la anulación de un acto o norma y, cuando menos, obliga a responder, en el marco comunitario de la alteración (sin conocimiento anticipado, sin medidas transitorias suficientes para que los sujetos puedan acomodar su conducta y proporcionadas al interés público en juego, y sin las debidas medidas correctoras o compensatorias) de las circunstancias habituales y estables, generadoras de esperanzas fundadas de mantenimiento.

Sin embargo, el principio de confianza legítima no garantiza la perpetuación de la situación existente; la cual puede ser modificada en el marco de la facultad de apreciación de las instituciones y poderes públicos para imponer nuevas regulaciones apreciando las

necesidades del interés general”. Por otra parte, en la STS de 1-2-99 , se recuerda que “este principio no puede invocarse para crear, mantener o extender, en el ámbito del Derecho público, situaciones contrarias al ordenamiento jurídico, o cuando del acto precedente resulta una contradicción con el fin o interés tutelado por una norma jurídica que, por su naturaleza, no es susceptible de amparar una conducta discrecional por la Administración que suponga el reconocimiento de unos derechos y/u obligaciones que dimanen de actos propios de la misma”.

O, dicho en otros términos, la doctrina invocada de los “actos propios” sin la limitación que acaba de exponerse podría introducir en el ámbito de las relaciones de Derecho público el principio de la autonomía de la voluntad como método ordenador de materias reguladas por normas de naturaleza imperativa, en las que prevalece el interés público salvaguardado por el principio de legalidad; principio que resultaría conculcado si se diera validez a una actuación de la Administración contraria al ordenamiento jurídico por el solo hecho de que así se ha decidido por la Administración o porque responde a un precedente de ésta. Una cosa es la irrevocabilidad de los propios actos declarativos de derechos fuera de los cauces de revisión establecidos en la Ley (arts. 109 y 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, 102 y 103 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, Ley 30/1992, modificada por Ley 4/1999), y otra el respeto a la confianza legítima generada por actuación propia que necesariamente ha de proyectarse al ámbito de la discrecionalidad o de la autonomía, no al de los aspectos reglados o exigencias normativas frente a las que, en el Derecho Administrativo, no puede prevalecer lo resuelto en acto o en precedente que fuera contrario a aquéllos. O, en otros términos, no puede decirse que sea legítima la confianza que se

deposite en un acto o precedente que sea contrario a norma imperativa.”».

No podemos olvidar que los pliegos de los contratos son ley entre las partes contratantes, por lo que las proposiciones u ofertas que realicen los licitadores deben ajustarse al contenido de los primeros y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna.

Como ya dijéramos en nuestros dictámenes 516/16, de 17 de noviembre, 162/17, de 20 de abril y 272/17, de 29 de junio, cabe recordar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 6 de junio de 2016 (recurso 19/2015) que afirma *“el carácter vinculante de los Pliegos que rigen la adjudicación de los contratos y que constituyen la contractus lex”*. La referida sentencia cita la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras, la Sentencia de 4 de mayo de 2005 (recurso 1607/2003) y 19 de septiembre de 2000 (recurso 632/1993) donde se sostiene que: *“el Pliego de Condiciones es la Ley del Contrato por lo que ha de estarse siempre a lo que se consigne en él”*. En tal sentido, también puede recordarse la doctrina recogida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1975, según la cual: *“...al haber sido aceptada, ante la ausencia de impugnación, la regla de que el pliego de condiciones es la ley del contrato con fuerza para ambas partes es irrefragable, e impide a quien ha aceptado el pliego impugnar a posteriori sus consecuencias o determinaciones, ya que quien presenta una solicitud acepta e implícitamente da validez a todo lo actuado, unido a que en aras a la lealtad, buena fe, etc., que ha de presidir las relaciones jurídicas, resulta obligado al respeto a las bases del concurso cuando éstas son firmes y consentidas y como tales transformadas en Ley del contrato”*.

Ya hemos indicado el elenco de documentos que forman parte del contrato y tienen la misma fuerza que el documento de formalización entre las partes. Por ello, cuando la concesionaria sostiene que los servicios que ha de prestar tienen su límite en su oferta, los protocolos y los manuales, obvia que la oferta tiene su base en los documentos contractuales, que no puede contravenirlos ni restringir su contenido al versar sobre los extremos exigidos en el PCAP (artículo 233 del TRLCAP), y que a los protocolos y a los manuales no se les puede atribuir la fuerza de ley que se atribuye al contrato puesto que no existen en el momento de su formalización y son elaborados ulteriormente.

Por lo expuesto, no pueden aceptarse las argumentaciones efectuadas por la contratista sobre que en su oferta no se incluían los servicios no sanitarios en horario de tarde que les son requeridos por la Administración, puesto que el PCAP –con el contenido del artículo 230 TRLCAP-, el PPTE y el Estudio de Viabilidad –que incluye el Programa Funcional-, fue aceptado por la contratista –teniéndolos a su disposición cuando era licitadora según la cláusula 29.1 del PCAP y exige el artículo 231 del TRLCAP-, por lo que ésta no puede acudir a concretos aspectos aislados insertos en su oferta para eludir el cumplimiento de las obligaciones a que se comprometió con la formalización del contrato, ni eludir el principio de riesgo y ventura cuyo respeto para este tipo de contratos se exige por el artículo 225 del TRLCAP, pretendiendo una modificación contractual o un reequilibrio económico, que no es objeto de este expediente de interpretación ni argumento de oposición adecuado.

No en vano, el artículo 243 del TRLCAP indica que “*serán obligaciones generales del concesionario: (...) b) Explotar la obra pública, asumiendo el riesgo económico de su gestión con la continuidad y en los términos establecidos en el contrato u ordenados posteriormente por el*

órgano de contratación”, y como señala la Administración en su propuesta de resolución: “la aplicación práctica del principio de riesgo y ventura no es otra cosa que la posibilidad de ganancias o pérdidas que puede experimentar el contratista durante la vida del contrato, pero siempre sobre la base de que los supuestos ordinarios de los que se parte permanecen invariables, variando tan solo determinados aspectos que son por esencia aleatorios desde el principio en todo contrato, como puede ser la mayor o menor demanda del servicio, la mayor necesidad de reposiciones, el incremento ordinario de las retribuciones del personal del servicio del concesionario, los incrementos o disminuciones del precio del dinero, etc., factores que son por esencia variables y que, por tanto, han debido ser tenidos en cuenta desde el principio por el contratista, que debió calcular su retribución teniendo en cuenta la posibilidad de estas variaciones...”.

Con base en todo lo anterior, consideramos que una interpretación sistemática del contrato suscrito por las partes conduce a admitir la interpretación manifestada por la Administración a la concesionaria y propuesta como resolución del expediente, tal como ha tenido entrada en esta Comisión Jurídica Asesora.

En mérito a lo que antecede, esta Comisión Jurídica Asesora extrae la siguiente

CONCLUSIÓN

Resulta conforme a derecho la interpretación del contrato efectuada por la Consejería de Sanidad en el sentido de que la ampliación de horarios de atención en los gabinetes de exploración así como del bloque quirúrgico en turno de tarde prevista para el año

2018, sin aumentar para ello ningún espacio o instalación sino utilizando las ya existentes, no supone en ningún caso un “servicio extraordinario” a prestar por la concesionaria, sino que dicha actividad es parte de las obligaciones que ésta debe cumplir ordinariamente por el contrato de concesión.

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 14 de junio de 2018

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 270/18

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid