

En Logroño, a 16 de marzo de 2018, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede, con asistencia de su Presidente, D. Joaquín Espert Pérez-Caballero, y de los Consejeros, D. José M^a Cid Monreal, D. Enrique de la Iglesia Palacios, D. José Luis Jiménez Losantos y D. Pedro Prusén de Blas, y siendo ponente D. Enrique de la Iglesia Palacios, emite, por unanimidad de los asistentes, el siguiente

DICTAMEN

18/18

Correspondiente a la consulta formulada por la Excm. Sra. Consejera de Salud del Gobierno de La Rioja sobre el *procedimiento administrativo incoado para el ejercicio de la potestad administrativa de interpretación del contrato de prestación del servicio público, en la modalidad de concierto, suscrito el 27 de noviembre de 2014, entre la expresada Consejería y la empresa “C.L.M.S.L.” para la prestación del servicio de asistencia sanitaria a los beneficiarios del sistema sanitario público de La Rioja, con oposición de la empresa contratista.*

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Único

La Consejería de Salud del Gobierno de La Rioja ha remitido a este Consejo Consultivo el expediente relativo a un procedimiento para la imposición de penalidades a la empresa contratista *V.L.M.S.L.* En el seno de ese procedimiento, y según luego se expondrá, se han suscitado, entre esta mercantil y la Consejería contratante discrepancias en punto a la interpretación de ciertas cláusulas del contrato.

Pues bien, el adecuado análisis de la cuestión sometida a nuestro dictamen obliga a exponer el contexto fáctico en el que se suscita la controversia entre la Administración y la empresa adjudicataria.

1. El contrato de gestión de servicio público de 27 de noviembre de 2014.

La Consejería de Salud del Gobierno de La Rioja, por acuerdo del Excmo. Sr. Consejero de 21 de noviembre de 2014, adjudicó, a la mercantil *C.L.M.S.L.* el contrato de gestión de servicio público, en la modalidad de concierto, para la prestación de asistencia sanitaria de procesos quirúrgicos y de procedimientos intervencionistas diagnósticos y

terapéuticos, con un Centro privado en La Rioja a beneficiarios del sistema sanitario público de salud de la Comunidad Autónoma de La Rioja (CAR). El contrato se formalizó el 27 de noviembre de 2014.

De la documentación remitida a este Consejo relativa al contrato que media entre la Administración y la mercantil contratista, se consideran relevantes los siguientes extremos:

A) Uno de los documentos que integraron el expediente de contratación, tramitado con carácter previo a la adjudicación del contrato, fue la **Memoria justificativa**, de 1 de septiembre de 2014, de la Directora General de Asistencia, Prestaciones y Farmacia de la entonces Consejería de Salud y Servicios Sociales. Dicha Memoria da cuenta de: *“...la necesidad de concertar, en la CAR, un servicio de asistencia sanitaria de procesos quirúrgicos y así como de procedimientos intervencionistas diagnósticos y terapéuticos, ... como consecuencia de la insuficiencia de medios para la prestación sanitaria de dichos procesos y procedimientos a los beneficiarios de asistencia sanitaria en los establecimientos sanitarios públicos de la CAR, lo que obliga a concertar dicha prestación sanitaria con un centro sanitario privado capacitado para ello y ubicado en nuestra Comunidad”*.

Con la contratación proyectada, se pretende dar: *“cumplimiento al Decreto 56/2008, de 10 de octubre, por el que se regula la garantía de tiempos máximos de espera, ... así como la reducción de las listas de espera de pacientes, evitando de esta manera, que periodos prolongados ocasionen un grave perjuicio a estos pacientes”*.

Sobre la asistencia sanitaria que habrá de ser objeto de contratación, la Memoria explica que: *“se trata de una prestación con una doble finalidad, complementaria y sustitutoria. La necesidad sustitutoria comprende paquetes quirúrgicos y procedimientos intervencionistas en función de las necesidades asistenciales de la CAR, dando respuesta a aquellos casos en que los medios asistenciales públicos propios resultan insuficientes para atender todas las demandas sanitarias y cumplir los objetivos del Sistema público”*.

La Memoria razona que: *“en virtud de este contrato, el Sistema público de salud de La Rioja dispondrá de un Centro hospitalario privado en La Rioja, para su utilización para los procesos y procedimientos concertados por pacientes expresamente designados por Facultativos de la entidad pública de provisión de asistencia sanitaria pública de La Rioja, con sus criterios de selección ... si bien con este contrato la gestión del servicio corresponde al Centro concertado, el interés general queda garantizado en tanto a la Consejería se reserva la labor de dirección, supervisión y calidad en la prestación del mismo”*.

B) El Pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) aprobado por el órgano de contratación, y que sirvió de base a la posterior adjudicación del contrato, contiene los siguientes aspectos de interés:

-La **cláusula 3ª** define el “*objeto del contrato*”, y lo hace en términos coherentes con el apartado Primero de la Memoria justificativa: “*El objeto del contrato, de naturaleza administrativa, consiste en la gestión del servicio público, en la modalidad de concierto, para la prestación de asistencia sanitaria de procesos quirúrgicos y procedimientos intervencionistas diagnósticos y terapéuticos, con un Centro sanitario privado en La Rioja a beneficiarios del Sistema Sanitario Público de la Comunidad Autónoma de La Rioja, con carácter complementario y sustitutorio a los dispositivos propios, con las condiciones previstas en el PCAP, en el Pliego de Prescripciones Técnicas y sus Anexos. En virtud de este contrato, el Sistema Público de Salud dispondrá de un Centro hospitalario privado en La Rioja, para su utilización para los procesos y procedimientos concertados por pacientes expresamente designados por Facultativos de la Entidad Pública de provisión de asistencia sanitaria pública de La Rioja, con sus criterios de selección*”.

-Por su parte, la **cláusula 4ª** define las “*necesidades administrativas a satisfacer*”. Por las razones en él expuestas (y que son reiteración de las que ya indica la Memoria justificativa: “*es necesario concertar con un Centro Sanitario especializado en La Rioja, evitando desplazamientos fuera de nuestra Comunidad y que atienda con carácter complementario y sustitutorio a los Servicios Sanitarios Públicos. El Centro sanitario atenderá los procesos quirúrgicos... con carácter sustitutorio y/o complementario a los beneficiarios del Sistema público de salud que hubiesen sido atendidos previamente en un Centro sanitario del mismo en donde hubiesen sido diagnosticados y que por características del proceso y del paciente precisen de dichos tratamientos. Solamente se podrán derivar pacientes de los Centros públicos sanitarios de La Rioja*”.

-La **cláusula 4ª** enumera finalmente “*los procesos quirúrgicos y procedimientos intervencionistas y terapéuticos que se pretenden concertar con el Centro y dentro de los cuales deben encontrarse los que se deriven, en función de las necesidades, por el Centro Gestor*”. Entre ellos, se encuentran los procesos consistentes en el “*recambio de prótesis de cadera y rodilla*”.

-La **cláusula 5ª** establece las tarifas máximas para cada uno de los procesos (entre ellos, los de “*prótesis de cadera y rodilla (prótesis incluida)*”, así como el número de procesos y procedimientos concertados (entre ellos, 140 “*prótesis de cadera y rodilla (prótesis incluida)*”). El coste ofertado de estos procesos se toma como base para determinar la proposición económica de cada licitador (cláusula 8ª).

-La **cláusula 16ª** (*Ejecución del contrato*), tras disponer que el contratista estará obligado al cumplimiento del contrato de acuerdo con lo establecido en la normativa, legal

y reglamentaria, que le resulta de aplicación, añade que: *“El servicio se ejecutará con estricta sujeción a las estipulaciones contenidas en el clausulado del contrato, en este Pliego, en el de Prescripciones técnicas y de acuerdo a las instrucciones que para su interpretación diera al contratista el órgano de contratación a través del responsable de su ejecución, o persona a quien designe como interlocutor. La forma de cursar las instrucciones para el cumplimiento del contrato será mediante órdenes verbales y/o escritas”*.

En cuanto a las obligaciones y responsabilidades del contratista, la propia cláusula 16ª estipula que: *“el contratista será responsable de la calidad técnica de los trabajos que desarrolle y de las prestaciones y servicios realizados, así como de las consecuencias que se deduzcan para la Administración o para terceros de las omisiones, errores, métodos inadecuados o conclusiones incorrectas en la ejecución del contrato”*.

-Por su parte, la **cláusula 17ª** obliga al contratista a *“prestar el servicio con la continuidad convenida y garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones pactadas en el contrato”* (17.1), así como a *“obedecer las órdenes e instrucciones que, por escrito, le sean dictadas por el responsable del seguimiento del contrato, tanto en la realización de los mismos como en la forma de ejecución* (17.2).

-La **cláusula 26ª** establece el régimen de *“incumplimientos y penalidades administrativas”*, tipificando diversas causas constitutivas de incumplimientos del contrato, y clasificándolas en leves, graves y muy graves. Por otra parte, enumera las penalidades que pueden anudarse a cada uno de esos tipos de incumplimiento.

C) El Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), resulta coherente tanto con la Memoria justificativa, como en el PCAP.

-Su **Apartado 3º** describe las *“modalidades de asistencia que se conciertan”*: *“para el cumplimiento del objeto de este concierto, el Centro ofertado deberá prestar asistencia en régimen de internamiento, ambulatorio y de urgencia, las modalidades de prestación de asistencia que se conciertan son las siguientes: 3.1 procesos quirúrgicos; 3.2 procedimientos intervencionistas, diagnósticos y terapéuticos.”*

-Conforme al **Apartado 3.1**, los procesos quirúrgicos incluirán, entre otras muchas actividades (estudio preoperatorio, preparación para la intervención quirúrgica, ingreso en la unidad de reanimación...), la *“realización del procedimiento quirúrgico”*.

-Y, por su parte, el **Apartado 3.1.11** explícita que: *“Si el equipo quirúrgico del Centro concertado estimase que por razones médicas detectadas en el estudio preoperatorio, no procede la intervención quirúrgica de un paciente, o el procedimiento indicado no es correcto, el Centro concertado lo comunicará de manera inmediata al*

Hospital de procedencia, indicando la nueva indicación y el presupuesto de ejecución (para el caso en que no coincida con alguno de los adjudicados). El Servicio de salud público riojano y en último término la Consejería de Salud y Servicios Sociales de La Rioja, podrá o no aceptar la nueva indicación y eventualmente su presupuesto mediante comunicación por escrito”.

-El Apartado 3.1.12 añade que: **“en el caso de que el cambio de indicación sobre venga durante el acto quirúrgico, el equipo facultativo completará la cirugía que resulte precisa a su leal entender, liquidando sea económicamente la cirugía practicada, con reserva para la Consejería de Salud y Servicios Sociales de La Rioja de analizar el caso y su correspondiente facturación”.**

-Semejantes previsiones contiene el **Apartado 3.2**, relativo a los procedimientos intervencionistas diagnósticos y terapéuticos, en el sub-apartado relativo a la **“anulación o cambio del procedimiento terapéutico”**.

-Dentro de los aspectos atinentes a la **“Organización del servicio”**, (**Apartado 4º**), el **Apartado 4.2** regula el **“flujo de pacientes”** entre el Centro público peticionario, y el Centro concertado privado, señalando que: **“para la remisión de pacientes se utilizará el sistema de información de lista de espera quirúrgica de procedimientos por parte del Centro peticionario, y siguiendo los mecanismos establecidos en cada contrato. en aquellos casos que por diferentes circunstancias no se realice el procedimiento solicitado, el Centro concertado deberá ponerlo en conocimiento del Centro peticionario con la mayor brevedad posible. La solicitud de prestación sanitaria objeto del convenio, se hará utilizándose el impreso normalizado del Centro peticionario que derive al paciente, y una vez haya sido autorizado por la Dirección Médica o el Servicio de Admisión”**.

D) Por último, el documento administrativo por el que se formalizó el **contrato suscrito, el 27 de noviembre de 2014**, entre la Administración y la empresa adjudicataria, viene, en lo sustancial, a remitirse a los términos del PCAP y del PPT, en cuanto a la determinación del objeto del contrato y de las obligaciones y derechos que de él nacen para las partes contratantes. Naturalmente, contempla la sumisión del adjudicatario al PCAP, al PPT **“y demás documentación que rige este contrato”**, así como a **“la legislación propia de la Comunidad Autónoma de La Rioja en materia de contratación administrativa y, supletoriamente, a la del Estado y a las demás disposiciones vigentes que sean de aplicación a este contrato” (cláusula décima)**.

En efecto, los distintos documentos que integran el contrato, así como su orden de prioridad en caso de contradicciones internas, son los establecidos en la **Cláusula 15ª** PCAP: **“1º PCAP; 2º PPT; 3º Proyecto de Explotación o Memoria económica; 4º Contrato Administrativo (documento de formalización); 5º Oferta del licitador adjudicatario”**.

2. Las incidencias surgidas durante la ejecución del contrato.

A) Vigente ya el contrato adjudicado en noviembre de 2014, el 30 de mayo de 2017, el Sr. Jefe del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología del Hospital *San Pedro*, de Logroño, emitió informe por el que ponía de manifiesto que:

“Desde este Servicio,... venimos observando, con una cierta frecuencia, cambios en la técnica quirúrgica indicada por nuestra parte a pacientes que han sido, finalmente, intervenidos a través del concierto establecido con la C.L.M. Los cambios de indicación corresponden, fundamentalmente, a pacientes que tenían indicado como procedimiento una prótesis total de rodilla a los que, sin consulta previa con nosotros, se les realizó una prótesis unicompartimental de rodilla (las negritas y subrayados son del original).

Por otra parte, este cambio de indicación ha resultado, en varios casos, en una mala evolución clínica de los pacientes, estando, algunos de ellos, pendientes de reintervenir para practicarles prótesis totales: la técnica inicialmente indicada.

Concretamente, en el año 2016 y primer cuatrimestre de 2017, se ha detectado un cambio de la indicación de prótesis total de rodilla por prótesis unicompartimental de rodilla en seis pacientes; dos de ellos están actualmente pendientes de un nuevo recambio protésico por mala evolución; y otros dos pacientes presentan mala evolución (siendo esperable que terminen igual que los anteriores en un corto plazo)”.

B) En parecidos términos, el 30 de junio de 2017, el Sr. Jefe de Área de Salud de La Rioja, evacuó un informe en el que, a las circunstancias antes reseñadas, añade que:

*“Aunque pueda o no tener relación, se observa que todos los cambios de indicación coinciden en un mismo profesional. Solicitada justificación de los cambios de procedimiento, la explicación dada por el Hospital... de manera verbal, a través de D..., Director Territorial V, es que el motivo reflejado literalmente en la hoja de derivación es PTR izq o dcha, y la interpretación del acrónimo, por parte de este profesional, es prótesis sin más, en vez de **Prótesis Total de Rodilla** (las letras señaladas en negrita son del original) y, por lo tanto, el Facultativo entendía que quedaba a su criterio, si parcial o total. Esta explicación es, al menos, también para el Servicio, difícil de entender ya que afecta a un solo Facultativo; no es así en todos los casos en los que se ha realizado el cambio de indicación; el propio Centro concertado utiliza el mismo acrónimo para referirse a prótesis total de rodilla y, en cualquier caso, el profesional tiene a la HCE del paciente, donde se justifica, desde el punto de vista profesional, la técnica indicada...”*

Tal como viene recogido en la cláusula 26 del PCAP, “constituye incumplimiento del contrato toda vulneración del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, Pliego de Prescripciones Técnicas particulares...”.

Concretamente, el Pliego de P. Técnicas (PPT), en su apartado 3.1, Procesos quirúrgicos, en el punto 11, precisa que, en el caso de que razones médicas detectadas en el estudio preoperatorio no proceda la intervención o el procedimiento indicado no sea el correcto, el Centro concertado lo comunicará de manera inmediata al Hospital de procedencia, indicando la nueva indicación; asimismo, el SERIS deberá pronunciarse a este respecto por escrito, aceptando o no la indicación efectuada, hecho que no se ha realizado”.

Lo que informo al objeto de que se inicien las actuaciones que procedan ...”.

3. El procedimiento para la imposición de penalidades.

A la vista de estos informes técnicos, y previo informe de 8 de agosto de 2017 de la Secretaría General Técnica de la Consejería, la Excm. Sra. Consejera de Salud, por Resolución de 10 de agosto de 2017, acordó el inicio de un procedimiento para la imposición de penalidades a la empresa contratista. En la misma Resolución, se nombró al Instructor del procedimiento, y se concedió a la mercantil un plazo de diez días para formular alegaciones. En el expediente, se han observado los trámites que se relacionan a continuación.

A) La contratista, por escritos de 22 de agosto de 2017 y 6 de septiembre de 2017, compareció en el procedimiento y realizó diversas alegaciones, en las cuales:

-En síntesis, reconoce que, efectivamente, a esos seis pacientes, se les habían realizado operaciones de prótesis **unicompartimental** de rodilla, y no de prótesis **total**, si bien achaca esa circunstancia a que, en los documentos de remisión de pacientes enviados por el Hospital *San Pedro* a la Clínica de la contratista, *“no se concreta, o, al menos, no se hace con suficiente claridad el tipo de prótesis que debía aplicarse”*.

-Por otra parte, apunta ya a una discrepancia en la interpretación del contrato, ya que, en interpretación del PCAP, razona que las Cláusulas 5ª y 8ª.4 describen el tipo de proceso quirúrgico contratado (*“Prótesis de Rodilla”*), y concluye que, en definitiva, a los pacientes afectados *“se les dispensó el “procedimiento” contratado por la Administración”*.

-Finalmente, analiza el PPT y señala que, conforme a su Apartado 3.3, *“corresponde al Facultativo interviniente la elección del material protésico, atendiendo para ello –como señala la cláusula 3.3 del PPT- al que “asegure la mayor eficiencia según criterios científicos establecidos, y serán seleccionados por el equipo médico que realiza el procedimiento ...”*.

B) De esas alegaciones, se dio traslado al Jefe del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología del Hospital *San Pedro*, así como al Sr. Jefe del Área de Salud de La Rioja, quienes, en sus informes de 25 de septiembre de 2017, rebaten las consideraciones realizadas por la mercantil:

-Ambos explican: i) que el Centro hospitalario concertado debe realizar, para cada paciente, el proceso quirúrgico que le sea específicamente indicado por el Centro público petionario; ii) que las indicaciones de los procesos a realizar a cada paciente eran, en los seis casos, de cambio de indicación detectados, perfectamente claras, pues las siglas PTR

(que, efectivamente, figuran en los documentos de remisión, que obran en el expediente) significan, en la literatura médica, “*Prótesis Total de Rodilla*”; iii) que cualquier duda que tenga el Facultativo puede resolverla comprobando la documentación remitida desde el Servicio de Admisión del Hospital San Pedro (“*historia clínica, pruebas de imagen y cualquier información relevante que se solicita*”); y iv) que es de advertir el hecho de que los seis cambios de desatención del proceso quirúrgico indicado hayan sido realizados por el mismo profesional, de los dos con que cuenta el Centro concertado.

-El informe del Director del Área de Salud expone que:

“...el procedimiento dispensado no coincide con el indicado por el profesional que lo incluyó en lista quirúrgica; de hecho, a este paciente, se le hubiera practicado dentro del Hospital San Pedro, Centro que realizó, a través de las pruebas complementarias y las diferentes exploraciones, el diagnóstico y la indicación quirúrgica, una prótesis total de rodilla, motivo para el que se derivó al Centro concertado”.

... en estos seis casos, la indicación estaba clara, prótesis total de rodilla, bien como acrónimo (PTR derecha o Izquierda), o bien con la literalidad del procedimiento (Prótesis Total de Rodilla derecha o Izquierda. Por otra parte, la Sociedad Española de Documentación Médica (SEDOM), Sociedad científica que agrupa a Médicos especializados en Documentación Médica, claramente identifica PTR, en el ámbito de cirugía reumatológica y ortopédica, como, prótesis total de rodilla, sin ningún tipo de duda. Además, en el ámbito de la Traumatología y Cirugía Ortopédica, tanto profesionales como literatura científica consultada, inequívocamente identifican PTR como prótesis total de rodilla.

...de las 123 prótesis de rodilla remitidas al Centro concertado en el año 2016, los seis cambios de indicación, de total por parcial, coinciden en el mismo profesional y no ocurre con el resto de profesionales que intervienen en el mismo Centro.

... este cambio de indicación ha resultado, en varios casos, en una mala evolución clínica de los pacientes, estando, algunos de ellos, pendientes de reintervenir para practicarles prótesis totales. Estos pacientes, algunos con patología concomitante y que deben ser reintervenidos, asumen de nuevo el riesgo quirúrgico de este tipo de intervenciones; riesgo quirúrgico que incluye un mínimo porcentaje de mortalidad (consentimiento informado)...

... de los 126 pacientes derivados al concierto para ser intervenidos, con indicación de prótesis de rodilla, en el año 2016, en 6 de ellos, se realizó cambio de indicación y tratamiento, concretamente prótesis unicompartmental, frente a total de rodilla. En otros 9 pacientes, se realizó prótesis unicompartmental, pero la hoja de derivación sólo indicaba prótesis de rodilla, sin especificar unicompartmental, total o de otro tipo; por lo cual no han sido objeto de identificación como cambio de indicación, aunque la historia clínica del paciente, a disposición del profesional que realiza, en última instancia, la intervención, orienta claramente la técnica a realizar. Además, desde el Servicio de Admisión del Hospital San Pedro, y de forma diaria, se remiten, en diferentes soportes, la historia clínica, pruebas de imagen, y cualquier información relevante que se solicita de cara a la atención de los pacientes derivados al concierto.

Del total de estas 15 intervenciones, 14 fueron realizadas por el mismo profesional. Resulta difícil entender que la misma evidencia científica disponible lleve a un profesional a intervenir 77 de los 126 pacientes derivados al concierto con indicación de prótesis de rodilla y que sólo en un caso, donde no se especificaba tipo de prótesis, practique una prótesis unicompartmental, y con la

misma evidencia, otro profesional, que interviene a 32 de los pacientes derivados al concierto, con igual indicación, realice, a 14 de ellos, prótesis unicompartimental, seis de los cuales tenían claramente indicada prótesis total de rodilla como motivo de acción”.

-A ello, el Jefe de Servicio de Cirugía Ortopédica del Hospital *San Pedro* añade, en su informe, que:

“Consideramos que la indicación realizada, desde el Servicio de COT, debe respetarse escrupulosamente y, si no se está de acuerdo (algo que entendemos puede ocurrir), se debe devolver al paciente, y no cambiar la indicación inicial, ya que, en la práctica, lo que se está concertando es un procedimiento (la intervención quirúrgica indicada) y no un proceso completo hasta su resolución (gonartrosis). De hecho, salvo las revisiones inmediatas todo el proceso, recae su seguimiento en el Hospital San Pedro.

Las siglas PTR, en Traumatología, significan Prótesis Total de Rodilla ('Diccionario de siglas médicas y otras abreviaturas, epónimos y términos médicos relacionados con la codificación de las altas hospitalarias'; editado y distribuido por el Ministerio de Sanidad y Consumo).

Entendemos que la Prótesis Unicompartimental de Rodilla es una técnica perfectamente-contrastada y efectiva en pacientes bien seleccionados y con una técnica quirúrgica mucho más exigente que la PTR (el artículo adjuntado hace referencia a dicha técnica -PUR- pero en un compartimento de la rodilla (lateral) que no corresponde a ninguno de los casos en cuestión).

Precisamente por tener tanta importancia la selección de los pacientes creemos que somos el Servicio de CGT del Hospital San Pedro quienes debemos sentar la indicación, ya que somos quienes seguimos al paciente desde mucho antes y después de la cirugía”.

C) El 5 de octubre de 2017, la Instructora del expediente emitió la Propuesta de resolución favorable a declarar que los hechos motivadores del inicio del procedimiento eran constitutivos de incumplimiento contractual grave, y a imponer penalidades a la contratista; que habrían de consistir en el apercibimiento a la contratista y, en caso de desatención, la imposición de penalización de *“una cuantía comprendida entre el 5% y el 10% de la facturación bruta anual del contrato del último ejercicio consolidado”.*

D) Sobre esa Propuesta de resolución, se otorgó un nuevo trámite de audiencia a la contratista, que satisfizo mediante escrito de 16 de octubre de 2017, reiterando, sustancialmente, las consideraciones sostenidas en sus escritos anteriores.

E) Por Resolución de 25 de octubre de 2017, la Excma. Sra. Consejera de Salud acogió los términos de la Propuesta de resolución e impuso a la contratista las penalidades referidas.

F) Contra esa Resolución, la mercantil presentó recurso de reposición el 24 de noviembre de 2017; en el cual, además de oponerse a las penalidades impuestas, indicó que éstas traían causa de la indebida interpretación que la Administración contratante hacía de las obligaciones contractuales del contratista, de modo que esa interpretación, en

caso de oposición por el contratista, no podía ser realizada por el órgano de contratación sin la intervención preceptiva del Consejo Consultivo.

G) La Excm. Sra. Consejera de Salud, por Resolución de 27 de diciembre de 2017 (a propuesta de la Secretaría General Técnica, expresada en informe del día anterior), estimó parcialmente el recurso interpuesto contra la Resolución de 25 de octubre de 2017, *“que se anula y deja sin efecto por haberse omitido un trámite esencial antes de su adopción, cual es la solicitud de dictamen al Consejo Consultivo de La Rioja. Se dispone la retroacción de las actuaciones al momento en que tal dictamen debió ser solicitado, esto es, el momento anterior a la Resolución de 25 de octubre de 2017”*.

H) Ese mismo día 27 de diciembre de 2017, la Secretaría General Técnica de la Consejería actuante recabó, de los Servicios Jurídicos, informe relativo al *“ejercicio de potestad de interpretación por parte del órgano de contratación ante discrepancia con contratista”*. Los Servicios Jurídicos emitieron ese informe el 19 de enero de 2018, en términos favorables a la interpretación contractual postulada por el órgano de contratación, así como a la imposición de penalidades por incumplimiento contractual grave del contratista.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito de 19 de enero de 2018, registrado de entrada en este Consejo el día 30 de enero de 2018, la Excm. Sra. Consejera de Salud del Gobierno de La Rioja remite al Consejo Consultivo de La Rioja, concretamente a su Presidente y para dictamen, el expediente tramitado sobre el asunto referido.

Segundo

El Sr. Presidente del Consejo Consultivo de La Rioja, mediante escrito firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente el 31 de enero de 2018, procedió, en nombre de dicho Consejo, a acusar recibo de la consulta, a declarar provisionalmente la misma bien efectuada, así como a apreciar la competencia del Consejo para evacuarla en forma de dictamen.

Tercero

Asignada la ponencia al Consejero señalado en el encabezamiento, la correspondiente ponencia quedó incluida, para debate y votación, en el orden del día de la sesión del Consejo Consultivo convocada para la fecha allí mismo indicada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero

Necesidad del dictamen del Consejo Consultivo y su ámbito.

En los supuestos en que la Administración pública ejercite sus prerrogativas de *interpretación, nulidad y resolución* de contratos administrativos, y cuando el contratista haya mostrado su oposición, será preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma.

Así lo dispone, en la actualidad, el art. 191.3.a) de la, ya vigente, Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector público (LCSP'17); como, antes, el art. 211.3, a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector público, aprobado por RD-Leg. 3/2011, de 14 de noviembre (LCSP'11); el art. 195.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector público (LCSP'07); o el art. 59.3 a) del Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas, aprobado por RD-Leg. 2/2000, de 16 de junio (LCAP'00).

Por su parte, nuestra Ley reguladora 3/2001, de 31 de mayo, recoge, en su artículo 11.i), la preceptividad de nuestro dictamen, en los mismos casos; y, en iguales términos, se expresa el artículo 12.I de nuestro Reglamento orgánico y funcional, aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero. Por lo tanto y como quiera que, entre la Administración y el contratista, existen discrepancias en cuanto a la interpretación del contrato, nuestro dictamen resulta preceptivo.

Segundo

Normativa aplicable al presente expediente

El contrato de cuya interpretación se trata constituye un contrato administrativo típico, de gestión de servicio público, de los previstos por el art. 8 LCSP'11, que, como enseguida veremos, es aplicable en este caso.

En efecto, el contrato tiene por objeto la gestión de un servicio público cuya prestación es de competencia de la Administración autonómica contratante: el servicio de asistencia sanitaria de ciertos procesos quirúrgicos y procedimientos intervencionistas diagnósticos y terapéuticos. Entre otros muchos, a través de este contrato, la Comunidad Autónoma de La Rioja (CAR), como Administración sanitaria competente concierne la realización, por el contratista, de una serie de procesos quirúrgicos y procedimientos médicos, entre ellos, los relativos a las "*prótesis de cadera y rodilla*" (cfr, por todas, la Cláusula 3ª del contrato).

La DT1ª, 2 de la, ya vigente, LCSP'17 establece que *“los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se registrarán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”*. Esta nueva LCSP '17 ha entrado en vigor el 9 de marzo de 2018 (DF 16ª).

En parecidos términos, la DT1ª, 2 de la LCSP'11 disponía que *“los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regularán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, por la normativa anterior”*. La LCSP'11 entró en vigor el 16 de diciembre de 2011 (DF Única).

En definitiva, el contrato analizado cae de lleno bajo el imperio temporal del LCSP'11 (en su redacción vigente a 21 de noviembre de 2014), pues fue adjudicado en una fecha comprendida entre las de entrada en vigor de las Leyes de 2011 (LCSP'11) y 2017 (LCSP'17).

Igualmente, resulta de aplicación el Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas, aprobado por RD 1098/2001, de 12 de octubre (RCAP'01), singularmente sus arts. 109 y ss, que se mantienen en vigor en cuanto no se opongan a la normativa vigente con rango de ley, en este caso, como hemos señalado a la LCSP'11 (cfr. la DD Única de esta LCSP'11).

Tercero

Procedimiento a seguir para el ejercicio de la prerrogativa administrativa de interpretar los contratos del Sector público.

1. Como es sabido, una de las prerrogativas que ostenta el órgano de contratación es la de *“interpretar los contratos administrativos”* y *“resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento”* (art. 210 LCSP '11).

2. En cuanto al cauce formal a través del cual haya de hacerse efectiva esa prerrogativa, el art. 211.1 LCSP'11 dispone que, *“en los procedimientos que se instruyan para la adopción de acuerdos relativos a la interpretación, modificación y resolución del contrato, deberá darse audiencia al contratista”*; añadiendo el apartado 3 que, en caso de oposición por el contratista, *“será preceptivo el informe del Consejo de Estado u Órgano Consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva”*, según hemos expuesto ya.

En fin, el art. 211.4 LCSP'11 dispone que *“los acuerdos que adopte el órgano de contratación pondrán fin a la vía administrativa y serán inmediatamente ejecutivos”*.

En su desarrollo, el art. 97 RCAP'01 dispone que:

“Con carácter general, salvo lo establecido en la legislación de contratos de las Administraciones públicas para casos específicos, cuantas incidencias surjan entre la Administración y el contratista en la ejecución de un contrato por diferencias en la interpretación de lo convenido o por la necesidad de modificar las condiciones contractuales, se tramitarán mediante expediente contradictorio, que comprenderá preceptivamente las actuaciones siguientes:

- 1. Propuesta de la Administración o petición del contratista.*
- 2. Audiencia del contratista e informe del Servicio competente, a evacuar, en ambos casos, en un plazo de cinco días hábiles.*
- 3. Informe, en su caso, de la Asesoría Jurídica y de la Intervención, a evacuar en el mismo plazo anterior.*
- 4. Resolución motivada del órgano que haya celebrado el contrato y subsiguiente notificación al contratista.*

Salvo que motivos de interés público lo justifiquen o la naturaleza de las incidencias lo requiera, la tramitación de estas últimas no determinará la paralización del contrato”.

A los efectos del contrato analizado, es de destacar que el art. 97 RCAP'01, el cual se mantiene aún en vigor, en lo que no se oponga a la LCSP'11 (según la DD Única de ésta), no tiene, sin embargo (según la DF 1ª del propio RCAP'01), carácter básico, si bien, al no haberse dictado por la CAR una norma propia que regule los procedimientos de interpretación contractual, resulta de aplicación a este contrato, dada la cláusula de supletoriedad establecida por el art. 149.3 CE.

3. De las consideraciones anteriores, se desprende, en definitiva, que los arts. 211 LCSP'11 y 97 RCAP'01, prevén que el ejercicio por la Administración de su prerrogativa de interpretar los contratos se realice en el seno de un procedimiento específicamente dirigido el efecto; procedimiento que esas normas tipifican y regulan, y que ha de concluir con una resolución del órgano de contratación, que se pronuncie sobre la interpretación del contrato y que será inmediatamente ejecutiva (art. 211.4 LCSP'11).

En el caso presente, la Consejería consultante no ha tramitado un procedimiento administrativo encaminado a interpretar el contrato, sino que las dudas suscitadas sobre la exégesis se han planteado en el seno, como una suerte cuestión incidental, de un procedimiento para la imposición de penalidades.

A criterio de este Consejo, esta circunstancia no impediría, por sí sola, que la Consejería pudiera dictar la resolución a que se refiere el art. 211.4 LCSP'11; pero, para ello, sería preciso que, en el curso de ese procedimiento de imposición de penalidades, se observaran, rigurosamente, todos los trámites que habrían debido integrar el

procedimiento de interpretación del contrato; además, claro está, de la garantía de la intervención última, de este Consejo Consultivo.

Analizadas las actuaciones que integran el procedimiento de imposición de penalidades, y confrontadas con los trámites que preceptivamente ha de comprender el procedimiento administrativo de interpretación contractual conforme al art. 97 RCAP'01, sin duda, pueden entenderse satisfechos los siguientes trámites: i) la petición y audiencia del contratista (de hecho, ha sido él mismo quien, en sus sucesivos escritos, ha suscitado el conflicto sobre la interpretación de las cláusulas del PCAP y el PPT); ii) el informe de los Servicios competentes (emitidos el 25 de septiembre de 2017, que, a su vez, amplían los de 30 de mayo y 30 de junio del mismo año); y iii) el informe de la *Asesoría Jurídica* (los Servicios Jurídicos del Gobierno de La Rioja, evacuaron su informe el 19 de enero de 2018).

Sin embargo, no se ha recabado el informe, también preceptivo, “*de la Intervención*” (art. 97.3 RCAP'01), siendo que su omisión podría acarrear la nulidad radical de la resolución interpretativa, al haberse dictado con omisión de un trámite calificado expresamente como preceptivo (art. 47.1.e) LPAC'15, en relación con el art. 97 RCAP'01).

4. A la vista de lo expuesto, se abre, a la Consejería consultante, la opción de subsanar la omisión padecida, mediante la petición y emisión del informe de la Intervención, y ordenar la continuación del procedimiento, con conservación de los trámites y actuaciones ya realizadas, incluso el dictamen del Consejo Consultivo en el caso de que la Intervención no aporte elementos de hecho o de Derecho nuevos que puedan alterar los términos de la controversia suscitada.

Cuarto

Interpretación del contrato de 27 de noviembre de 2014.

A reserva de las consideraciones expuestas con anterioridad, este Consejo Consultivo manifiesta cuanto sigue en relación con la interpretación del Contrato de 27 de noviembre de 2014.

1. En los Antecedentes del Asunto han quedado identificadas las Cláusulas del PCAP y del PPT sobre las que se plantean las dudas interpretativas, así como las posiciones que mantiene cada una de las partes contractuales en relación con las obligaciones que asume la contratista en la realización de los procesos quirúrgicos concertados.

2. Una interpretación adecuada del PCAP y del PPT obliga a partir necesariamente de la finalidad que quiso satisfacer la Administración contratante con la celebración del contrato; o, si se prefiere, de la *intención* de la Administración contratante, intención que se erige en canon hermenéutico primordial de los contratos (art. 1281.2º Cc).

Al respecto, la Memoria justificativa de 1 de septiembre de 2014 –que hemos transcrito con anterioridad- explica nítidamente que la Administración autonómica carece de medios propios suficientes para garantizar que ciertos procesos quirúrgicos y procedimientos terapéuticos se realicen, para los pacientes, en los plazos de espera exigidos por el Decreto 56/2008, de 10 de octubre.

Así, a la Comunidad Autónoma le resulta necesario recabar, por medio de concierto, los servicios de otro Centro hospitalario -privado en este caso- que, ubicado en la propia Comunidad Autónoma, pueda ejecutar los mismos procesos quirúrgicos y procedimientos terapéuticos que, en caso de tener medios suficientes, se acometerían en el Centro sanitario público.

De hecho, en lo que afecta, entre otras, a las operaciones de prótesis de rodilla (proceso quirúrgico sobre el que se entabla la controversia), la Memoria justificativa explicita que la prestación a contratar es “*sustitutoria*” de la que la Administración sanitaria realizaría con los medios materiales propios, si estos fueran suficientes para atender la demanda de los usuarios del Sistema; y añade que: **“La necesidad sustitutoria comprende paquetes quirúrgicos y procedimientos intervencionistas en función de las necesidades asistenciales de la CAR, dando respuesta a aquellos casos en que los medios asistenciales públicos propios resultan insuficientes para atender todas las demandas sanitarias y cumplir los objetivos del Sistema público”**.

3. En plena coherencia armónica con esa finalidad, el PCAP y el PPT describen el objeto del contrato, las necesidades administrativas a satisfacer (Cláusulas 3ª y 4ª PCAP, especialmente), y conforman un marco de relaciones contractuales entre la Administración sanitaria (y, más concretamente, el Centro público remitente y el Centro concertado), según el cual es el Centro hospitalario público el que, para cada paciente, y en función de las pruebas diagnósticas y criterios de los Servicios médicos del Centro remitente, determina el concreto tipo de proceso quirúrgico a acometer; proceso quirúrgico que el Centro concertado ha de ejecutar en los términos indicados por el Centro público petionario.

A) Así, la Cláusula 17.2 PCAP determina el sometimiento del contratista a las “*órdenes e instrucciones que, por escrito, les sean dictadas por el responsable del seguimiento del contrato, tanto en la realización de los mismos [los servicios a que se refiere la Cláusula 17.1] como en las forma de ejecución*”.

Y, con mayor claridad si cabe, las Cláusulas 3 y 4.2 PPT, precisan la posición de cada parte en la determinación y ejecución de los procesos quirúrgicos incluidos dentro de las modalidades de asistencia que se concertan. Efectivamente, dentro de esas modalidades de asistencia están comprendidos los procesos quirúrgicos (Cláusula 3.1 PPT), en relación con los cuales, además de otras actuaciones, el Centro concertado deberá realizar el “*procedimiento quirúrgico*”; y la determinación de cuál sea ese concreto procedimiento quirúrgico para cada paciente corresponde hacerla al Centro público petionario, como se desprende de la Cláusula 4.2 y de la Cláusula 3.1.11.

-La Cláusula 4.2 PPT (“*Flujo de pacientes*”) dispone que la remisión de pacientes se formalizará mediante una “*solicitud de prestación sanitaria objeto del concierto*”, que “*se hará utilizándose el impreso normalizado del Centro petionario que derive el paciente, y una vez haya sido autorizado por la Dirección Médica o el Servicio de Admisión*”.

En ese trámite de remisión, es evidente que el Centro petionario puede –y debe– identificar el concreto procedimiento quirúrgico indicado, como también lo es que ejecutar este procedimiento quirúrgico, y no otro, es obligatorio para el Centro concertado, salvo las excepciones que el propio PPT autoriza, y con sujeción a los límites que en él se indican.

En tal sentido, la Cláusula 3.1.11 PPT aclara que: “*si el Equipo quirúrgico del Centro concertado estimase que, por razones médicas detectadas en el estudio preoperatorio, no procede la intervención quirúrgica de un paciente, o el procedimiento indicado no es correcto, el Centro concertado lo comunicará, de manera inmediata, al Hospital de procedencia, indicando la nueva indicación y el presupuesto de ejecución (para el caso en que no coincida con alguno de los adjudicados). El Servicio de Salud público riojano y, en último término, la Consejería de Salud y Servicios Sociales de La Rioja, podrá o no aceptar la nueva indicación y, eventualmente, su presupuesto, mediante comunicación por escrito*”.

-En definitiva, el Centro petionario debe indicar un procedimiento quirúrgico; y el Centro concertado, ejecutarlo. Y, aunque, por razones médicas detectadas en el estudio preoperatorio, el Equipo médico del Centro concertado estimase que el procedimiento no es correcto, el Centro concertado no puede, unilateralmente, dejar de ejecutar ese procedimiento indicado, sino que ha de comunicar su parecer médico al Centro petionario, “*indicando la nueva indicación*”. A partir de ahí, la decisión última sobre el procedimiento quirúrgico indicado sigue correspondiendo a la Administración sanitaria (el “*Servicio Público Riojano y, en último término, la Consejería de Salud*”), que “*podrá o no aceptar la nueva indicación (y, eventualmente, su presupuesto) mediante comunicación por escrito*”.

B) Prueba de que la decisión sobre la concreta indicación quirúrgica corresponde, con carácter general, a la Administración sanitaria, es que sólo se establece un supuesto de excepción: aquel en el que “*el cambio de indicación sobrevenga durante el acto quirúrgico*”, caso en el que el “*equipo facultativo completará la cirugía que resulte precisa a su leal saber y entender, liquidándose la cirugía practicada, con reserva para la Consejería de Salud y Servicios Sociales de La Rioja de analizar el caso*” (Apartado 3.1.12).

Esta excepción se funda en un evidente principio de sentido común (en pleno acto quirúrgico, es prioritario atender debidamente al paciente y no resulta posible recabar de la Administración autorización para un cambio de indicación), y confirma (argumento *inclusio unius, exclusio alterius*) que, salvo en esas situaciones perentorias excepcionales, la indicación quirúrgica ordenada por el Centro hospitalario público ha de ser obedecida por el Centro concertado.

C) Al respecto, es necesario advertir que la interpretación literal del PCAP y el PPT es inequívoca, pues el *sentido literal de sus palabras* no deja margen alguno a la duda (art. 1281.1º Cc). Pero es que, además, atendiendo al art. 1281.2ª Cc, la propia finalidad o *intención evidente* de los contratantes (particularmente, de la Administración, que preordena el contenido del contrato mediante la aprobación del PCAP y el PPT) es coherente con esa interpretación literal, ya que lo que la Administración pretende con el concierto sanitario es que se realicen, en el Centro privado, las mismas operaciones e intervenciones que se realizarían con los medios del Sistema público, si estos fueran suficientes; propósito que se consigue encomendando la prestación del servicio a un tercero, y, además, sujetándole a la obligación de ejecutar, para cada paciente, el concreto proceso quirúrgico indicado por el Centro público peticionario.

Como explica el Director del Área de Salud en su informe de 25 de septiembre de 2017, es el Centro hospitalario público el que, “*a través de las pruebas complementarias y las diferentes exploraciones*” realiza el “*diagnóstico*” de cada paciente y determina, en consecuencia, la concreta “*indicación quirúrgica*” que se prescribe para él.

4. La interpretación del contratista no puede, por el contrario, ser acogida:

A) Ciertamente, las Cláusulas 5ª y 8ª.4 PCAP hacen referencia genérica, como objeto de la asistencia sanitaria, a los procesos quirúrgicos de “*prótesis de cadera y rodilla*”, sin concreciones adicionales.

Sin embargo, como fácilmente se advierte, tal referencia es genérica, porque se incluye en unos apartados del PCAP cuyo objeto es describir el objeto del contrato y los procedimientos quirúrgicos en él concertados, así como la tarifa máxima aplicable a cada

uno. Y, sí, entre estos procedimientos concertados figuran, como categoría o género, los procesos de “*prótesis de cadera y rodilla*”.

B) Cosa muy distinta es la determinación de a quién corresponde, en cada caso concreto y para cada paciente determinado, establecer la concreta “*indicación*” quirúrgica que se le prescribe. Cuestión que no se regula ni en la Cláusula 5ª ni en la 8ª.4 del PCAP, sino en la 17.2 PCAP y, con mayor precisión aún, en la 3ª PPT, que hemos analizado, y que derechamente conducen a afirmar que tal determinación corresponde a los Servicios médicos de la Administración sanitaria, que son los que habrán de precisar (naturalmente, de entre el *género* de procesos concertados, *prótesis de rodilla*, en este caso), la *especie* de operación quirúrgica concreta que se prescribe a cada paciente (en este caso, *prótesis total* o *unicompartimental*); operación quirúrgica que el Centro concertado habrá de ejecutar, según se ha expuesto ya.

C) Parecidas consideraciones cabe hacer sobre la interpretación que el adjudicatario del contrato hace de la Cláusula 3.3 PPT. Ciertamente, conforme a esa Cláusula, corresponde al “*Equipo médico que realiza el procedimiento*” la selección del material protésico, debiendo el Especialista, como no podía ser de otro modo, “*optar por aquel que garantice el éxito disponiendo del menor número de recursos posible*”.

Pero, so pena de que se quiera interpretar el contrato contra sí mismo, es claro que lo que el Especialista ha de seleccionar ha de ser el material protésico que sea el mejor *para el tipo de procedimiento que ha de realizar*. Procedimiento que es el que le habrá indicado ya la Administración sanitaria, conforme se ha señalado.

En este punto, debe recordarse que otro criterio de interpretación contractual es el *sistemático*, ya que, a cada cláusula ha de atribuírsele, en caso de ser dudosa, el sentido que resulte del conjunto de todas (art. 1285 Cc), sin que, en este caso, sea admisible interpretar el apartado 3.3 PPT en un sentido que desvirtúe por completo el contenido del propio Apartado 3 (sub apartados 1.11, 1.12, o 2 *in fine*) del mismo PPT.

D) En definitiva, a criterio de este Consejo Consultivo, la única interpretación posible del contrato supone que corresponde al Centro público peticionario de la asistencia sanitaria determinar y concretar la *indicación* que se prescribe para cada paciente (en este caso, la *Prótesis Total de Rodilla*); quedando obligado el Centro concertado privado a ejecutar esa, y no otra, intervención quirúrgica y pudiendo, todo lo más, manifestar su discrepancia médica al Centro solicitante (en los términos del Apartado 3.1.11 PPT); y pudiendo cambiar, por sí y ante sí, la *indicación* quirúrgica respecto de la prescrita, sólo cuando esa necesidad sobrevenga durante el propio acto quirúrgico (Apartado 3.1.12 PPT).

Quinto

Procedencia de la imposición de penalidades

Las consideraciones que siguen ya no versan tanto sobre la interpretación del contrato (ámbito de nuestro dictamen preceptivo) sino sobre la procedencia de imponer penalidades al contratista en este caso concreto.

1. En lo *fáctico*, está acreditado en el expediente que el Hospital *San Pedro* de Logroño remitió, al Centro concertado, 6 documentos que, bajo el título “*Lista de espera quirúrgica - Activos por lista espera y servicio - Por fecha última inclusión*”, contienen la mención literal, según los casos, de *Prótesis Total de Rodilla, PTR, o PTR D, dcha, o izda.*

A) Al mismo tiempo, conforme indican los informes de 25 de septiembre de 2017, el significado de las siglas PTR es claro en el ámbito de la Traumatología, y significa “*Prótesis Total de Rodilla*”, según, entre otros textos de la literatura médica, el “*Diccionario de siglas médicas y otras abreviaturas, epónimos y términos médicos relacionados con la codificación de las altas hospitalarias*”, editado y distribuido por el Ministerio de Sanidad y Consumo, así como el “*Diccionario de Siglas Médicas* de la Sociedad Española de Documentación Médica (SEDOM). Extremos que este Consejo ha podido confirmar mediante la consulta de ambos. En la página 88 del primero de ellos, se indica que las siglas PTR equivalen –además de a *Prostatectomía Radica-* en el ámbito de la Traumatología, “*Prótesis Total de Rodilla*”, equivalencias que también contiene el segundo Diccionario.

B) También es un hecho no controvertido que, a esos seis pacientes, se les practicó, sin previo cambio de indicación autorizado por el Centro remitente, una prótesis *unicompartimental* de rodilla, en lugar de la *total* que había sido prescrita por el Centro público.

C) Del mismo modo, los informes de 25 de septiembre de 2017 evidencian dos extremos que la contratista, en rigor, no niega: i) que este cambio de indicación no autorizado ha sido protagonizado por un único Facultativo de los dos de los que dispone el Centro concertado; y ii) que la Administración sanitaria pone a disposición del Centro concertado la historia clínica, pruebas de imagen, y cualquier otra información relevante que el Centro concertado precise, de modo que, aunque la documentación por la que se remite al paciente no fuera clara –que lo es- el Facultativo que había de acometer la intervención podía consultar aquellos documentos, de los que se infiere el tipo de intervención quirúrgica que se solicita para el paciente remitido.

2. En cuanto a la *calificación jurídica* de la conducta observada, ésta constituye un incumplimiento del contrato y, con más precisión, de la obligación del contratista de someterse a las órdenes e instrucciones de la Administración contratante (art. 17.2 PCAP) y ha entrañado una vulneración del Apartado 3 del PPT (documento que también integra el contrato, Cláusula 15 PCAP), pues el Centro concertado se ha abstraído de la obligación que sobre él pesa de ejecutar los procesos quirúrgicos en los concretos términos que la Administración sanitaria le indica.

En definitiva, a los efectos del art. 26 PCAP (“*incumplimientos y penalidades administrativas*”), el adjudicatario del contrato ha incumplido las disposiciones que lo regulan (PCAP, PPT) y que se enumeran en las Cláusulas 15ª y 16ª PCAP.

3. Finalmente, a efectos de la imposición de penalidades, y conforme a la Cláusula 26 PCAP, ese incumplimiento debe calificarse como *grave*, debiendo repararse en que sus consecuencias se han desplegado en dos direcciones: i) en la *relación jurídica interna* entre contratista y Administración contratante (en la que la conducta del contratista entraña un “*incumplimiento de las disposiciones reguladoras de los servicios*”); y ii) en la relación externa entre el contratista y el usuario del Servicio Público de Salud, ya que el proceder de la contratista ha supuesto “*perjuicio grave para la salud o atención de los pacientes*”, que se ha concretado en que algunos de ellos (cuatro, según los informes técnicos de 25 de septiembre de 2017) están experimentando evoluciones médicas desfavorables, y van a tener que ser “*reitervenidos*”, asumiendo “*de nuevo el riesgo quirúrgico de este tipo de intervenciones*”.

CONCLUSIONES

Primera

El ejercicio de la prerrogativa de interpretación contractual ha de hacerse, por la Administración contratante, mediante los cauces procedimentales indicados en el Fundamento Jurídico Tercero de este Dictamen.

Segunda

Corresponde al Centro peticionario de la asistencia sanitaria determinar y concretar la indicación que se prescribe para cada paciente (en este caso, la *Prótesis Total de Rodilla*); quedando obligado el Centro concertado a ejecutar esa, y no otra, intervención quirúrgica y pudiendo, todo lo más, manifestar su discrepancia médica al Centro solicitante, con la únicas excepciones señaladas en el apartado 3.1.12 y 3.2 *in fine* del Pliego de Prescripciones Técnicas.

Tercera

El contratista ha incumplido el contrato; y su incumplimiento, que debe ser calificado de *grave*, justifica la imposición de las penalidades indicadas en la Cláusula 26ª del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP).

Este es el Dictamen emitido por el Consejo Consultivo de La Rioja que, para su remisión conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de su Reglamento, aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero, expido en el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.

EL PRESIDENTE DEL CONSEJO CONSULTIVO

Joaquín Espert y Pérez-Caballero