

Id. Cendoj: 28079330032014200003

Organo: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso

Sede: Madrid

Sección: 3

Tipo de Resolución: Auto

Fecha de resolución: 27/01/2014

Nº Recurso: 965/2013

Ponente: MARGARITA ENCARNACION PAZOS PITA

Procedimiento: CONTENCIOSO

Idioma: Español

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

C/ General Castaños, 1 - 28004

33016340

NIG: 28.079.00.3-2013/0019574

Pieza de Medidas Cautelares 965/2013 - 01 (Procedimiento Ordinario)

De: ASOCIACIÓN DE MÉDICOS Y TITULADOS SUPERIORES DE MADRID
(AMYTS)

PROCURADOR D./Dña. MARÍA JOSÉ ORBE ZALBA

Contra: COMUNIDAD DE MADRID

LETRADO DE COMUNIDAD AUTÓNOMA

D./Dña sureste salud y VALLECAS SALUD S.A.

PROCURADOR D./Dña. CECILIA DIAZ-CANEJA RODRIGUEZ

AUTO N°

ILMO. SR. PRESIDENTE:

D./Dña. GUSTAVO RAMÓN LESCURE CEÑAL

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D./Dña. FATIMA ARANA AZPITARTE

D./Dña. PILAR MALDONADO MUÑOZ

D./Dña. MARGARITA PAZOS PITA

D./Dña. RAFAEL ESTEVEZ PENDAS

En Madrid, a veintisiete de enero de dos mil catorce.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Asociación de Médicos y Titulados Superiores de Madrid (AMYTS), ha interpuesto recurso contencioso administrativo contra las siguientes Resoluciones de la Viceconsejería de Asistencia Sanitaria de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid:

a) Resolución de 6 de agosto de 2013, por la que se resuelve adjudicar el Lote 5 (Hospital del Henares) del contrato de servicios denominado "Gestión por concesión del servicio público de la atención sanitaria especializada correspondiente a los hospitales universitarios Infanta Sofía, Infanta Leonor, Infanta Cristina, del Henares, del Sureste y del Tajo" a la empresa Hospital del Henares, S.A..

b) Resolución de 9 de agosto de 2013 por la que se resuelve adjudicar los Lotes 2 y 4 (Hospital Universitario Infanta Leonor y Hospital Universitario del Sureste) del citado contrato de "Gestión por concesión del servicio público de la atención sanitaria especializada correspondiente a los hospitales universitarios Infanta Sofía, infanta Leonor, Infanta Cristina, del Henares, del Sureste y del Tajo" a la empresa Sureste Salud, S.A. y Vallecas Salud, S.A.

c) Resolución de 19 de agosto de 2013 por la que se resuelve adjudicar los Lotes 1 y 3 (Hospital Universitario Infanta Sofía, Hospital Universitario Infanta Cristina y Hospital Universitario del Tajo) del ya citado contrato a la empresa Infanta Sofía, S.A., Infanta Cristina, S.A. y Tajo, S.A.

Solicita la parte recurrente en el escrito de interposición del recurso la adopción de la medida cautelar urgente, sin audiencia de la parte contraria, de suspensión de las Resoluciones de adjudicación impugnadas, al amparo de lo dispuesto en el artículo 135 de la LJCA. La Sala dictó Auto con fecha 24 de Septiembre de 2013 acordando no haber lugar a la medida cautelar urgente solicitada y disponiendo tramitar la adopción de la medida cautelar de suspensión de los actos administrativos impugnados con arreglo a lo dispuesto en el artículo 131 de la Ley Jurisdiccional, tal y como solicitaba la actora con carácter subsidiario.

SEGUNDO.- Por Auto de fecha 25 de septiembre de 2013 se acordó la admisión del recurso, así como el emplazamiento por el Tribunal de las empresas adjudicatarias Hospital del Henares S.A, Sureste Salud S.A., Vallecas Salud S.A., Infanta Sofía S.A., Infanta Cristina S.A. y Tajo S.A.. a cuyo efecto por diligencia de ordenación de la misma fecha se acordó requerir a la Comunidad de Madrid a fin de que facilitase al Tribunal las direcciones y teléfonos de las tales empresas adjudicatarias.

Posteriormente, al constar en la contestación remitida por la Administración demandada los datos de Hospital del Henares S.A., Sureste Salud S.A. y Vallecas Salud S.A.. pero no así los de las adjudicatarias Infanta Sofia S.A., Infanta Cristina S.A. y Tajo S.A.. por providencia de fecha 30 de septiembre del mismo año 2013, se acordó requerir nuevamente a la Administración demandada para que facilitase la dirección y teléfono de las tales empresas adjudicatarias de los lotes 1 y 3.

Y en contestación a tal requerimiento se presentó por la Comunidad de Madrid oficio suscrito por el Director General de Gestión Económica y de Compras de Productos Sanitarios del Servicio Madrileño de Salud en que se indica que:

"En la resolución de adjudicación notificada y publicada en el Perfil del contratante, se produjo un error en el servicio de contratación del SERMAS, y pese a que el lidiador (Grupo MIMA San Pablo) había presentado correctamente y toda la documentación, tal y como consta en el expediente remitido a la Sala, la adjudicación se realizó no al lidiador sino a tres empresas que no tienen relación con el presente procedimiento de contratación ya que no corresponde a las empresas que han licitado.

Conforme a la cláusula 32 del pliego el órgano de contratación debiera haber adjudicado el contrato al Grupo HIMA San Pablo INC (...), entidad que presentó la oferta más ventajosa en los Lotes 1 y 3 del contrato y no a las empresas que figuran en la resolución.

El día 2 de septiembre del 2013, el servicio de contratación del SER MAS advirtió el error si bien no se procedió a dictar nueva resolución de adjudicación, en este caso ya de forma correcta al Grupo HIMA San Pablo INC (...) puesto que el día 3 de septiembre tuvo entrada en registro un Auto del Juzgado de lo contencioso número 4 de Madrid por el que suspendía el proceso. "

TERCERO.- Pretende la asociación recurrente que se acuerde la suspensión de la ejecutividad de las Resoluciones de 6, 9 y 19 de agosto de 2013 impugnadas en el presente recurso contencioso administrativo por las razones que, en síntesis, se exponen a continuación:

1.- Existencia de "fumus boni iuris" pues existe una clara apariencia de invalidez tanto de la cláusula 9.4 del PCAP, interpretada con arreglo a la Resolución de 20 de Mayo de 2013, del Servicio Madrileño de Salud, como de la cláusula 32.2. modificada por Resolución de 3 de junio de 2013, que se comunica, determinando igualmente su invalidez, a las Resoluciones de adjudicación impugnadas. Adicionalmente se alega que la Resolución de 19 de agosto de 2013 presenta un vicio autónomo de invalidez manifiesta pues en ellas se adjudican los Lotes 1 y 3 del concurso a empresas que no habían licitado, por lo que no pueden resultar adjudicatarias del mismo.

Asimismo, y particularizando, se aduce la flagrante apariencia de invalidez de la cláusula 9.4 del PCAP, dedicada a los recursos humanos, que ha sido objeto de aclaración por resolución de 20 de Mayo de 2013, del Servicio Madrileño de Salud. En dicha cláusula y Comunicación se distinguen distintos tipos de personal (en función de la relación estatutaria o contractual que mantienen con el SERMAS), exponiendo, respecto de cada categoría de personal, las distintas posibilidades que se le ofrecen. En cuanto al personal estatutario fijo, al concederle la posibilidad de permanecer en el Hospital manteniendo su situación o trasladarse a otro Centro del SERMAS. (en cuyo caso, las plazas en el Hospital de origen serán amortizadas) traslada al personal estatutario de los hospitales afectados por el procedimiento de licitación facultades que son irrenunciables para la Administración, como son la toma de decisiones acerca de la organización y traslado de efectivos y la decisión de amortizar plazas. En cuanto a la

previsión de amortización automática de las plazas del personal estatutario interino en el momento de la firma de los contratos de concesión la misma no estaba contemplada en el Plan de Ordenación aprobado por la Consejería de Sanidad mediante Orden de 22 de Marzo de 2013. y por lo tanto, vulnera lo dispuesto en los artículos 12. 13 y 14 del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, aprobado por la Ley 55/2003. de 16 de diciembre, en relación con lo dispuesto en el artículo 82,2.g) del mismo cuerpo legal.

Por otra parte, se aduce la flagrante invalidez de la Resolución de 3 de junio de 2013. que se transmite a las Resoluciones de adjudicación impugnadas en la medida en que permite la continuación de los trámites tendentes a la formalización del contrato y entre ellos, la constitución de la garantía definitiva por el importe indicado en aquélla.

Así, se viene a alegar que la cláusula 32.2 del PCAP. que establecía la obligación del licitador de presentar una garantía definitiva de cuantía igual al 5% del importe de adjudicación del contrato, fue modificada mediante una pretendida "corrección de errores" cuatro días antes de la finalización del plazo de presentación de ofertas por los licitadores, por la Resolución de 3 de Junio de 2013, fijando la cuantía en el 5% del importe anual de adjudicación del contrato, vulnerando los artículos 105.2 de la Ley 30/1992. dado que no es un error ni ostensible, ni manifiesto, ni indiscutible, ni evidente por sí mismo, que modifica sustancialmente el PCAP y cambia sustancialmente el contenido del acto y sus efectos, ya que mientras que la cuantía inicialmente prevista pudiera resultar disuasoria para algunos potenciales Matadores, la cuantía que resulta tras la modificación operada por la resolución de 3 de junio del 2013 resulta mucho más asumible. Sin embargo, los conceptos llamados a ser garantizados mediante la garantía definitiva se encuentran mejor garantizados mediante una garantía por el importe inicial (que es el que además coincide con el legalmente previsto) que por la garantía que resulta de la resolución impugnada. Por otro lado, la Resolución de 3 de junio de 2013 infringe, también, los artículos 109 y siguientes de TRLCSP y los artículos 67 y siguientes del RGCAP. al no haber seguido el procedimiento legalmente previsto para la aprobación de los Pliegos, y el artículo 95 del TRLCSP que obliga al licitador a constituir una garantía del 5% del importe de adjudicación. En dicho sentido

se pronuncia el informe 28/09, de 1 de febrero de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa y la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 6 de Febrero de 2013. En todo caso señala, dicha resolución viola el artículo 75 del RGLCAP que obliga a que cualquier aclaración o rectificación de los anuncios de contratos será pública en igual forma que éstos, debiendo computarse en su caso, a partir del nuevo anuncio, el plazo establecido para la presentación de proposiciones, lo que es conforme a los principios de publicidad, transparencia y libre concurrencia a las licitaciones, resultando contrario a tales principios que se modifiquen condiciones esenciales de la licitación sin la debida publicidad y sin conceder plazo razonable desde la modificación para presentar su oferta, y en el presente caso, ni dicha modificación fue objeto de publicación en el BOCM ni se confirió un nuevo plazo para la presentación de proposiciones. Esta reducción del universo de los posibles licitadores causa un perjuicio irreparable, pues nunca se sabrá quién debió ser el adjudicatario de los contratos.

2) En cuanto al "periculum in mora", se viene a invocar el carácter irreversible de los efectos derivados de la formalización de los contratos como paso siguiente al dictado de las resoluciones impugnadas y de la consumación del procedimiento de licitación, invocándose al efecto el Auto dictado por esta Sección con fecha 11 de septiembre de 2013 en el recurso 787/2013. A lo que se viene a añadir, también en síntesis, que la no adopción de las medidas cautelares solicitadas hará perder al recurso su finalidad legítima, dado que el personal laboral fijo e interino tendrá derecho a optar a ser trasladado a otros centros, con la consiguiente amortización de sus plazas en los centros de origen y los ceses que dicha opción provoque en los centros de destino lo que tendrá consecuencias negativas en la vida de muchos profesionales que se verán afectados por dichos procesos, bien viéndose obligados a trasladarse de puestos de trabajo, bien viéndose abocados a cesar en sus puestos. Respecto de las plazas de personal estatutario interino, éstas se amortizarán en cuanto se haga efectiva la concesión, por lo que si la sentencia fuera estimatoria del recurso, es muy improbable que dicho personal estatutario pudiera recuperar sus antiguos puestos de trabajo. Asimismo se invocan los efectos irreversibles derivados de la reducción del universo de potenciales licitadores, añadiéndose que también producirá unos perjuicios difícilmente

resarcibles o de imposible reparación respecto de los contratos laborales, de suministros, de aprovisionamiento etc. que concierten las empresas adjudicatarias que habrán de ser resueltos en el supuesto de que se dicte sentencia estimando la demanda.

3.- La adopción de la medida cautelar no producirá perturbación grave de los intereses generales, ya que el interés del conjunto de los ciudadanos es favorable a la adopción de las medidas cautelares de suspensión, dado que existe riesgo cierto de que los que resulten adjudicatarios de los contratos no garanticen adecuadamente el cumplimiento de todas sus obligaciones, a lo que añade que si la sentencia fuera estimatoria, los profesionales sanitarios afectados por el proceso de movilidad y por la amortización de puestos de trabajo, tendrán derecho a que se les indemnicen los daños y perjuicios causados, con lo que serán todos los ciudadanos, en su cualidad de contribuyentes, los que habrán de hacerse cargo de dichas indemnizaciones. En cuanto a los intereses privados, se señala que el interés de la recurrente y el de los trabajadores sanitarios de la Comunidad de Madrid, en general, son favorables a la adopción de las medidas cautelares, al igual que el de otros potenciales interesados en licitar. En cuanto al interés de los licitadores que han presentado sus ofertas, el único perjuicio quedaría limitado a los costes económicos de haber presentado las mismas, concluyendo que también favorece al interés de los actuales lidiadores esperar, por efecto de la suspensión cautelar que se acuerde, a que se dilucide la legalidad del actual proceso, en lugar de resultar adjudicatarios de un proceso que puede ser declarado nulo.

CUARTO.- Mediante diligencia de ordenación de 25 de septiembre de 2013 se concedió a la Administración demandada el trámite de audiencia establecido en el art. 131 de la LRJCA que lo cumplimentó, presentando escrito oponiéndose a la suspensión solicitada, alegando sustancialmente lo siguiente:

1º) Falta de legitimación activa de los recurrentes e imposibilidad jurídica de que puedan ser parte en un incidente cautelar y promover en consecuencia la adopción de medidas cautelares, al carecer de legitimación para ser parte en el proceso principal

por ausencia de interés legítimo en los términos establecidos en los artículos 19.1.a) y 18 de la LJCA.

Aduce sustancialmente que el recurrente es un sindicato que como tal no tiene entre sus fines contratar con la Administración la gestión de servicios públicos ni por ende ha participado en el concurso cuya adjudicación se impugna. Así -dice-, siendo el contenido de los actos impugnados la selección de los contratistas que han presentado la oferta económicamente más ventajosa, ello en nada afecta a los intereses del recurrente ni a los corporativos que dice representar, ya que como recuerda la STS de 27 de mayo de 2005 las condiciones de trabajo en nada se regulan, modifican o alteran por el hecho de que la adjudicación recaiga en una u otra empresa.

Asimismo señala la Comunidad de Madrid que no cabe considerar a los sindicatos como garantes de la legalidad o interés público en general en aras a atribuirles una legitimación para impugnar cualquier actividad de la Administración, siendo este criterio adverbado por el Tribunal Supremo en supuestos similares al que nos ocupa, siendo muestra de ello la STS de 12 de julio 2005. Asimismo invoca la Sentencia nº 605/2008. de 20 de mayo, dictada por esta Sección Tercera.

A lo que viene a añadir que la falta de legitimación se evidencia con la mera lectura de las alegaciones del recurrente que, o bien se limitan a referirse a actos administrativos anteriores que no son objeto de este recurso, o a supuestos errores en la Resolución de 19 de agosto relativa a los datos de la empresa adjudicataria, sin que se mencione en qué medida ello afecta al propio sindicato o a los intereses profesionales del personal sanitario, por lo que concluye que, sin perjuicio de la hipotética posibilidad del sindicato para impugnar los actos en materia de personal susceptibles de ser objeto de recurso, que pudieran dictarse, carece de legitimación necesaria para instar la nulidad de las adjudicaciones impugnadas.

2.- Falta de concurrencia de los requisitos exigidos por la Ley y la Jurisprudencia para acordar la suspensión del acto administrativo impugnado.

En este punto la Comunidad de Madrid, centrándose en primer lugar en el tradicionalmente denominado como *periculum in mora*, esto es, la irreparabilidad de los daños y perjuicios que se ocasionarían por la ejecución de la actuación administrativa recurrida, alega que encontrándonos ante un acto de adjudicación de una licitación, de no suspenderse, la adjudicación seguiría su normal tramitación en la forma prevista en el TRLCSP. iniciándose la ejecución del contrato, de modo que si eventual mente se estimase el recurso y se anulasen las adjudicaciones controvertidas, se podría restituir la situación fáctica y jurídica de los contratos adjudicados a su *status quo* mediante la anulación de las adjudicaciones efectuadas y la determinación, en su caso, de las indemnizaciones que fueran procedentes y el restablecimiento de las situaciones jurídicas de otra índole que se hubieran visto alteradas lo que, en definitiva, pone de manifiesto que no se produciría por la ejecución del acto impugnado situación alguna jurídicamente irreversible. A lo que se viene a añadir que la cuestión de las eventuales indemnizaciones a reconocer en nada afectaría, por su propia consideración pecuniaria, a la ejecución de una sentencia estimatoria, además de que, al incidir exclusivamente en los adjudicatarios, resulta por completo ajena al círculo de intereses de los recurrentes que no ostentan la condición de mercantiles lidiadoras.

En cuanto a la apariencia de buen derecho, se viene a señalar que no existe tal apariencia en la posición jurídica de la recurrente en tanto que invoca supuestos vicios de actos anteriores a los ahora recurridos o lo hace en relación con unos hipotéticos errores de una sola de las adjudicaciones, la de 19 de agosto, sin que se haga referencia a las restantes de 6 y 9 de agosto.

Asimismo se aduce la imposibilidad de prejuzgar el fondo del asunto y que teniendo el proceso principal como objeto la impugnación de un procedimiento de adjudicación de un contrato, no pueden ampararse los recurrentes en meras discrepancias sobre el modelo de gestión sanitaria, sin razonamiento jurídico alguno.

Por otra parte, en cuanto al criterio de ponderación de los intereses concurrentes, se señala que parece claro que en un supuesto como el que nos ocupa, se debe dar prevalencia al interés público frente al mero interés particular de los recurrentes,

centrado de forma exclusiva en su disconformidad ideológica con el nuevo sistema de gestión promovido por el Gobierno de la Comunidad de Madrid.

A lo que se viene a añadir que el contrato licitado se enmarca dentro del "Plan de Medidas de garantía de la sostenibilidad del Sistema Sanitario Público de la Comunidad de Madrid"; Plan que parte de la situación de crisis económica por la que atraviesa nuestro país y con el que se pretende articular una serie de medidas dirigidas a lograr la sostenibilidad del sistema sanitario de nuestra Comunidad.

Concluyendo la Comunidad de Madrid que así las cosas el contrato licitado es una más de las medidas adoptadas por el Gobierno de la Comunidad Autónoma con la finalidad de mantener el sistema sanitario actualmente existente, con su necesaria conciliación con la situación de crisis por la que se atraviesa, que comporta una disminución de los recursos pecuniarios que pueden destinarse a dicha finalidad. Es decir se pretende mantener la estructura sanitaria de la Comunidad y los principios que la informan al tiempo que se hace frente a los efectos que sobre la Hacienda Autónoma comporta la situación de crisis vivida que se traduce en una disminución de los ingresos públicos disponibles para financiar los servicios públicos sanitarios; alegando que dicha finalidad y el interés público que la misma representa se vería seriamente comprometida de adoptarse la medida cautelar interesada de contrario, siendo la gestión indirecta una fórmula perfectamente legal y válida para la gestión de los servicios públicos y que nada tiene que ver con la privatización de éstos, concluyendo que el juicio ponderativo a efectuar debe de resolverse claramente a favor del interés público anteriormente expuesto teniendo en cuenta además los evidentes perjuicios económicos que sufriría la Administración de adoptarse la suspensión cautelar, que cifra en 10.867.864 euros mensuales durante los seis primeros meses y en 14.079,450 euros mensuales a partir del séptimo mes.

Subsidiariamente se solícita de la Sala que, caso de acceder a la suspensión solicitada, se requiera a la recurrente para que preste caución ó garantía suficiente para responder de la suma de 65.207.185 euros dado que tal es el desembolso

adicional que se calcula que debe ser soportado por las arcas madrileñas en caso de acordarse la suspensión, atendida la previsible duración del proceso.

QUINTO.- Mediante providencia de 9 de octubre de 2013, la Sala acordó, al tener influencia la alegación formulada por la Comunidad de Madrid de falta de legitimación de los recurrentes, no sólo en la presente pieza sino también en el recurso principal, requerir a la parte actora para que alegara y acreditara su legitimación en los términos establecidos en el artículo 19 LJCA.

Asimismo se confirió traslado por plazo de cinco días a las entidades adjudicatarias personadas en el procedimiento - Vallecas Salud, S.A. y Sureste Salud, S.A.,- a fin de que pudieran alegar lo que a su derecho conviniera sobre la citada falta de legitimación activa.

SEXTO.- La Procuradora Sra. Diaz-Caneja, en representación de Vallecas Salud, S.A. y Sureste Salud, S.A., presentó con fecha 16 de octubre de 2013 escrito en el que dichas entidades suscriben el contenido de las alegaciones formuladas por la Comunidad de Madrid en relación con la falta de legitimación activa de la recurrente, expresando su adhesión a la petición del Letrado de dicha Administración.

Por su parte, la Asociación recurrente cumplimentó el traslado conferido mediante la presentación el 18 de octubre de 2013 del correspondiente escrito solicitando el rechazo de dicha excepción, y en el que aduce sustancialmente que sí ostenta un derecho o interés legítimo en el procedimiento, haciendo referencia en este punto a que los errores de que adolece la Resolución de 19 de agosto de 2013 han sido confirmados expresamente por la propia Administración demandada en el seno del mismo, confirmando con ello también la existencia de *fumus boni suris* en la pretensión de tutela cautelar que se demanda.

Asimismo viene a afirmar la actora que los Pliegos sí inciden de forma directa, al imponer determinadas condiciones de obligada observancia para quién resulte adjudicatario del concurso, en las relaciones laborales o estatutarias del personal

afectado por el proceso de licitación convocado. Añade que es una organización profesional de carácter sindical, mayoritaria entre los facultativos de la Comunidad de Madrid, que participa en las elecciones sindicales, está presente en la mesa sectorial, y que entre sus fines se encuentra la defensa y fomento de los intereses generales o específicos de los Médicos y Titulados Superiores Sanitarios y la reivindicación, defensa y promoción de las condiciones laborales, retributivas, de derechos pasivos, seguridad social y cualesquiera otras inherentes al ejercicio profesional, con lo que resulta evidente la existencia de interés legítimo y el vínculo especial y concreto entre la recurrente y la resolución impugnada, concluyendo que así lo ha entendido ya esta Sección en Auto de 11 de Septiembre de 2013.

SÉPTIMO.- Mediante escrito presentado fechado el día 21 de octubre de 2013 las entidades adjudicatarios personadas en el procedimiento se oponen a la adopción de la medida cautelar aduciendo sustancialmente que:

1º El recurrente lleva a cabo una valoración errónea del periculum in mora al considerar que la finalidad legítima de la Sentencia pueda ser el incumplimiento de la Ley y no acreditar la irreversibilidad de los eventuales perjuicios que podrían generarse en caso de que la Sala no acceda a la suspensión solicitada.

A este respecto viene a razonar que la Asociación recurrente, al igual que el Auto de esta Sala de fecha 11 de septiembre de 2013. considera que la finalidad legítima del recurso es el mantenimiento de la situación actual de gestión directa del servicio, con lo que -dice- se está situando como finalidad legítima del recurso el incumplimiento de una Ley en cuanto el sistema de gestión indirecta se establece por Ley de la Comunidad de Madrid, expresión de la voluntad popular. Y se viene a añadir que la consecuencia inmediata del mantenimiento de la suspensión es impedir que se implemente el sistema de gestión indirecta mediante concesión previsto en la Ley 8/2012 para seis hospitales.

Asimismo se aduce que la parte recurrente no ha acreditado el carácter irreversible de los perjuicios que pudieran derivarse de la denegación de la suspensión pues, en

relación con los efectos derivados del traslado de personal y amortización de plazas de estatutarios e interinos, resulta evidente que la anulación de las adjudicaciones implicaría la puesta en marcha de los mecanismos necesarios para la restitución de la prestación del servicio al momento anterior a las mismas, permitiendo en su caso la reconstitución de la plantilla laboral correspondiente al modelo anterior con las indemnizaciones oportunas. A lo que también se viene a añadir que ignora el recurrente la ponderación de intereses que en los casos específicos de solicitud de suspensión de adjudicaciones ha llevado a cabo el Tribunal Supremo sobre la base de la prevalencia del interés público y del adjudicatario subyacente al contrato y el carácter reparable de los eventuales perjuicios que pudieran generarse por el no otorgamiento de la medida cautelar.

Igualmente se alega que, en cuanto a los perjuicios que según la recurrente se generarían por la "reducción del universo de potenciales licitadores", carece de fundamento la atribución del carácter irreversible que aquélla postula, y por otra parte, que la suscripción de contratos por las sociedades concesionarias en relación con la prestación del servicio tampoco acarrearía perjuicio alguno que no pudiera ser reparado con posterioridad.

2º El escrito de la parte recurrente no realiza una adecuada ponderación de los intereses en conflicto al no dar un valor prevalente a la protección del interés general manifestado en el cumplimiento de la ley y en el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria, ni a los intereses de las adjudicatarias.

A este respecto se razona, por una parte, sobre la no valoración de forma adecuada del interés general que es inherente a la puesta en funcionamiento de un modelo de gestión previsto en la Ley orillando la recurrente la dimensión constitucional del asunto, así como sobre la inadmisibilidad del riesgo que se alega de que de no accederse a la suspensión, los adjudicatarios no garanticen adecuadamente el cumplimiento de sus obligaciones.

Asimismo se viene a insistir en que el escrito de AMYTS no valora adecuadamente el interés público inherente al cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y control del déficit público, ni ha ponderado correctamente los daños que se derivarán para los licitadores y las sociedades concesionarias por la medida de suspensión, pues las adjudicatarias no van a poder desarrollar su objeto social, por lo que tendrán que despedir al personal contratado, tratándose de unos perjuicios de naturaleza irreparable. A lo que se añade que la recurrente ha valorado de forma excesiva el posible perjuicio que se generaría para los recurrentes, que no es irreparable.

3ª El recurrente vulnera la jurisprudencia al otorgar un valor preponderante al criterio del *fumus boni iuris* y además toma en especial consideración un elemento que no llene relación con los perjuicios que dice que pretende evitar con la adopción de la medida, señalando, entre otros extremos, que la modificación de errores de 3 de junio de 2013 no incide sobre el mantenimiento de la situación actual del sistema sanitario, sino que afectaría simplemente a las condiciones de la competencia entre diversas empresas, siendo así que ningún posible competidor ha reclamado frente a ella.

4º Solicitan las adjudicatarias personadas que, en caso de estimarse la solicitud de medida cautelar, se condicione su eficacia a la previa prestación de garantía por valor de 1.400.000 euros para garantizar los perjuicios que se causan a las mismas.

Finalmente aducen dichas adjudicatarias que no cabe otorgar la medida cautelar a quien carece de legitimación activa para recurrir y, como petición subsidiaria, solicitan que la suspensión no sea total de todo el proceso, sino que afecte tan sólo a las previsiones contenidas en la cláusula 9.4 relativa al cambio de régimen jurídico y movilidad del personal.

OCTAVO.- Por acuerdo del Sr. Presidente de la Sala de 11 de Octubre de 2013 se avocó al conocimiento del Pleno de la Sala, convocado para el día 31 de Octubre, la resolución de la pieza de medidas cautelares de este recurso. Reunido el Pleno de la Sala se acordó por mayoría de los Magistrados que lo integran suspender el curso de este procedimiento hasta que se resolviera el incidente de recusación del Presidente de

la Sala que se había planteado en el recurso 674/2013 de esta Sección. Desestimado éste se convocó de nuevo el Pleno de la Sala para los días 9 y 10 de enero. Celebrado el mismo, éste acuerda por mayoría "devolver los asuntos a la Sección Tercera y Octava para la resolución de los recursos de reposición pendientes, así como la adopción de las decisiones que correspondan sobre las demás cuestiones planteadas en cada uno de los recursos contenciosos administrativos" (Auto del Pleno nº 1 de 13 de enero de 2014).

En ejecución del citado acuerdo del Pleno y siendo competente, por tanto, la Sección Tercera para pronunciarse sobre la medida cautelas', decide lo que a continuación se expone.

Ha sido Ponente la Iltna. Sra. Magistrada Ds, MARGARITA PAZOS PITA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Debemos de resolver en primer lugar la alegación realizada por la Comunidad de Madrid relativa a la falta de legitimación activa de la Asociación recurrente, por cuanto es evidente que en caso de concurrir, no solo impediría la adopción de la medida cautelar sino que además debería de decretarse la inadmisión del recurso contencioso administrativo interpuesto.

Sobre la cuestión atinente a la legitimación activa se ha pronunciado esta Sección Tercera en Auto de 11 de Septiembre de 2013, dictado en el recurso contencioso administrativo nº 787/2013, interpuesto por la Asociación de Facultativos Especialistas Médicos (AFEM) contra la Resolución de 30 de abril de 2013 de la Viceconsejería de Asistencia Sanitaria de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, publicada en el BOCM nº 107 de 7 de mayo de 2013, por la que se hizo pública la convocatoria para la licitación del contrato de servicios denominado "Gestión por

concesión del servicio público de la atención sanitaria especializada correspondiente a los hospitales universitarios Infanta Sofía. Infanta Leonor. Infanta Cristina, del Henares, del Sureste y del Tajo", dando asimismo publicidad a los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas por los que se habría de regir la licitación y la posterior ejecución de los contratos. F n dicho recurso la Comunidad de Madrid alegó la falta de legitimación de dicha asociación médica, alegación rechazada por el referido Auto, confirmado en reposición por Resolución dictada en ci día de la fecha, y a cuyos razonamientos hemos de atenernos por razones de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la norma.

A lo que ha de añadirse que también en el día de la fecha esta Sección Tercera ha dictado Auto en la pieza separada de medidas cautelares dimanante del recurso contencioso-administrativo nº 933/2013. interpuesto por la misma Asociación aquí recurrente contra la citada la Resolución de la Viceconsejería de Asistencia Sanitaria de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid de 30 de abril de 2013, Auto en el que también se rechaza la falla de legitimación activa aducida por la Comunidad de Madrid, y a cuyos razonamientos hemos igualmente de atenernos.

Así en el Auto dictado en la pieza dimanante del referido recurso nº 933/2013 señalamos, entre otros extremos, lo siguiente:

"A la vista de la interpretación constitucional de la legitimación activa de las asociaciones regulada en el artículo 19 b) de la LJCA, pasamos a examinar si la aclara se encuentra legitimada para la interposición del recurso y para la solicitud de medidas cautelares.

Hay que partir de la base de que la recurrente, según sus Estatutos, es una organización profesional de carácter sindical, que integra a todos aquellos médicos y titulados superiores sanitarios de la Comunidad de Madrid, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, que participa en las elecciones sindicales y está presente en la Mesa Sectorial y que desarrolla sus fines en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Madrid y tiene por objeto fundamental

según el art. 5 de sus Estatutos, entre otros,: a) Velar por el prestigio y buen nombre de los médicos y titulados superiores sanitarios representándolos y defendiéndolos con tal fin, ante quien proceda, b) la defensa y el fomento de los intereses generales o específicos de los médicos y titulados superiores sanitarios y c) La reivindicación, defensa y promoción de las condiciones dignas laborales, retributivas, de derechos pasivos, seguridad social y cualesquiera otros inherentes al ejercicio profesional.

Dicho lo anterior, el objeto del contrato es la gestión por concesión precisamente del servicio público de la atención sanitaria especializada de seis hospitales y la cláusula 9,4 del Pliego de Condiciones Administrativas Particulares, que regula las obligaciones de la entidad adjudicataria en relación con el personal que presta sus servicios en el momento de adjudicación del contrato en los Hospitales a que la convocatoria de licitación se refiere establece diferentes posibilidades y opciones según se trate de personal laboral, personal estatutario eventual, personal estatutario interino, personal estatutario fijo y personal laboral del convenio colectivo de la Comunidad de Madrid, del siguiente tenor literal:

En relación con el personal que presta sus servicios en el momento de la adjudicación del contrato en el Hospital Universitario Infanta Sofía, Hospital Universitario Infanta Leonor, Hospital Universitario Infanta Cristina, Hospital Universitario del Henares, Hospital Universitario del Sureste y Hospital Universitario de Tajo, todo ello detallado en el anexo XVII del presente PCAP se estará a lo siguiente:

a) En relación con el personal laboral:

Subrogarse en los términos y condiciones establecidos por la normativa laboral aplicable (art. 44 del Estatuto de los Trabajadores) en los derechos y obligaciones que en el momento de la formalización del contrato mantuvieran las Empresas Públicas con respecto a su personal laboral, relacionado en el Anexo XVII.

b) En relación al personal estatutario eventual

Contratar al personal eventual detallado en el Anexo XVII, que manifieste su intención de incorporarse a la Sociedad Concesionaria.

c) En relación al personal estatutario interino

Contratar al personal estatutario interino detallado en el Anexo XVII. que manifiesta su intención de incorporarse a la Sociedad Concesionaria. Dicha manifestación deberá efectuarse en el plazo de 1 mes desde la adjudicación.

d) Personal Estatutario Fijo

El personal estatutario fijo dependiente del Servicio Madrileño de Salud que se determina en el Anexo XVII, podrá optar por permanecer en el hospital objeto de concesión, bajo la dependencia funcional de la Sociedad Concesionaria y orgánica del Servicio Madrileño de Salud, percibiendo sus retribuciones a cargo de los presupuestos del Servicio de Salud, o participar en el proceso de movilidad específico que a los efectos se convoque, según lo previsto en el Plan de Ordenación de Recursos Humanos del Servicio madrileño de Salud. Asimismo, el personal estatutario fijo podrá alegarse en la Sociedad Concesionaria como personal laboral de la misma, en cuyo caso quedarán en la situación de servicios bajo otro régimen jurídico contemplada en el artículo 65 de la Ley 55/2003. de 16 de Diciembre, de Estatuto Marco, y en el 12 de la ley 3/2008, de 29 de Diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid.

Queda excluido de lo previsto en las letras anteriores, el personal directivo, ya sea con contrato de alta dirección o por nombramiento, salvo en aquellos casos que dicho personal hubiera tenido destino en el Hospital afectado.

e) Personal laboral del convenio colectivo de la Comunidad de Madrid

El personal laboral fijo incluido en el ámbito del convenio colectivo de la Comunidad de Madrid dependiente del Servicio Madrileño de Salud, que se determina en el Anexo

XVII, podrá optar por permanecer en el Hospital objeto de la concesión, bajo la dependencia funcional de la Sociedad Concesionaria y orgánica del Servicio Madrileño de Salud, percibiendo sus retribuciones a cargo de los presupuestos del Servicio de Salud, o participar en el proceso de movilidad previsto en el artículo 66.2 del Convenio Colectivo para el personal de la Comunidad de Madrid. Esta misma consideración se dará al personal laboral interino de la Comunidad de Madrid, cuya plaza está vinculada a OPEs anteriores al año 2004 y además haya sido incluida en un proceso selectivo de consolidación o promoción específica que ya se encuentre convocado. Asimismo, el personal laboral fijo podrá integrarse en la Sociedad Concesionaria como personal laboral de la misma, en cuyo caso quedarán en la situación de excedencia que corresponda conforme a su normativa de aplicación.

En relación con el personal laboral interino de la Comunidad de Madrid que se determina en el Anexo XVII cuya plaza está vinculada a una OPE posterior al año 2004. o estando vinculada con anterioridad a ese año no haya sido convocada la Empresa Concesionaria contratará a este personal que haya manifestado su intención de incorporarse a la misma. Dicha manifestación deberá efectuarse en el plazo de 1 mes desde la adjudicación.

f) Personal en formación por el sistema de residencia

El personal en formación que se especifica en el Anexo XVII que se encuentra efectuando su residencia para la obtención de un título de especialista en ciencias de la salud en alguno de los centros objeto de la concesión, formalizará nuevo contrato laboral docente, en su condición de trabajador, con la Empresa Concesionaria, como nueva entidad titular de la unidad docente acreditada para impartir la formación, en su condición de empleador o empresario, quién dará por válidos los periodos de formación ya realizados y evaluados positivamente en la unidad docente correspondiente, conforme a lo previsto en el RD 1146/2006, de 6 de Octubre, por el que se regula la relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas".

Ante las dudas planteadas por los profesionales que prestan servicios en los hospitales objeto de externalización el Servicio Madrileño de Salud dicta la Resolución de 20 de Mayo de 2013, denominada " Comunicación a los profesionales de los hospitales cuya gestión se va a externalizar sobre aspectos relativos a recursos humanos", también impugnada en el presente recurso, en el que informa sobre las cuestiones planteadas, distinguiendo las siguientes situaciones posibles para el personal estatutario fijo, o bien continuar prestando servicio en el mismo centro como personal estatutario fijo, si bien añade que una vez adjudicadas las concesiones administrativas solo podrán prestar servicios como personal estatutario fijo en estos hospitales, los profesionales que hayan decidido continuar en dichos centros, o bien integrarse como personal laboral en la empresa concesionaria, quedando en situación de servicios bajo otro régimen jurídico contemplada en el Estatuto Marco y en la Ley de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid para el año 2008, o bien participar en los procesos de movilidad para trasladarse a otros centros del Servicio Madrileño de Salud. En cuanto al personal estatutario interno o eventual podrá permanecer prestando servicios en el mismo centro como personal laboral de la empresa concesionaria si así lo desea, amortizándose las plazas del personal interino, una vez que se haga efectiva la concesión de la gestión del hospital y extinguiéndose los contratos de personal eventual a la fecha de vencimiento de los mismos. Finalmente, el personal estatutario con nombramiento de sustitución, cuyo lindar se integre como personal laboral de la concesionaria o se traslade a otros centros del SERMAS, cesarán en el momento en que se haga efectiva la integración del traslado.

En cuanto a las plazas de plantilla de personal estatutario, a medida que vayan quedando vacantes serán amortizadas en las plantillas del SERMA

(...) De lo expuesto resulta evidente que, tal y como sostiene el recurrente, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares incide de forma directa sobre el personal afectado por el proceso de licitación, dada la situación objetiva en que se encuentran prestando servicios en unos hospitales cuyo sistema de gestión varía, así como su relación de dependencia y siendo los destinatarios de la nueva regulación y previsiones

sobre su situación laboral que se contienen en la cláusula expresada, que es de obligada observancia para las empresas adjudicatarias.

En concreto, como hemos expuesto, en cuanto al personal estatutario interino y eventual, la concesionaria deberá contratar a dicho personal que manifieste su intención de incorporarse a la sociedad concesionaria, siendo amortizadas las plazas del personal interino y extinguiéndose los contratos de personal eventual a la fecha de vencimiento de los mismos. Dicha manifestación deberá efectuarse en el plazo de 1 mes a contar desde la adjudicación. En cuanto al personal estatutario fijo deberá optar o bien por permanecer en el hospital bajo la dependencia funcional de la sociedad concesionaria y orgánica del Servicio Madrileño de Salud, o bien por participar en el proceso de movilidad específico que a los efectos se convoque, o bien, integrarse en la sociedad concesionaria como personal laboral.

El hecho de que la Asociación recurrente sea un Sindicato, que no tiene entre sus fines contratar con la Administración la gestión de los servicios públicos, único argumento que utiliza la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid para negar la legitimación de la adora, no le priva en el caso presente de su legitimación activa. Esta Sala no desconoce la Sentencia del Tribunal Supremo, de la Sección Séptima de 12 de Julio de 2005 citada por la Comunidad de Madrid como base de su pretensión de inadmisión por falta de legitimación. Dicha Sentencia contempla un supuesto distinto al enjuiciado, ya que como en dicha resolución judicial se dice "la función constitucionalmente atribuida a los Sindicatos no alcanza a transformarlos en guardianes abstractos de la legalidad, cualesquiera que sean las circunstancias en que ésta pretende hacerse valer, afirmándose por el Sindicalo recurrente, en su escrito de conclusiones, que es profundamente discrepante con la opinión de que los servicios públicos sean gestionados por la iniciativa privada porque lo considera malo, tanto en el orden material y en el moral como para el presente y para el futuro y estima que está plenamente legitimado para exigir que esa decisión municipal, contestada por muchos, se realice al menos con plena sujeción al derecho y a que la Administración cumpla con la ley. En este punto, hemos de recordar que la defensa de la legalidad, como resulta del propio escrito de conclusiones del Sindicato, es la única justificación que alega para

mantener su legitimación y ésta no es suficiente, a juicio de la jurisprudencia, para entender legitimado al Sindicato recurrente ", es decir, en este caso, el sindicato recurrente justifica su legitimación en la defensa de la legalidad, lo que no es suficiente para entenderle legitimado. Ahora bien, en el caso debatido, el recurrente no ejercita una acción en defensa de la legalidad, sino que formula el presente recurso contencioso administrativo por tener interés directo en ello.

En cuanto al Auto de esta Sección de 24 de Julio de 2013, también citado por la demandada, contempla, asimismo, un supuesto distinto, dado que los recurrentes eran miembros de la Asamblea de Madrid y concejales de municipios afectados por el proceso de externalización de la gestión de los hospitales, a los que se les negó la legitimación para recurrir, por entender que la mera condición de usuario del servicio no faculta para la impugnación del citado proceso y en cuanto a los concejales solo se encontraban legitimados para impugnar los acuerdos de los órganos municipales de la entidad local, bien porque hubieran votado en contra de los mismos, bien porque formando parte de la entidad local no fueran miembros integrantes de dichos órganos municipales.

(...) Esta Sección entiende que la Asociación de Médicos y Titulados Superiores de Madrid (AMYTS), en tanto en cuanto defiende los intereses de sus asociados directamente afectados por la Resolución administrativa impugnada, se encuentra legitimada para impugnar el proceso de externalización de hospitales llevado a cabo por la Comunidad de Madrid, y por tanto, para impugnar la convocatoria para la licitación del contrato así como el PCAP y el PPT que han de regir el mismo y ello por las siguientes razones:

a) En primer término, y desde el punto de vista normativo, el artículo 42 del Real Decreto Legislativo 3/2011, por el que se aprueba el texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aplicable al presente contrato, si bien referido a la legitimación para interponer el recurso especial en materia de contratación, establece una legitimación amplísima, por cuanto que para formular dicho recurso no solo están legitimados los lidiadores, es decir, aquellos que pueden contratar con la

Administración, como pretende la Comunidad de Madrid, sino "toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso", y reconocida legitimación en vía administrativa ha de reconocerse también legitimación en sede jurisdiccional

b) Desde el punto de vista jurisprudencial también, la Sala Tercera del Tribunal Supremo avala lo expuesto. Y así podemos destacar, entre otras,

- Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de Mayo de 2011 (recurso de casación 1086/2009) casa la Sentencia de 15 de Diciembre de 2008, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Andalucía, con sede en Granada, que inadmitió el recurso interpuesto por el Sindicato Médico Andaluz contra el Decreto 197/2007, de 3 de Junio, que regulaba la estructura, organización y funcionamiento de los servicios de atención primaria de salud, por falta de legitimación activa, con base a que el referido Decreto regulaba una materia estrictamente organizativa en cuanto afectante a la organización, gestión y funcionamiento de los servicios sanitarios de la región autónoma. Pues bien, el Alto Tribunal entendió que si estaban en juego los intereses colectivos de los trabajadores, cuya tutela cae dentro del campo de la acción sindical, y que el Decreto regulaba materias que afectaban a las condiciones de trabajo del colectivo de médicos por él representado, por lo que ostentaban legitimación activa para impugnarlo

-Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 2012, dictada en el recurso 3002/2010, revoca precisamente el Auto de esta Sección de 12 de enero de 2010, que estimando la alegación previa planteada por la Comunidad de Madrid inadmitió por falta de legitimación activa el recurso interpuesto por personal de la sanidad pública destinado en el Centro de Especialidades Periféricas de Pontones contra un Concerto Singular de Vinculación de carácter marco suscrito en fecha 28 de diciembre de 2006 entre el Servicio Madrileño de Salud y la Fundación Jiménez Díaz UTE para la asistencia sanitaria a pacientes beneficiarios del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad de Madrid, con base a "que no estando los recurrentes en condiciones de suscribir el Convenio en lugar de la UTE que lo hizo, y no siendo por

tanto participantes en el supuesto procedimiento de selección del contratista que alegan se produjo de forma disconforme a derecho, no pudiendo resultar adjudicatarios del Convenio ni teniendo participación en él los motivos que invocaban para solicitar la nulidad de las Resoluciones recurridas determinaban una actuación en mera defensa de la legalidad...." Pues bien, la citada Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo (Sección 4ª) de 6 de noviembre de 2012. rechaza expresamente este argumento y estima el recurso, revocando el Auto de esta Sección y reconociendo legitimación activa a los recurrentes, con base a los siguientes razonamientos que recoge en el fundamento de derecho quinto "Y ello porque la legitimación a que la instancia se refiere lo es para impugnar los actos de adjudicación de contratos adoptados por los poderes adjudicadores, siendo así que en el iter procedimental de gestación del contrato administrativo -e igualmente de un convenio- nos encontramos, también y necesariamente, con los actos preparatorios del contrato y el acuerdo de aprobación del expediente de contratación; expediente en el que se deberá acreditar la necesidad del contrato o convenio -la naturaleza y extensión de las necesidades que pretendan cubrirse mediante el contrato y la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas-, así como la justificación del procedimiento y criterios para su adjudicación y al que se han de incorporar, también, las cláusulas administrativas y técnicas que deberá regir el contrato y su adjudicación. Estos mismos actos preparatorios han de darse en la gestación de los convenios administrativos y concretamente, en el caso de los convenios singulares de vinculación, previstos en los artículos 66 y 67 de la Ley General de Sanidad, además de la existencia de disponibilidades económicas que permitan su financiación, deberán justificarse las necesidades asistenciales en los términos previstos en los artículos 90 y siguientes de la citada Ley General de Sanidad. Pues bien, la solicitud de la nulidad o anulabilidad de los actos preparatorios del contrato y del expediente para su conclusión -como la de los actos preparatorios del convenio que plasma en el acuerdo administrativo por el que se decide su conclusión- no está afectada por la restricción de legitimación declarada por la Sala "a quo", de tal forma que tales declaraciones podrán ser instadas por cualquier persona que ostente un derecho o interés legítimo, en los términos que acabamos de ver y apreciamos en los recurrentes ".

-Sentencia del Tribunal Supremo, Sección 7ª de 17 de Septiembre de 2013, (recurso de casación 1433/2012), reconoce legitimación activa al Sindicato de Periodistas de Baleares, para impugnar el anuncio de contratación del servicio de noticias del ente público Radio Televisión de las Islas Baleares con sociedades privadas, y en el que se cuestiona la externalización de los servicios de radio y televisión y admite la existencia de interés legítimo en el Sindicato basado en que sus relaciones laborales se establezcan con entes públicos y no con empresas privadas, a pesar del limitado alcance representativo del Sindicato que no integra a todos los trabajadores sino solo a los profesionales del periodismo que voluntariamente se integren en el Sindicato.

Dicho lo anterior, para este Tribunal es evidente que la gestión indirecta, a través de un contrato de concesión del servicio público de atención sanitaria especializada correspondiente a 6 hospitales, afecta o puede afectar a las condiciones de trabajo del colectivo de personal estatutario afectado, desde el momento que con la adjudicación del contrato se cambia el sistema de gestión del citado servicio público (de gestión directa a gestión indirecta), con modificación de la situación jurídica del personal afectado, quién viene obligado a cambiar no solo de empleador, (del Servicio Madrileño de Salud a la entidad concesionaria) con cambio de su vinculación jurídica de personal estatutario eventual o interino a personal laboral), se va a producir amortización de plazas, tanto de personal estatutario fijo, eventual, interino y de sustitución, y, por último, en dichos hospitales, durante la duración del contrato, no va a existir más personal eventual fijo que los que decidan permanecer en dicha situación.

En consecuencia, las razones normativas y jurisprudenciales expuestas nos llevan a la conclusión de que la Asociación de Médicos y Titulados Superiores de Madrid (AMYTS), en tanto en cuanto defiende los intereses de sus asociados directamente afectados por la Resolución administrativa impugnada, se encuentra legitimada para interponer el presente recurso contencioso administrativo por cuanto que ostenta un derecho o interés legítimo; (...)."

SEGUNDO.- Así las cosas, reconocida legitimación a la Asociación aquí recurrente para impugnar la convocatoria y los pliegos de cláusulas que han de regir la licitación y la posterior ejecución de los contratos, no existe motivo para negar a la misma legitimación para impugnar unas Resoluciones que guardan con la convocatoria y los pliegos una evidente conexión directa. Esto es se insertan en el mismo proceso de licitación y en definitiva, conducen a su plena eficacia, por lo que sí la Asociación ostenta interés legítimo para impugnar la convocatoria de licitación de los contratos, dicha legitimación se extiende y comprende, por lógica conexión, a todos y cada uno de los actos que de ella se deriven, y entre ellos, la adjudicación de los correspondientes contratos.

Por lo tanto, no puede prosperar la argumentación relativa a que la Asociación como tal no tiene entre sus fines contratar con la Administración la gestión de servicios públicos ni ha participado en el concurso cuya adjudicación se impugna, pues en el presente caso no se puede olvidar que las Resoluciones identificadas en el precedente antecedente de hecho primero no se impugnan por motivos estrictamente referidos a la adjudicación, esto es, a la selección del contratista, sino que por el contrario la Asociación recurrente ya ha impugnado la convocatoria para la licitación de los contratos, por lo que pretende la nulidad de la misma y, en consecuencia, la nulidad de los actos posteriores que de ella deriven, y entre ellos la adjudicación, máxime cuando ésta abre paso a la plena eficacia y operatividad de la convocatoria ya impugnada desde su inicio.

En definitiva, la Asociación recurrente pretende la anulación de un proceso de licitación a cuyo efecto impugna los distintos actos que lo integran, a lo que debe añadirse que afectando todo el Pliego a sus derechos o intereses legítimos, es lógica su pretensión de que todo el proceso de selección de las empresas concesionarias se lleve a cabo con todas las garantías legales a fin de que la sociedad adjudicataria sea la más adecuada para llevar a efecto su ejecución, ya que parte de las personas a que la Asociación recurrente representa van a pasar a depender de las empresas concesionarias.

Por lo tanto, ha de rechazarse la falta de legitimación activa alegada.

TERCERO.- Entrando a examinar la medida cautelar solicitada por la recurrente, consistente en la suspensión de los actos administrativos impugnados, debemos partir de que esta Sección en el ya referido Auto de fecha 11 de septiembre de 2013 -confirmado en reposición por Resolución del día de la fecha-, así como en el Auto dictado el día de hoy en la pieza separada dimanante del recurso nº 933/2013. ha acordado la suspensión de la Resolución de 30 de abril de 2013, de la Viceconsejería de Asistencia Sanitaria de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, por la que se hizo pública la convocatoria para la licitación del contrato de servicios denominado "Gestión por concesión del servicio público de la atención sanitaria especializada correspondiente a los hospitales universitarios Infanta Sofía, Infanta Leonor, Infanta Cristina, del Henares del Sureste y del Tajo", dando asimismo publicidad a los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas por los que se habría de regir la licitación y la posterior ejecución de los contratos.

Por lo tanto, la suspensión de la Resolución de 30 de abril de 2013 implica la suspensión de la convocatoria para la licitación de los contratos y la de todos los actos posteriores que de la misma se derivan y por consiguiente, también de las resoluciones de adjudicación aquí impugnadas, en cuanto las mismas se integran en dicho proceso de licitación. Y así lo viene a entender la Administración demandada al indicar el Director General de Gestión Económica y de Compras de Productos Sanitarios del Servicio Madrileño de Salud en el oficio reseñado en el antecedente de hecho segundo de este Auto que, advertido el error padecido en la adjudicación de los Lotes 1 y 3 a tres empresas que no tienen relación con el proceso de adjudicación, no se procedió a dictar nueva resolución de adjudicación de forma correcta al Grupo Hima San Pablo INC "puesto que el día 3 de septiembre tuvo entrada en registro un Auto del Juzgado de lo contencioso número 4 de Madrid por el que suspendía el proceso".

No constituyen obstáculo a la anterior conclusión las distintas alegaciones formuladas en contra de la suspensión por la Comunidad de Madrid y las entidades

adjudicatarias personadas en el procedimiento, resultando aplicables ai supuesto que nos ocupa los razonamientos ya consignados en los Autos antes referidos.

Así como hemos señalado en el mentado Auto de 11 de septiembre de 2013, "para la correcta resolución de la procedencia ó improcedencia de adoptar la medida cautelar solicitada, hemos de partir de que como alega la recurrente, después de la publicación de la Resolución de 30 de abril de 2013, la Administración dictó una Resolución en fecha 3 de junio de 2013 denominada de corrección de errores que mollifica y da redacción definitiva a la cláusula 33.2 del PCAP referido a la cuantía de la garantía definitiva que deberá de constituir el lidiador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa, que pasa del 5% del importe de adjudicación del contrato, al 5% del importe anual de adjudicación del contrato.

La Sala, al igual que ya razonó con anterioridad en el Auto de fecha 10 de Julio del año 2013 dictado en el recurso 67-1/2013 en que adoptó la medida cauteladísima de suspensión de la misma Resolución administrativa impugnada en esta "litis".considera que, dicho sea sin prejuzgar el fondo del recurso, la modificación realizada puede exceder de la posibilidad de rectificación de errores materiales, de hecho ó aritméticos, que confiere a la Administración el art. 105.2 de la Ley 30/1.992 sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, al amparo del cual se ha realizado dicha modificación, al introducir el término "anual" respecto del importe de adjudicación del contrato que ha de servir de referencia para fijar el 5% de la cuantía de la garantía definitiva a prestar por la parte adjudicataria, siendo evidente que la cuantía de la fianza contractual varía sustancialmente según sea del 5% del importe total de adjudicación del contrato (diez años de ejecución) o del importe anual (deduciblemente con referencia al primer año), y supone una modificación sustancial de las condiciones de la licitación y del contrato, realizada cuatro días antes de la finalización del periodo de presentación de las ofertas por los lidiadores lo que podría haber limitado el principio de libre concurrencia competitiva al haber podido impedir licitaciones de empresas por el importe de la garantía definitiva según la convocatoria posteriormente rebujado por vía de "corrección de errores", y afecta a la ejecución del contrato ya que no debemos de olvidar que conforme

establece el art. 100 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público la garantía responderá de los siguientes conceptos: a) De las penalidades impuestas al contratista conforme al art. 212. b) De la correcta ejecución de las prestaciones contempladas en el contrato, de los gastos originados a la Administración por la demora del contratista en el cumplimiento de sus obligaciones, y de los daños y perjuicios ocasionados a la misma con motivo de la ejecución del contrato o por su incumplimiento, cuando no proceda su resolución y c) De la incautación que puede decretarse en los casos de resolución del contrato, de acuerdo con lo que en él o en esta Ley esté establecido. Siendo así que además el art. 95 de la LCSP establece con carácter general que los que presenten las ofertas económicamente más ventajosas en las licitaciones de los contratos que celebren las Administraciones Públicas deberán constituir a disposición del órgano de contratación una garantía de un 5 por 100 del importe de adjudicación, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, lo que coincide con la redacción inicial de la cláusula y no con su modificación.

La posible nulidad de tal modificación, que al ser realizada ha pasado a formar parte integrante de la convocatoria de licitación y del Pliego sustituyendo las previsiones anteriormente contenidas en éste y que por ello entendemos no precisa, para ser cuestionada ni examinada, que se solicite la ampliación del recurso a día, es una circunstancia que no puede ser obviada por la Sala al resolver sobre la procedencia ó no de la medida cautelar solicitada, por cuanto que no podemos dejar de ponderar los perjuicios que tanto para los recurrentes, como para los lidiadores, como para el interés general se producirían en caso de que estimáramos el recurso una vez adjudicados y formalizados los contratos y una vez entregada la gestión del servicio público a las concesionarias. Teniendo declarado el Tribunal Supremo, entre otras en Sentencias de 11 de noviembre de 2003 y 29 de septiembre de 2008, aludiendo en esta última a anteriores pronunciamientos, que si bien la apariencia de buen derecho "es un criterio que no gobierna en si mismo ni con carácter principal la decisión cautelar pues dejando de lado procesos especiales, sobre todo en otros órdenes jurisdiccionales, la finalidad propia y directa de esta institución no es en el proceso contencioso- administrativo la de tutelar provisionalmente la posición o situación jurídica de la parte que aparentemente

litiga con razón, sino preservar el derecho a la tutela judicial efectiva al final del proceso, o lo que es igual, el efecto útil de la sentencia que en éste deba recaer", tampoco, aún siendo objeto de seria controversia y de aplicaciones no siempre coincidentes, "es un criterio desdeñable a la hora de tomar decisión sobre la adopción de medidas cautelares; ni lo que en la jurisprudencia anterior a la Ley 29/1998. ni lo es en la que complementa lo dispuesto en ésta". En efecto, continúa afirmando dicha sentencia, "se prevé expresamente en el artículo 728.2 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, que habilita al Tribunal para fundar, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indicarlo favorable al fundamento de la pretensión", ni puede ser desdeñable "en un ordenamiento que como el nuestro, está enmarcado y forma parte del más general constituido por el Derecho Comunitario Europeo, cuyo Tribunal de Justicia afirma, y afirma con toda reiteración y contundencia, la lícita utilización de aquel criterio". Pues bien, este criterio, que "debe emplearse en el contexto de los que expresamente prevé la repetida Ley 29/1998. para percibir sin desacierto la finalidad legítima del recurso, para la valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, o para ponderar de forma circunstanciada los intereses generales o de tercero y la perturbación grave que para ellos pueda seguirse de la adopción de la medida cautelar en todo caso", y "que debe aplicarse combinando el serio fundamento de lo que a través de él se deduzca y la no menos seria percepción y convicción de que lo deducido es meramente provisional, que no prejuzga en absoluto el fondo del asunto", se ha de utilizar no sólo "para evitar que la necesidad de acudir al proceso corra en perjuicio de quien aparentemente tiene toda la razón", sino también "para evitar que a través de demandas de todo punto infundadas se perturbe el interés público o los derechos de terceros" o, del mismo modo, "para decantarse por la decisión en los casos extremos en que tanto la adopción como la no adopción de la medida cautelar pueda determinar una situación gravemente perjudicial o irreversible".

Del mismo modo se ha de tener en cuenta que la Sección, en línea con lo ya indicado en el mismo Auto de fecha 11 de septiembre de 2013, no puede compartir los argumentos sobre el carácter meramente reparable o fácil reversibilidad de las situaciones que pudieran derivar de la ejecución de las resoluciones impugnadas pues, sin verter consideración alguna acerca del nuevo modelo de gestión sanitaria elegido,

ni sobre cuestiones que excedan del objeto del recurso ó sobre la bondad de un sistema de gestión sobre otro, estimamos que la ejecución de las adjudicaciones abre paso a una modificación del sistema de gestión de la atención sanitaria especializada de seis hospitales que es de unas dimensiones tan extraordinarias (en cuanto a la población afectada, municipios afectados, personal afectado, transacciones a realizar, subrogación de contratos de servicios y suministros por las concesionarias y posible utilización por éstas de distintos criterios de gestión que los existentes y de toma de decisiones) que harían muy difícil, sino imposible, en caso de que no se accediera a la medida cautelar de suspensión y se estimara el recurso volver a la situación anterior. Más aún y en concreto, en relación al personal que representa la Asociación recurrente la cláusula 9.4 del PCAP abre un proceso de opciones, decisiones y procesos de movilidad de los que no apreciamos una fácil reversibilidad. En efecto, como antes expusimos, el personal estatutario fijo de los hospitales afectados puede optar por ser trasladado a otros Centros a través del correspondiente proceso de movilidad, siendo sus plazas amortizadas, y debiendo asimismo cesar quienes estuvieran ocupando la plaza en el centro de destino. En cuanto al personal estatutario interino sus plazas serán amortizadas. Dicha pérdida de puestos de trabajo reviste un carácter de perjuicio de difícil reparación en el supuesto de sentencia estimatoria del recurso.

Por otra parte, se ha de señalar que no se trata de prejuzgar el fondo del asunto o de considerar que la finalidad legítima del recurso es, como alegan las adjudicatarias, el mantenimiento de la situación actual de gestión directa del servicio, con lo que -dicen- se está situando como finalidad legítima del recurso el incumplimiento de una Ley.

Por el contrario, en modo alguno se cuestiona, como no podía ser de otro modo, la bondad o no del sistema de gestión sanitaria elegido, lo que excede por completo del objeto que los ocupa, tratándose de determinar si la ejecución de las resoluciones impugnadas puede dar lugar a perjuicios irreparables o de difícil reparación, lo que se estima que acontece en los términos anteriormente consignados. Y, así, como señalamos en el Auto de 11 de septiembre de 2013. en la situación expuesta entendemos que "procede acceder a la medida cautelar de suspensión de la Resolución recurrida solicitada por la adora, lo que tan solo supone mantener la

situación existente hasta la fecha y que la prestación sanitaria se siga prestando provisionalmente en la misma forma en que se hace hasta que el recurso se resuelva, sin que se haya acreditado que ello cause grave perjuicio al interés público, siendo el alegado por la Administración de tipo económico relacionado con el recorte del gasto público que no se acredita no pueda ser soportado hasta el dictado de la Sentencia, ó mejorarse la gestión ya que el ahorro que el nuevo sistema supone se fundamenta en que es más económico el coste total de la asistencia sanitaria especializada si se gestiona por empresas privadas y no directamente por la Administración, siendo así que además el criterio de ponderación de los intereses concurrentes solo es complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso ".

A lo que debe añadirse que los perjuicios que pudieran derivarse de la suspensión para las sociedades concesionarias son igualmente de orden económico, sin que conste -tampoco se alega- la posible causación de daños o perjuicios de otra índole.

Por último debe tenerse en cuenta que la suspensión parcial únicamente de lo dispuesto en la cláusula 9.4 del PCAP. relativa al cambio de régimen jurídico y movilidad del personal, supondría en el presente caso una alteración sustancial del contrato y de las condiciones de licitación que podría dar lugar a la alteración del equilibrio económico financiero de las concesiones por cuanto que el coste del personal estatutario y eventual no se prevé en los anexos referidos a costes de personal, al no existir subrogación en sus contratos, siendo personal cuya relación laboral con el Servicio Madrileño de Salud finaliza con la adjudicación, y que únicamente pasará a prestar servicios para la empresa concesionaria si ambas llegan a un acuerdo en las condiciones contractuales que la concesionaria establezca, por lo que la suspensión de la cláusula 9.4 del PCAP y el mantenimiento de dicho personal con cargo a la concesionaria en la forma que actualmente se realiza, supondría la asunción por ella de los costes de un personal no previsto.

CUARTO.- La suspensión se acuerda sin necesidad de prestación de fianza, concurriendo en el caso presente los presupuestos para la adopción de la medida cautelar y una apariencia de buen derecho en la pretensión de la Asociación recurrente

en los términos que han quedado expuestos, siendo así que además la exigencia de una fianza millonada como condición para suspender la ejecutividad de las Resoluciones administrativas impugnadas, de difícil constitución, haría imposible la adopción de la medida cautelar.

Por lo tanto, tampoco pueden prosperar las alegaciones formuladas a este respecto por las entidades adjudicatarias personadas en el procedimiento, que además señalan una serie de daños que consideran que como mínimo deben garantizarse. Sin embargo tales daños invocados no conducen a conclusión distinta y así, en cuanto a los costes del capital desembolsado, se ha de señalar que en modo alguno consta que se haya procedido a la firma del contrato, máxime cuando ya por Auto de fecha 11 de septiembre de 2013 se procedió a la suspensión de la ejecutividad de la Resolución de 30 de abril de 2013.

Y tampoco enervan la conclusión anteriormente expuesta los gastos que se invocan como derivados del mantenimiento del personal y los gastos de mantenimiento avales pues, además de que se presentan copias de contratos sin sello de presentación en ningún organismo oficial y de que por otra parte, nada se alega sobre una posible petición de devolución de avales a la Comunidad de Madrid, no se puede olvidar que esta Sección, en providencia dictada con fecha 31 de julio de 2013 en el seno del recurso nº 787/2013, ya advirtió a la Comunidad de Madrid que "al no haberse pronunciado aún la Sala sobre la procedencia de adoptar o no las medidas cautelares solicitadas por la recurrente, e impugnándose la convocatoria para la licitación y adjudicación de diversos contratos, los actos posteriores al impugnado se verían afectados en caso de adoptarse las medidas cautelares solicitadas".

QUINTO.- Dada la especialidad de la propia pieza de medidas cautelares y de lo debatido en ella no se considera que existan motivos para realizar imposición de las costas de este incidente a ninguna de las partes (artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional 29/1.998 de 13 de Julio).

Vistos los artículos de pertinente aplicación.

La Sala (Sección 3ª) ACUERDA:

ACCEDER a la medida cautelar solicitada por la parte recurrente y en consecuencia se acuerda la suspensión de las resoluciones administrativas impugnadas y reseñadas en el antecedente de hecho primero de esta resolución. No se realiza condena en costas.

Remítase certificación del presente Auto al órgano administrativo autor de la Resolución impugnada para que de inmediato cumplimiento a lo acordado.

Llévese testimonio de esta Resolución a los autos principales

Contra la presente resolución cabe recurso de reposición en el plazo de cinco días desde la notificación, previa constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no admitir a trámite dicho recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuerna de Depósitos y Consignaciones de esta Sección nº 2608-0000-91-0965-13 (Banesto, Sucursal c/ Barquillo nº 49) especificando en el campo concepto del documento Resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" 20 Contencioso-Reposición/Súplica (25 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, el código y tipo concreto de recurso debe indicarse justamente después de especificar los 16 dígitos de la cuenta expediente (separado por un espacio).

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. anotados al margen, ante mi el Secretario, que doy fe.