

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DE MADRID
Sala de lo Contencioso-Administrativo
SECCIÓN TERCERA**

RECURSO Nº 787 / 2013

**RECURRENTE: ASOCIACION DE FACULTATIVOS ESPECIALISTAS DE MADRID
(AFEM)**

Procuradora: Doña Virginia Sánchez de León Herencia

DEMANDADO: COMUNIDAD DE MADRID

Letrado de la Comunidad de Madrid

AUTO

Ilmos. Sres.:

Presidenta:

D^a Fátima Arana Azpitarte

Magistrados:

D^a Pilar Maldonado Muñoz

D^a Margarita Pazos Pita

D. Rafael M^a Estévez Pendás

En Madrid a 11 de septiembre de 2013

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La ASOCIACION DE FACULTATIVOS ESPECIALISTAS DE MADRID (AFEM), ha interpuesto recurso contencioso administrativo 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.

SEGUNDO.- Mediante otro sí solicitó en el escrito de interposición del recurso:

- a) que, al amparo de lo dispuesto en el art. 129 y ss de la LRJCA se adoptara la medida cautelar de suspensión de los actos administrativos impugnados en atención al carácter manifiestamente irreparable de los perjuicios que podrían producirse y que se traducirían en la pérdida de la efectividad del presente recurso y de la Sentencia que en su día deba recaer y
- b) la suspensión del presente proceso hasta tanto finalicen las actuaciones jurisdiccionales penales incoadas por Auto del Juzgado de Instrucción nº 4 de Madrid (diligencias previas 2052/2013) y mientras esté pendiente de resolución definitiva el recurso de inconstitucionalidad nº 1884/2013 que está tramitando el Tribunal Constitucional.

TERCERO.- Mediante providencia de 19 de julio 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 en fecha 29 de julio oponiéndose a las medidas cautelares y suspensión solicitada, alegando en primer lugar la falta de legitimación activa de los recurrentes y la imposibilidad jurídica de que puedan ser parte en un incidente cautelar y promover en consecuencia la adopción de medidas cautelares, situación en que la Sala acordó mediante providencia de 31 de julio de 2013 – al tener influencia dicha alegación no solo en la presente pieza sino también en el recurso principal- requerir a la parte actora para que alegara y acreditara su legitimación para la interposición del recurso y para la solicitud de medidas cautelares, habiendo cumplimentado el trámite la actora mediante la presentación de dos escritos en fechas 3 y 9 de septiembre de 2013.

Ha sido Ponente la Il^{ta}. Sra. Magistrada D^a. Fátima Arana Azpitarte

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En fundamento de la solicitud de suspensión de los actos administrativos impugnados, al amparo de lo dispuesto en el art. 129 y ss de la LRJCA, la recurrente alega en el escrito de interposición del recurso :

1º.- la dimensión del proceso privatizador que motiva este recurso que acredita la imposibilidad de revertir el cambio de modelo: alcanza a seis hospitales de la red pública de la Comunidad de Madrid, que cuentan con un total de 1.149 camas, se incluyen además 4 Centros de Especialidades (CE Alcobendas, CE Periférico Vicente Soldevilla, y CE Periférico Federica Montseny) y 4 Centros de Salud Mental (CSM Puente de Vallecas y CSM Villa de Vallecas, Hospital de Día Psiquiátrico, CSM Parla y CSM Coslada), afecta a 92 municipios más dos distritos de Madrid, engloba la prestación sanitaria que corresponde a 1.151.588 personas, afecta a un conjunto de 5.128 profesionales (sanitarios y no sanitarios) que prestan servicios en los seis referidos hospitales públicos, cuantificación que excluye al personal que presta servicios en los centros de salud mental, respecto de los cuales tanto el personal estatutario fijo y laboral fijo de la Comunidad de Madrid que preste servicios en los mencionados centros y no estén incluidos en el Anexo XVII definitivo será reordenado a otros centros del Servicio Madrileño de Salud, implica transacciones económicas cuantiosísimas en cuanto al precio de los contratos que la CAM satisfará a las entidades concesionarias, las concesionarias deberán de subrogarse en 392 contratos de suministro y de servicios vigentes por un importe total aproximado de 43.860.373,46 euros, poniéndose además a disposición de las adjudicatarias las existencias almacenadas en los diferentes hospitales, cuyo importe global orientativo asciende a 9.686.819,47 euros; el objeto de las prestaciones contractuales excede el conjunto de las que se pueden prestar en los hospitales y centros objeto de los contratos, por cuanto que la CAM abonará a las entidades que resulten adjudicatarias de los hospitales públicos unos servicios que va a seguir prestando la CAM, tal es el caso de todas las prestaciones sanitarias que dependen de servicios que no existen en los hospitales a privatizar y que evidentemente al formar parte del catálogo de prestaciones y servicios del Sistema Nacional de Salud se integran en el derecho a la salud de los ciudadanos.

En cuanto al personal, según los Pliegos, tanto el personal estatutario fijo como el personal laboral fijo podrá optar entre permanecer en el hospital privatizado dependiendo orgánicamente y retributivamente del SERMAS, participar en procedimientos que faciliten su movilidad ó integrarse laboralmente en la Sociedad Concesionaria, (salvo el personal de los Centros de Salud Mental), por el contrario, para el personal estatutario eventual y el interino tan solo se prevé que la sociedad concesionaria contrate- se desconoce el tipo de contrato, su duración etc...- al personal que manifieste su intención de incorporarse a la sociedad concesionaria, no indicando los Pliegos por qué al personal interino no se le garantizan iguales derechos que al personal fijo – siendo ambos estatutarios y estando las plazas de ambos

igualmente previstas- ó qué ocurrirá si las condiciones contractuales que las concesionarias ofrezcan no son satisfactoria ó resultan injustas y abusivas.

2º.- Perjuicios irreparables y pérdida de la finalidad legítima- efecto útil- del recurso, alega que la ejecución de los actos impugnados supone el inicio en el ámbito sanitario de un proceso privatizador sin precedentes , tanto por el numero de centros afectados, como de profesionales, prestaciones y pacientes afectados por lo que la prudencia jurídica y el sentido común aconsejan suspender la ejecutividad de las decisiones administrativas hasta que este órgano jurisdiccional se pronuncie realizando un juicio de legalidad sobre el fondo de lo administrativamente acordado, sin que la pertinencia de adoptar la suspensión cautelar resulte impedida por los intereses generales , más bien lo contrario, ningún perjuicio se derivará de que la asistencia sanitaria especializada se continúe prestando del modo que se viene haciendo con sujeción plena a criterios gerenciales de servicio público universal gratuito y de calidad, valiendo más suspender cautelarmente y despejar cualquier duda jurídica, alegando asimismo que incluso los intereses de los potenciales licitadores abogan por la solución más rigurosa , prudente y menos gravosa y que en el plano del personal que actualmente presta servicios en los diferentes centros hospitalarios y de especialidades y de salud mental –cerca de 6.000 profesionales- con la suspensión cautelar se trata de impedir la apertura de un proceso colectivo de toma de decisiones sucesivas y concatenadas que trascienden lo estrictamente profesional para alcanzar los planos personal y familiar: extinción de relaciones estatutarias y laborales , reorganización de los servicios en el resto de los hospitales de la red pública de la CAM, necesidad de convocar nuevos procesos selectivos , alteración de equipos, traslados de responsables de la atención directa a los pacientes con merma de la confianza personal -intuitae persona- depositada en los profesionales etc. y en su caso , extinción de vinculaciones laborales nacidas al amparo de las nuevas formas de gestión , imposibilidad de recuperar a quienes se han asentado profesionalmente en otros ámbitos territoriales etc , no tratándose además de un proceso meramente interno que solo vaya afectar al personal de los hospitales a privatizar sino que alcanza a la totalidad de los centros sanitarios públicos de la CAM, ya que los Pliegos prevén que el personal estatutario fijo puede optar por no incorporarse a la empresa concesionaria debiendo de convocar la Administración los oportunos concursos de traslados, motivo por el cual la Consejería de Sanidad, tratando de evitar situaciones incomprensibles de duplicidad y exceso injustificado de personal que pongan en evidencia también el proceso desde esta perspectiva, se adelanta y “jubila forzosamente” a 430 médicos por cumplimiento de los 65 años de

edad aunque el ordenamiento permita permanecer en activo hasta los 70 años en virtud de prórrogas , que muchos de ellos ya tenían reconocidas.

Unido a lo anterior , debe de tenerse en cuenta que la consumación del proceso de contratación y la consecuente transferencia de los centros y personal hospitalario a las entidades privadas adjudicatarias afecta no solo a la prestación sanitaria strictu sensu, sino a la total dimensión del hospital , incluidas sus vertientes de formación docente -pre y postgrado- e investigadora, ya que los hospitales objeto de concurso además de centros asistenciales son centros docentes investigadores donde se forman los alumnos de grado y desarrollan su especialidad los médicos internos residentes y allí se desarrollan diversos proyectos de investigación del que son investigadores principales y/o forman parte muchos profesionales cuyo régimen de prestación de servicios –estatutario, fijo, interino, laboral- puede alterarse hasta el punto de desaparecer, alegando finalmente que la variación del modelo sanitario ha creado un gran alarma social entre los beneficiarios del Sistema y los profesionales.

3º.- Marco constitucional en el que debe encuadrarse la pretensión ejercitada en este proceso: necesidad de articular medidas cautelares que garanticen de forma directa la efectividad del derecho fundamental a la tutela judicial (art. 24 CE) , alegando que existen dudas sobre la constitucionalidad de los arts 62 y 63 de la Ley 8/2012 de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid que han llevado a más de cincuenta senadores a interponer recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional que lo ha admitido a trámite, alegando que la desconexión ó desajuste temporal de este proceso con el constitucional puede llegar a impedir la eficacia de una eventual Sentencia de inconstitucionalidad , por lo que resulta necesaria la adopción de la medida cautelar , a lo que añade que el 3 de junio de 2013 se han remitido a los titulares de los diferentes Ministerios implicados sendos escritos solicitando el planteamiento de conflicto de competencias con fundamento en la usurpación de competencias exclusivas del Estado en materia de régimen económico y contratación de la Asistencia Sanitaria de la Seguridad Social –ex art. 149.1 CE- lo que determinaría la nulidad radical de los contratos que se puedan adjudicar.

4º.- La prejudicialidad penal no debe perjudicar la tutela judicial efectiva que con la impugnación instada en este proceso se trata de hacer valer ,protección y defensa de los intereses generales, alegando que el juzgado de instrucción nº 4 de Madrid ha dictado Auto en fecha 3 de junio de 2013 admitiendo una querrela presentada con motivo de la externalización de otros hospitales realizada de la misma forma que la de los presentes , por lo que alega deben de paralizarse las actuaciones presentes (art. 4.1 LJ) y adoptarse la medida de suspensión cautelar de los actos que

se impugnan so pena de permitir que puedan consumarse las gravísimas consecuencias que se están investigando.

5º.- Con posterioridad, en escrito dirigido a esta Sala en fecha 17 de julio de 2013, la recurrente reiteró y amplió la solicitud de adopción de medidas cautelares alegando que debía de tenerse en cuenta de forma específica la modificación sustancial de la cláusula 33 PCAP mediante una pretendida “corrección de errores” que en realidad esconde y trata de disimular una manifiesta rebaja ilegal y fraudulenta en beneficio de las empresas adjudicatarias y desprotegiendo absolutamente intereses generales a los que debe salvaguardar ,alega que la modificación se adoptó cuatro días antes de la finalización del plazo de presentación de ofertas por los licitadores al margen de cualquier previsión procedimental y en perjuicio de los intereses generales introduciendo una ventaja anticompetitiva en perjuicio de aquellos licitadores que no acudieron a la convocatoria de contratación en la creencia de buena fe de que no estaban en condiciones de constituir la garantía sobre el 5% del precio del contrato, lo que supone el levantamiento sorpresivo injustificado y extemporáneo –por ello ilegal y nulo- de un requisito imperativo impuesto por el art 95 TRLCSP, debiendo desde la perspectiva del *fumus bonis iuris* , a efectos de la medida cautelar apreciarse que la rebaja del 90% de la garantía definitiva resulta contraria a derecho, adultera las condiciones de transparencia , publicidad y concurrencia ,e incluso, podría ser constitutiva de conductas punibles , sin tener encaje tal modificación en el ámbito definido por el art 105.2 LRJAPPAC citada como norma habilitante, por lo que la no suspensión supondría la formalización inmediata de unos contratos con garantías irrisorias e insuficientes que vacía de contenido su objeto específico que no es otro que asegurar que puede afrontarse cualquier tipo de responsabilidad derivada de una mala ó incorrecta ejecución del contrato, dar eficacia a una previsión que adultera el régimen jurídico del contrato rebajando la garantía a una suma insuficiente para cubrir cualquier penalidad que la Administración impusiera a la concesionaria , no sirviendo siquiera para garantizar los pagos anuales adelantados que la Administración va a realizar a cada concesionario, así como la formalización de los contratos en condiciones radicalmente diferentes a las que hubiera procedido y exige el TRLCSP.

SEGUNDO.- La Comunidad de Madrid se opone a la adopción de las medidas cautelares solicitadas por la recurrente con fundamento, en síntesis, en los siguientes argumentos:

1º.- falta de legitimación activa de los recurrentes; imposibilidad jurídica de que sean parte en un incidente cautelar y de que puedan promover, en consecuencia, la adopción de medidas cautelares, al carecer de legitimación para ser parte en el

proceso principal por carecer de interés legítimo en los términos establecidos en los arts 19.1 a) y 18 de la LJCA, alegando que la legitimación activa ha de ser apreciada en relación al acto objeto del proceso contencioso que es la convocatoria para la licitación de un contrato de gestión de servicios públicos, siendo así que la Asociación recurrente no ha tomado parte en dicha licitación y no ostenta la condición de licitadora, por lo que lo que pudiera resolverse sobre la licitación controvertida no afectaría a su esfera jurídica de intereses, insistiendo en que únicamente se impugna la Resolución de 30 de abril que se limita a dar publicidad a la convocatoria para la licitación del contrato y no los Pliegos , a lo que añade que la recurrente, es una asociación que ,más allá de la denominación que se han dado, carece de representatividad en el sector no habiendo participado en las elecciones sindicales de la sanidad pública madrileña ni habiendo obtenido ,en consecuencia, representación alguna en la mesa sectorial de sanidad , por lo que únicamente actúa sobre la base de una abstracta defensa de la legalidad.

2º.- Imposibilidad de suspender un acto administrativo ya ejecutado. Insistiendo en que el acto administrativo impugnado se limita a dar publicidad a la convocatoria de un procedimiento para la adjudicación de un contrato administrativo, en cumplimiento de los principios de publicidad y transparencia, y que sus efectos ya se han producido y agotado toda vez que su finalidad es hacer pública la existencia del procedimiento de licitación y abrir el plazo de presentación de ofertas.

3º.- Falta de concurrencia de los requisitos exigidos por la Ley y la Jurisprudencia para acordar la suspensión del acto administrativo impugnado. Alegando que la decisión sobre medidas cautelares debe adoptarse ponderando las circunstancias del caso , según la justificación ofrecida en el momento de solicitar aquellas , en relación con los distintos criterios que han de ser tomados en consideración según la LJCA y teniendo en cuenta la finalidad de la medida cautelar y su fundamento constitucional , resultando necesario para acordar válidamente una suspensión: a) la necesidad de justificación ó prueba, aún incompleta ó por indicios, de aquellas circunstancias que puedan permitir al Tribunal efectuar la valoración de la procedencia de la medida cautelar, siendo así que en el caso presente los recurrentes ni están legitimados activamente, ni aún cuando lo estuvieren han acreditado la concurrencia de perjuicio alguno derivado del acto combatido, b) el periculum in mora ó pérdida de la finalidad legítima del recurso, que se equipara a la creación de situaciones irreversibles con merma del principio de identidad entre lo dispuesto en el fallo y la ejecución posible del mismo, ó bien a la causación de perjuicios irreparables ó difíciles de reparar, circunstancias que alega no concurren en el caso presente toda

vez que caso de no suspenderse la convocatoria de la licitación , el proceso de licitación convocado seguiría por sus trámites en la forma prevista en el TRLCSP , concluyendo con el acto de adjudicación del contrato licitado , de forma que si se estimara el recurso contencioso administrativo y se anulase la convocatoria controvertida , fácilmente se podría restituir la situación fáctica y jurídica de los contratos licitados a su status quo anterior mediante la anulación de las adjudicaciones efectuadas y la determinación , en su caso, de las indemnizaciones que fueran procedentes por lo que la ejecución del acto impugnado no produce situación jurídica alguna jurídicamente irreversible ni obstativa de la debida ejecución de la Sentencia recaída; c) la apariencia de buen derecho (fumus bonis iuris) en relación con la corrección de errores a que alude la recurrente realizada por la Resolución de 3 de junio de 2013, alega que dicha doctrina debe de ser aplicada de forma restrictiva, que la recurrente no ha ampliado a ella su recurso por lo que no es objeto del proceso , así como que el acto impugnado es la convocatoria de la licitación para adjudicar el contrato, siendo todo lo relativo a la fianza ó garantía una cuestión meramente accesoria ó secundaria que no puede anteponerse a la cuestión principal , que ninguno de los posibles licitadores del contrato ha impugnado la corrección de errores y que al tiempo de realizarse faltaban aún cuatro días para la expiración del plazo de presentación de ofertas por lo que no cabe considerar dicha corrección de extemporánea ni de perturbadora del procedimiento de contratación , entre otras razones porque los errores materiales pueden ser rectificadas en cualquier momento por la Administración; d) imposibilidad de prejuzgar el fondo del asunto y e) el criterio de la ponderación de los intereses concurrentes es complementario al de la pérdida de la finalidad legítima del recurso y ha sido destacado frecuentemente por la jurisprudencia , por lo que en la pieza de medidas cautelares deben de ponderarse las circunstancias que concurren en cada caso y los intereses en juego, tanto los públicos como los particulares en forma circunstanciada , pudiendo denegarse la medida cautelar siempre que se aprecie perturbación grave de los intereses generales ó de tercero, siendo así que en el caso presente la recurrente no aclara los supuestos perjuicios que la denegación de la suspensión pretendida le origina, y 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. Según el citado Plan *"esto nos pone ante una encrucijada: recortar sin más todo lo que se pueda para bajar el gasto en la medida que bajan los ingresos o diseñar un plan de medidas efectivas que logren reducir el coste pero sin alterar los principios que sostienen el sistema. Nos inclinamos claramente por la*

segunda opción. Los principios sobre los que se asienta el sistema sanitario no cambian un ápice: universalidad, gratuidad, equidad, calidad y respeto al trabajo de los profesionales sanitarios... tenemos una sanidad pública de excelente calidad, que llega a todos, pero en la actual situación, no tenemos ingresos suficientes para que todo siga funcionando exactamente igual. Podemos obtener los mismos resultados o mejorarlos pero tenemos que hacerlo de otra manera". Siendo objetivos del Plan: ahorrar, mantener la calidad asistencial, mejorar la eficiencia, diseñar estratégicamente nuestros recursos humanos, corresponsabilizar a todos los que trabajan en el sistema; "siendo como medida para lograr dichos objetivos por lo que se previó la gestión indirecta en seis hospitales mediante el modelo de concesión disponiéndose al respecto que de media el coste total de la asistencia sanitaria especializada de la población de los hospitales de gestión mixta es de unos 600 € por habitante mientras que los hospitales con modelo capitolativo más recientes este coste medio anual es de 441 €".

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 Autonómica 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 mera 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 solicita 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 debe de ser soportado por las arcas madrileñas en caso de acordarse la suspensión , atendida la previsible duración del proceso.

Finalmente se opone a la suspensión del proceso en tanto finalicen las actuaciones objeto de tramitación en el juzgado de instrucción nº 4 de Madrid y el recurso de inconstitucionalidad 1884/2013.

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

La reiterada jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo en materia de legitimación , expuesta por todas en las Sentencias del Pleno de 31 de Mayo de 2.006 (rec. 38/2004) ,de la Sección Sexta de 10 de noviembre de 2006 (rec. 116/2004) y de la Sección Séptima de 11 de febrero de 2003, recurso nº 53/2000, 6 de abril de 2004 y 23 de abril de 2005, recurso 6154/2002 y 20 de Mayo de 2011 (rec. 3381/2009),se sintetiza en lo siguiente:

La legitimación es un presupuesto inexcusable del proceso e implica en el proceso contencioso-administrativo, una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio), actual o futuro, pero cierto, que debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso y este criterio lo reitera la jurisprudencia constitucional (por todas, en SSTC núms. 197/88, 99/89, 91/95, 129/95, 123/96y 129/2001, entre otras), pudiéndose concretar algunos criterios interpretativos de la doctrina jurisprudencial en los siguientes puntos:

1.- Por interés, que la normativa vigente califica bien de "legítimo, personal y directo" o bien, simplemente, de "directo" o de "legítimo individual o colectivo", y que obviamente es un concepto más amplio que el de derecho subjetivo, debe reputarse toda situación jurídica individualizada, caracterizada, por un lado, por singularizar la esfera jurídica de una persona respecto de las de la generalidad de los ciudadanos o administrados en sus relaciones con la Administración Pública, y dotada, por otro, de consistencia y lógica jurídico- administrativas propias, independientes de su conexión o derivación con verdaderos derechos subjetivos.

2.- Dicha situación, que, desde el punto de vista procedimental y procesal, supone una específica relación de la misma con el objeto de la petición o pretensión que se ejercita, se ha extendido, después de la Constitución, por el juego conjunto de los artículos 162.1.b) de la misma, 28.1 .a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y 31.1.a) y c), y 2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre), a lo que, con más precisión, se titula "interés legítimo", concepto que es mucho más amplio que el de interés personal y directo que utilizan algunos de dichos preceptos y que consiste en el que tienen aquellas personas que, por la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal o por ser los destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto del de los demás ciudadanos o administrados y tendente a que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento jurídico cuando, con motivo de la persecución de sus propios fines generales, incidan en el ámbito de ese su interés propio, aunque la actuación de que se trate no les ocasione, en concreto, un beneficio o servicio inmediato.

3.- Ese interés, desde el punto de vista procedimental administrativo y procesal jurisdiccional, es una situación reaccional, en pro de la defensa y efectiva reintegración de lo que doctrinalmente se ha llamado el propio círculo jurídico vital, y, en evitación de un potencial perjuicio ilegítimo temido, está conectado con este concepto de perjuicio, de modo que el interés se reputa que existe siempre que pueda presumirse que la declaración jurídica pretendida habría de colocar al accionante en condiciones legales y naturales de conseguir un determinado beneficio material o jurídico o, incluso, de índole moral (sin que sea necesario que quede asegurado de antemano, que forzosamente haya de obtenerlo, ni que deba tener apoyo en un precepto legal expreso y declarativo de derechos), así como cuando la persistencia de la situación fáctica creada o que pudiera crear el acto administrativo ocasionaría un perjuicio, con tal de que la repercusión del mismo no sea lejanamente derivada o indirecta sino resultado inmediato de la resolución dictada o que se dicte o llegue a dictarse.

4.- Ese interés legítimo, que abarca todo interés material o moral que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada (siempre que no se reduzca a un simple interés por la pura legalidad), puede prescindir, ya, de las notas de "personal y directo", pues tanto la Jurisprudencia del Tribunal Supremo como la del Tribunal Constitucional (en sentencias, entre otras, 60/1982, 11.10, 62/1983, 11.7, 160/1985, 28.11, 24/1987, 257/1988, 93/1990, 32 y 97/1991 y 195/1992, y autos 139/1985, 27.2, 520/1987 y 356/1989) han declarado, al diferenciar el interés directo y el interés legítimo, que éste no sólo es superior y más amplio que aquél sino también que es, por sí, autosuficiente, en cuanto presupone que la resolución administrativa a

dictar ha repercutido o puede repercutir, directa o indirectamente, pero de un modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien se persona.

5.- La genérica legitimación en la Ley Jurisdiccional que se establece a favor de corporaciones, asociaciones, sindicatos, grupos de afectados, uniones sin personalidad o patrimonios independientes o autónomos no ampara el puro interés por la legalidad, salvo en los limitados casos de la acción popular.

6.- Otro de los ejes sobre los que se ha producido la expansión del concepto de la legitimación activa ha sido la acentuación de la idea de los intereses colectivos o de grupo, como refleja la regulación que hoy hacen las Leyes 29/1998 y 1/2000, acogiendo la evolución iniciada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y continuada por el Tribunal Constitucional.

Pero también, en este aspecto, la ampliación experimentada tiene sus límites y así resulta en cuanto a los intereses colectivos cuya diferencia con los intereses difusos -reconocidos por el art. 7 de la LOPJ, como aptos también para generar un título legitimador- se encuentra en que se residencia en tales entes, asociaciones o corporaciones representativas específicos y determinados intereses colectivos.

A diferencia de éstos, los intereses difusos no tienen depositarios concretos y son intereses generales que, en principio, afectan a todos los ciudadanos y que, por su interés prevalente, han obtenido reconocimiento público, plasmado en algún instrumento, incluso en normas constitucionales, y que no deben confundirse con la legitimación que nace, excepcionalmente, de la acción popular, que corresponde a cualquier ciudadano y que debe ser reconocida expresamente por la Ley o de una acción de alcance general como reconoce la STEDH 4/81 de 22 de octubre (asunto Dudgeon contra Reino Unido)»

A su vez la sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de marzo de 2007 (RTC 2007/52) -fundamento de derecho tercero- precisa su doctrina precedente en relación con la legitimación de las asociaciones de la forma siguiente:

« (...) en distintos pronunciamientos de este Tribunal se ha venido exigiendo para apreciar la existencia de un interés legítimo de este tipo de personas jurídicas en orden a impugnar actos o disposiciones administrativas que, además de las condiciones que anteriormente se han señalado, exista un interés profesional o económico que sea predicable de las entidades asociativas recurrentes.

Se recurrió a la noción de interés profesional para apreciar la legitimación activa de una Asociación de Fiscales para impugnar el nombramiento de un Fiscal por

el Gobierno en la STC 24/1987, de 25 de febrero (RTC 19874), y después se aplicó esta jurisprudencia a la Asociación de puertos deportivos y turísticos de Baleares para recurrir una Orden Ministerial que regulaba una determinada tarifa portuaria en la STC 195/1992, de 16 de noviembre(RTC 199295) . Concretamente, en la STC 47/1990, de 20 de marzo(RTC 19907) , en la que declaramos la legitimación activa para demandar en amparo de la Asociación de Profesores de Religión de Centros Estatales, indicamos al respecto que en el concepto de interés legítimo «hay que entender incluido el interés profesional de promoción y defensa de una categoría de trabajadores, del que puede ser titular no sólo cada uno de ellos, individualmente considerados, sino también cualquier asociación o entidad que haya asumido estatutariamente esos mismos fines». Por ello, «en la medida en que dicho interés legítimo puede verse también afectado directamente por un acto o disposición recurrible en amparo, por haber infringido un derecho fundamental o libertad pública, debe reconocerse a las personas naturales o jurídicas que invoquen aquel interés legítimo como propio de la legitimación para interponer el recurso, a tenor de lo dispuesto en el art. 162.1 b) de la Constitución (RCL 1978836) » (F. 4).

En el mismo sentido, en la STC 45/2004, de 23 de marzo(RTC 20045), reconocimos el derecho del colegio profesional demandante (Colegio Oficial de Ingenieros Aeronáuticos de España) para impugnar un reglamento cuyo objeto era organizar y definir los cometidos de los distintos cuerpos y escalas que integran las Fuerzas Armadas. En tal supuesto mantuvimos, por lo que ahora interesa, que para la defensa de los intereses de los profesionales colegiados pueden concurrir tanto los colegios profesionales como los propios colegiados cuando resulten individualmente afectados, así como otras personas jurídicas, tales como sindicatos y asociaciones profesionales; y que, por el contrario, cuando se trata de la representación y defensa de la profesión misma, esto es, del interés general o colectivo de la profesión, esa función representativa y de defensa ante los poderes públicos se ejerce por los colegios profesionales, bajo la nota de exclusividad o monopolio. Desde esta perspectiva sostuvimos que la defensa del ámbito competencial de la profesión constituye una manifestación genuina de la defensa de los intereses profesionales.

Finalmente también hemos admitido recientemente el recurso de amparo de la Asociación de empresarios de transporte de viajeros de la provincia de Cádiz y de la Federación andaluza empresarial de transporte en autobús sobre la base de la existencia del citado interés profesional , al partir de la premisa de que, cuando concurre este último, existe a su vez el vínculo o conexión entre la organización o asociación actora y la pretensión ejercitada, vínculo en el cual se encarna el interés

legítimo constitucionalmente protegido (STC 73/2006, de 13 de marzo[RTC 20063] , F. 5). »

7.- Debe de recordarse asimismo el criterio fijado por el Tribunal Constitucional en el sentido de que las causas de inadmisión, en cuanto vienen a excluir el contenido normal del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, han de interpretarse en sentido restrictivo después de la Constitución (Sentencia de 26 diciembre 1984)porque en este caso el principio antiformalista y el principio «pro actione» inspiran la apreciación del cumplimiento de los requisitos legales expresados para propiciar un juicio de fondo que alcance lo más plenamente posible la tutela judicial efectiva proclamada en el artículo 24 de la Constitución.

En el caso presente es cierto que la Resolución administrativa impugnada hace pública la convocatoria para la licitación de un contrato de servicios 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, pero ello no significa – como pretende la Administración demandada – que el acto administrativo impugnado sea un mero acto de publicidad cuyos efectos tan solo consisten en ello y se agotan con dicha publicidad, por cuanto que la Resolución impugnada al dar publicidad a la convocatoria y a los Pliegos está poniendo en conocimiento del público en general el contenido de la convocatoria y el contenido de los Pliegos , contenidos que en dicho momento (que es cuando son conocidos) pueden y deben de ser impugnados por quienes estén legitimados para ello; por ello ni la Resolución administrativa impugnada se agota en sí misma ni existe imposibilidad alguna de que pueda ser suspendida por ser un acto administrativo ya ejecutado, muy por el contrario al hacer público el contenido de la convocatoria y de los Pliegos, tanto el contenido de la convocatoria como el de los Pliegos puede ser recurrido y cuestionado en este momento por quienes, como dijimos, estén legalmente legitimados.

CUARTO.- Sentado lo anterior, hemos de rechazar el segundo motivo de oposición a la medida cautelar opuesto por la Administración demandada y también el primero, por cuanto que entendemos que ,a la vista de la regulación legal e interpretación jurisprudencial de la legitimación activa (art. 18 y 19 b de la LJCA) a que nos hemos referido en el fundamento de derecho anterior, puesta en relación con el contenido de la Resolución administrativa impugnada, la actora se encuentra legitimada para la interposición del recurso y para la solicitud de medidas cautelares.

En efecto, la actora es una Asociación Profesional, legalmente constituida al amparo de la Ley 11/1985 de Libertad Sindical que , según sus Estatutos, 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) Representar y defender, dotada de personalidad jurídica y con plena capacidad de obrar, los intereses profesionales de sus asociados y c) Contribuir a la mejora de las condiciones generales y particulares de los facultativos especialistas; siendo los miembros de la Asociación los Facultativos Especialistas del Servicio de Salud de la Comunidad de Madrid y los facultativos que se encuentren en periodo de especialización que se adhieran voluntariamente a la misma (art. 6) . Pues bien, siendo el objeto de la convocatoria la licitación de un contrato para la gestión por concesión precisamente del servicio público de la atención sanitaria especializada de seis hospitales y conteniendo la cláusula 9.4 del Pliego de Condiciones Administrativas Particulares ,al regular las obligaciones de la entidad adjudicataria en relación con los Recursos Humanos, concretas previsiones sobre el régimen jurídico del personal que preste sus servicios en el momento de adjudicación del contrato en los Hospitales a que la convocatoria de licitación se refiere, estableciendo 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 , resulta evidente que tal personal ,e incluso el que no presta en estos momentos servicios en tales hospitales por cuanto que también podría solicitar plaza en ellos, está legitimado para impugnar la Resolución de 30 de abril de 2013 , por tener un interés legítimo al repercutir la resolución administrativa impugnada directa o indirectamente en su esfera jurídica, siendo afectados por la Resolución impugnada 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, estando asimismo legitimada la Asociación recurrente en tanto en cuanto defiende los intereses de sus asociados directamente afectados por la Resolución administrativa impugnada.

El hecho de que la Asociación recurrente no haya tomado parte en la licitación y que no tenga la condición de licitadora, no la priva en el caso presente de su legitimación activa. En tal sentido hemos de citar la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo (Sección 4ª) de 6 de noviembre de 2012 , dictada en el recurso 3002/2010 que revocó el Auto dictado en la instancia que 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 Concierto 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 y el Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid de igual fecha por el que se autorizó la celebración de dicho Concierto , cuya nulidad se solicitaba por no haberse seguido los trámites del TRLCAP para su celebración, por vulneración de los principios de publicidad y concurrencia en la licitación y por no haberse seguido ninguno de los procedimientos establecidos en el art. 73 para la adjudicación, al entenderse 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, no derivando los perjuicios que alegaban relativos a su situación laboral del acto impugnado (y menos si se ponía en relación con los motivos por los que se solicitaba su nulidad) sino que de existir derivarían de otras resoluciones ó actos administrativos dictados en el marco de su relación estatutaria con la Administración, que podrían ó no ser reversibles caso de anularse el Convenio pero que no integraban el contenido del mismo. Pues bien, la Sentencia del Tribunal Supremo citada revocando tal Auto reconoció legitimación activa a los recurrentes razonando:” *QUINTO.- El recurso debe ser estimado y ello en aplicación, precisamente, de la doctrina de esta Sala, invocada por la recurrida, sobre la apreciación de la concurrencia del interés legítimo a efectos de acreditar la legitimación activa.*

Procede, en primer término, considerar que el convenio impugnado, en su estipulación tercera, apartado A), sobre prestación de asistencia sustitutoria, contiene la precisión de que «para garantizar que la atención sanitaria especializada prestada por la Fundación Jiménez Díaz UTE a la población sea integral y continua, la Fundación Jiménez Díaz UTE se compromete a asumir la asistencia sanitaria de los Centros de Especialidades Periféricos correspondientes, durante el año 2007 el Centro de Especialidades de Quintana y el año 2008, el Centro de Especialidades de Pontones, acordándose entre las partes las actuaciones y contraprestaciones necesarias para dicho fin».

Así las cosas, si bien el convenio no contiene referencia expresa al personal que presta sus servicios en el Centro de Pontones, lo cierto es que la asunción por la Fundación Jiménez Díaz UTE de la asistencia sanitaria que el Servicio Madrileño de Salud venía prestando, por medio de su personal, en el Centro de Pontones, por

fuerza afecta a dicho personal, que será sustituido por el de la Fundación, al tratarse de una prestación de asistencia sanitaria "sustitutoria", esto es, en lugar de la que se venía prestando; de modo que puede perfectamente afirmarse, con la sentencia de esta Sala de 10 de noviembre de 2.006, citada por la recurrida, que el convenio impugnado "ha repercutido o puede repercutir, directa o indirectamente, de un modo efectivo y acreditado, es decir no meramente hipotético, potencial o futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien se persona", como, por tanto, que la hipotética estimación de su pretensión reportar efectos beneficiosos en los intereses del personal sustituido o desplazado como consecuencia de la actuación que impugnan...

Estas razones nos conducen a apreciar la legitimación activa de los recurrentes, sin que proceda aceptar el argumento de la Sala de instancia de acuerdo con el cual «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 ha producido de forma disconforme a derecho, no pudiendo resultar adjudicatarios del Convenio ni teniendo participación en él, los motivos que invocan para solicitar la nulidad de las Resoluciones recurridas determinan una actuación en mera defensa de la legalidad, (siendo conocida la jurisprudencia que exige con carácter general para reconocer la condición de interesado a efectos de impugnación de la resolución por la que se adjudica un contrato administrativo, que el recurrente haya participado en el concurso o sistema de adjudicación de que se trate (S. 30-6-97 y 4-6-2001), no pudiendo según reiterada doctrina del Tribunal Supremo -entre otras en STS de 31 de marzo de 1999- confundirse el interés legítimo con el mero interés por legalidad que, sólo determina la legitimación en aquellos campos de la actuación administrativa en que por Ley está reconocida la acción pública, circunstancia que aquí no concurre». 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 gestión del contrato administrativo -e igualmente de un convenio- 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 66y 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.

El recurso de casación ha de ser, por consiguiente, estimado, procediendo la prosecución del recurso contencioso- administrativo por su trámite hasta el dictado de sentencia”.

QUINTO.- Entrando a examinar la medida cautelar solicitada por la recurrente consistente en la suspensión de los actos administrativos impugnados (Resolución de 30 de abril de 2013 de la Viceconsejería de Asistencia Sanitaria de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid), debemos de recordar que ,según lo dispuesto en el art. 130 de la LJCA y la doctrina jurisprudencial interpretativa de tal norma, el criterio elegido para decidir la suspensión cautelar es que la ejecución pueda hacer perder su finalidad legítima al recurso, y esta exigencia viene a representar lo que tradicionalmente se ha denominado el requisito del “periculum in mora”, que opera como criterio decisor de la suspensión cautelar. El régimen de medidas cautelares, no sólo limitado a la suspensión, instaurado por la Ley 29/1.998 en sus artículos 129 y 130, permite al órgano jurisdiccional la adopción de las medidas cautelares teniendo en cuenta una doble referencia: valorando no sólo la posibilidad de que la ejecución del acto pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso, sino también la de que con la medida cautelar pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el Juez o Tribunal ponderará de forma circunstanciada.

La exégesis del precepto conduce a las siguientes conclusiones: a) la adopción de la medida exige, de modo ineludible, que el recurso pueda perder su finalidad legítima, lo que significa que, de ejecutarse el acto, se crearían situaciones jurídicas irreversibles haciendo ineficaz la sentencia que se dicte e imposibilitando el cumplimiento de la misma en sus propios términos, con merma del principio de identidad, en el caso de estimarse el recurso; b) aún concurriendo el anterior

presupuesto, puede denegarse la medida cautelar, siempre que se aprecie perturbación grave de los intereses generales o de tercero, lo que obliga a efectuar siempre un juicio comparativo de todos los intereses en juego, concediendo especial relevancia, a la hora de decidir, a la mayor perturbación que la medida cause al interés general o al de un tercero afectado por la eficacia del acto impugnado; c) en todo caso el juicio de ponderación que al efecto ha de realizar el órgano jurisdiccional debe atender a las circunstancias particulares de cada situación, y exige una motivación acorde con el proceso lógico efectuado para justificar la adopción o no de la medida cautelar solicitada y d) la apariencia de buen derecho puede operar también en sentido habilitante de la procedencia de la medida solicitada, cuando el recurso tiene evidentes posibilidades de prosperar disminuye, en consecuencia, la gravedad de los perjuicios inherentes a la ejecución del acto exigibles para acordar medidas encaminadas a garantizar la efectividad de la sentencia.

La finalidad legítima del recurso es por tanto, no sólo, pero sí prioritariamente, la efectividad de la sentencia que finalmente haya de ser dictada en él; de suerte que el instituto de las medidas cautelares tiene su razón de ser, prioritaria, aunque no única, en la necesidad de preservar ese efecto útil de la futura sentencia, ante la posibilidad de que el transcurso del tiempo en que ha de desenvolverse el proceso lo ponga en riesgo, por poder surgir, en ese espacio temporal, situaciones irreversibles o de difícil o costosa reversibilidad. La pérdida de la finalidad legítima del recurso es, así, la causa que legitima la adopción de las medidas cautelares que sean adecuadas, suficientes y no excesivas, para evitarla en el caso en concreto, valorando para ello, de manera circunstanciada, esto es, atendiendo a las circunstancias del caso, todos los intereses en conflicto.

En el caso presente la recurrente fundamenta la solicitud de la medida cautelar en la dimensión del proceso privatizador que motiva el recurso y que acredita la imposibilidad de revertir el cambio de modelo, en los perjuicios irreparables y en la pérdida de la finalidad legítima del recurso, entendiendo que la pertinencia de adoptar la suspensión cautelar no resulta impedida por los intereses generales, sino más bien lo contrario, ya que ningún perjuicio se produce si la asistencia sanitaria especializada se continúa prestando del modo que se viene haciendo con sujeción plena a criterios gerenciales de servicio público universal gratuito y de calidad, y en la doctrina del “fumus bonis iuris” ó “apariencia de buen derecho” de su pretensión en cuanto a la modificación sustancial de la cláusula 33 PCAP mediante una pretendida “corrección de errores” (Resolución de 3 de junio de 2013) que entiende nula de pleno derecho.

SEXTO.- Sentado lo anterior, y 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 modifica y da redacción definitiva a la cláusula 33.2 del PCAP referido a la cuantía de la garantía definitiva que deberá de constituir el licitador 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 674/2013 en que adoptó la medida cauteladísima de suspensión de la misma Resolución administrativa impugnada en esta “litis” ,considera que , dicho sea sin prejuizar 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 licitadores 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 rebajado 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 ella, 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 licitadores, 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 sí 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 fue 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 indiciario 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".

Por lo demás, la Sala, 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, ya que ello excede de su competencia, considera que la modificación del sistema de gestión de la atención sanitaria especializada de seis hospitales 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, por lo que la no adopción de la medida solicitada haría que el recurso pudiera perder su finalidad legítima, creándose situaciones jurídicas irreversibles haciendo ineficaz la sentencia que se dicte e imposibilitando el cumplimiento de la misma en sus propios términos, lo que como hemos expuesto con anterioridad es el presupuesto básico para la adopción de las medidas cautelares. 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 la situación expuesta, entendemos que procede acceder a la medida cautelar de suspensión de la Resolución recurrida solicitada por la actora, 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.

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 los recurrentes en los términos que se expusieron en el Fundamento de Derecho quinto de esta Resolución, siendo así que además la exigencia de una fianza millonaria a los recurrentes como condición para suspender la ejecutividad de la Resolución administrativa impugnada , de difícil constitución, haría imposible la adopción de la medida cautelar.

SEPTIMO.- La recurrente ha solicitado además la suspensión del presente proceso hasta tanto finalicen las actuaciones jurisdiccionales penales incoadas por Auto del Juzgado de Instrucción nº 4 de Madrid (diligencias previas 2052/2013) y mientras esté pendiente de resolución definitiva el recurso de inconstitucionalidad nº 1884/2013 que está tramitando el Tribunal Constitucional, suspensión a la que no puede accederse, en primer lugar, porque en relación con las actuaciones que se siguen en el Juzgado de Instrucción nº 4 de Madrid no suponen prejudicialidad alguna respecto del recurso presente por cuanto que no se refieren al proceso y a la Resolución administrativa presente, sino a otras Resoluciones dictadas en relación con la gestión de otros hospitales, y en segundo lugar porque conforme dispone el art 30 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, la admisión de un recurso o de una cuestión de inconstitucionalidad no suspenderá la vigencia ni la aplicación de la Ley, de la disposición normativa o del acto con fuerza de Ley, excepto en el caso en que el Gobierno se ampare en lo dispuesto por el art.161.2 de la Constitución para impugnar, por medio de su Presidente, leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de Ley de las Comunidades autónomas.

OCTAVO.- Dada la especialidad de la propia pieza de medidas cautelares y de lo debatido en ella no se considera 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 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. Desestimar la pretensión de suspensión del presente recurso contencioso administrativo hasta que finalicen las actuaciones jurisdiccionales penales que se siguen en el Juzgado de Instrucción nº 4 de Madrid (diligencias previas 2052/2013) y del recurso de inconstitucionalidad nº 1884/2013 tramitado por el Tribunal Constitucional. No se realiza condena en costas.

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

Llévese testimonio de esta Resolución a los autos principales

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de reposición en el plazo de cinco días ante esta misma Sección.

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