

Tribunal Superior de Justicia de Madrid
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Tercera

C/ General Castaños, 1 - 28004
33016340

NIG: 28.079.00.3-2013/0013850

Pieza de Medidas Cautelares 933/2013 - 01 (Procedimiento Ordinario)

De: A.M.Y.T.S

PROCURADOR D./Dña. MARIA JOSE ORBE ZALBA

Contra: CONSEJERIA DE SANIDAD DE LA C.A.M.
LETRADO DE COMUNIDAD AUTÓNOMA



(01) 30125074005

A U T O N° _____

ILMO. SR. PRESIDENTE:

D./Dña. GUSTAVO RAMON 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 ASOCIACION DE MÉDICOS Y TITULADOS SUPERIORES DE MADRID (AMYTS) , ha interpuesto recurso contencioso administrativo contra las siguientes resoluciones administrativas:

a) 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.

b) Resolución de 20 de Mayo de 2013, del Servicio Madrileño de Salud denominada “ Comunicación a los profesionales de los hospitales cuya gestión se va a externalizar sobre aspectos relativos a recursos humanos”, publicada en la página web de la Comunidad de Madrid y

c) Resolución de 3 de junio de 2013, de la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, por la que de conformidad con lo establecido en el artículo 105.2 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, se modifica el apartado 2 de la cláusula 33 “ Garantías” del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del citado contrato.

SEGUNDO.- Solicita en el escrito de interposición del recurso la adopción de la medida cautelar sin audiencia de la parte contraria, al amparo de lo dispuesto en el artículo 135 de la LJCA. La Sala dictó Auto con fecha 16 de Septiembre de 2013 acordando tramitar la medida cautelar con arreglo a lo dispuesto en el artículo 131 de la Ley Jurisdiccional, con audiencia de la parte contraria, tal y como pedía la actora con carácter subsidiario, dado que consideró que no concurrían circunstancias de excepcional urgencia, por cuanto que con fecha 11 de septiembre de 2013, se había dictado Auto en el recurso contencioso administrativo 787/2013, acordando acceder a la medida cautelar solicitada por la Asociación de Facultativos Especialistas Médicos (AFEM) y en consecuencia, acordando la suspensión de la mencionada Resolución de 30 de abril de 2013 de la Viceconsejería de Asistencia Sanitaria de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid impugnada en el presente recurso .

TERCERO.- Pretende la asociación recurrente se acuerde la suspensión de la ejecutividad de las resoluciones citadas de 30 de abril, 20 de mayo y 3 de julio de 2013, por las razones que a continuación se exponen:

1) El carácter manifiestamente irreparable e irreversible de los efectos perjudiciales que para la práctica totalidad del personal sanitario de la Comunidad de Madrid derivarán de la adjudicación y formalización de los contratos licitados, afirmando

que la no adopción de las medidas cautelares solicitadas hará perder al recurso su finalidad legítima, dado que el personal laboral fijo tendrá derecho a optar a ser trasladados a otros puestos de trabajo, 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 los mismos. Respecto de las plazas de personal estatutario interino, estas se amortizaran 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 . 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.

2) La 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 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.

3) La posible nulidad de 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, y que fue modificada mediante una pretendida “corrección de errores” cuatro días antes de la finalización del plazo de presentación de ofertas, por resolución de 3 de Junio de 2013, fijando la cuantía en el 5% del importe anual de adjudicación del contrato, vulnerando lo dispuesto en el artículo 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 licitadores, 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 protegidos 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 estos, 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.

4) La adopción de la medida cautelar no produce perturbación de los intereses generales, ya que el interés del conjunto de los ciudadanos es favorable a la adopción de la medida cautelar 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 le 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, el interés 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 su oferta, concluyendo que también favorece al interés de los actuales licitadores 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 16 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 las medidas cautelares y suspensión solicitada, alegando 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, afirmando que la recurrente es un Sindicato, que no tiene entre sus fines contratar con la Administración la gestión de los servicios públicos, por lo que carece de legitimación para promover una discusión sobre un procedimiento de contratación pública en el que ni ha tomado parte ni legalmente puede tomarla; citando en apoyo de su pretensión una STS de 12 de Julio de 2005 y el Auto de este Tribunal de 24 de Julio de 2013.

2) Imposibilidad de suspender un acto administrativo ya ejecutado, ya que lo impugnado es 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”, y la posterior corrección de errores de un apartado del Pliego, por lo que a la vista del alcance del acto impugnado, resulta evidente que los efectos del mismo ya se han producido y agotado al tiempo de que pueda decretarse su suspensión, dado que los contratos convocados ya han sido adjudicados a diferentes empresas.

3) Falta de concurrencia de los requisitos exigidos por la ley y la jurisprudencia para acordar la suspensión del acto impugnado, ya que no existe irreparabilidad de los daños y perjuicios que se ocasionarían por la ejecución de la actuación administrativa recurrida, ya que si la sentencia anula la convocatoria 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. Por otro lado afirma 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.

QUINTO.- Mediante providencia de 30 de Septiembre de 2013, la Sala acordó, al tener influencia la alegación formulada por la Comunidad de Madrid de falta de legitimación de los recurrentes, 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 del correspondiente escrito con fecha 9 de Octubre de 2013, solicitando se rechace dicha excepción afirmando que los Pliegos si 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.

SEXTO.- 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 este se convocó de nuevo el Pleno de la Sala para los días 9 y 10 de enero. Celebrado el mismo, este 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 cautelar, decide lo que a continuación se expone.

Ha sido Ponente la Iltrma. Sra. Magistrada D^a. María del Pilar Maldonado Muñoz

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 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.

Sobre dicha cuestión se ha pronunciado ya la Sección Tercera de este Tribunal 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 misma resolución administrativa, y en el que la Comunidad de Madrid alegó también la falta de legitimación de dicha asociación médica y a dicha resolución judicial hemos de atenernos por razones de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la norma.

Dicho lo anterior, pasamos a exponer la postura del Tribunal Constitucional al respecto.

Constituye doctrina reiterada del Tribunal Constitucional, entre otras muchas, en Sentencia 52/2007, de 12 de Marzo, FJ 2º, 119/2008, de 13 de Octubre, FJ 4º, 218/2009, de 21 de Diciembre, FJ 2º y 19 de Julio de 2010 , FJ 2º que *“a) El derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1) comporta, como contenido esencial y primario, el de obtener de los órganos jurisdiccionales integrantes del Poder Judicial una resolución razonada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes. No obstante, al ser un derecho prestacional de configuración legal su ejercicio y dispensación están supeditados a la concurrencia de los presupuestos y requisitos que haya establecido el legislador para cada sector del ordenamiento procesal, por lo que el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface igualmente cuando los órganos judiciales pronuncian una decisión de inadmisión o meramente procesal, apreciando la concurrencia de una causa legal que, a su vez, sea respetuosa con el contenido esencial del derecho fundamental (SSTC 62/2006, de 27 de febrero, FJ 2 ; 144/2008, de 10 de noviembre, FJ 3). Dada la trascendencia que para la tutela judicial tienen las decisiones que deniegan el acceso a la jurisdicción, su control constitucional ha de realizarse de forma especialmente intensa, más allá de la verificación de que no se trata de resoluciones arbitrarias, manifiestamente irrazonables o fruto de un error patente. Dicho control procede a través de los criterios que proporciona el principio pro actione, entendido no como la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión, sino como la interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que por*

su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón se revelen desfavorables para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva o resulte desproporcionadas entre los fines que se pretenden preservar y los intereses que sacrifican (SSTC 88/1997, de 5 de mayo, FJ 2 ; 45/2004, de 23 de marzo, FJ 4 ; 73/2004, de 22 de abril, FJ 3 ; 119/2008, de 13 de octubre, FJ 4 ; 184/2008, de 22 de diciembre, FJ 3 ; 28/2009, de 26 de enero, FJ 2 ; 183/2009, de 7 de septiembre, FJ 3).

b) En relación con la legitimación para acceder al proceso, el art. 24.1 CE al reconocer el derecho a la tutela judicial efectiva a todas las personas que son titulares de derechos e intereses legítimos está imponiendo a los Jueces y Tribunales la obligación de interpretar con amplitud las fórmulas que las leyes procesales utilicen en orden a la atribución de tal legitimación activa(SSTC 42/1987, de 25 de Febrero, FJ 2, 195/1992, de 16 de Noviembre, FJ 2, 85/2008, de 21 de Julio, FJ 4 y 119/2008, de 13 de Octubre, FJ 4º). En concreto, en relación con el orden contencioso-administrativo, el interés legítimo se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio), actual o futuro, pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real (no potencial o hipotético). Dicho de otro modo, se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar ésta. Luego para que exista interés legítimo la actuación impugnada debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso (SSTC 73/2004, de 22 de abril, FJ 3 ; 52/2007, de 12 de marzo, FJ3 ; 85/2008, de 21 de julio, FJ4 ; 119/2008, de 13 de octubre, FJ 4 ; 144/2008, de 10 de noviembre, FJ 4 ; 28/2009, de 26 de enero, FJ 2 , por todas)''.

Respecto de la legitimación activa de las asociaciones en los procedimientos contenciosos administrativos en que pretendan actuar defendiendo los intereses que constituyen sus fines estatutarios, se ha destacado que en los supuestos en que exista

una relación directa entre dichos fines y el motivo en que se fundamentaba la impugnación del acto administrativo, la conclusión de que la asociación carece de interés legítimo supone una aplicación en exceso rigorista de esta exigencia legal, toda vez que no cabe alegar en este tipo de supuestos que la asociación, en atención a sus fines estatutarios, sea neutral o indiferente ante el mantenimiento de la norma o resolución recurrida (SSTC 282/2006, de 9 de Octubre FJ 3, 184/2008, 22 de Diciembre FJ 3).

Finalmente la STC 52/2007, de 12 de Marzo, FJ 4 dice que “*el art. 24.1 de la CE reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva, no solo a los titulares de los derechos subjetivos, sino también a los que ostenten un “ interés legítimo” y en ese sentido el artículo 7.3 de la LOPJ establece que los Juzgados y Tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión y que para la defensa de estos últimos se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción” otorgando el amparo a la asociación recurrente con base a que “la asociación a través de la acción judicial promovida, pretendía defender los intereses y expectativas profesionales de sus asociados. El interés profesional en cuya defensa actuó la asociación actora pone de manifiesto la existencia de un vínculo o conexión entre la misma y la pretensión ejercitada; vínculo en el que se encarga el interés legítimo constitucionalmente protegido” y las SSTC 252/2000, de 30 de Octubre, FJ 5, y 73/2006, de 13 de Marzo FJ 4, afirman que “ para apreciar la existencia de un interés legítimo de este tipo de personas jurídicas para impugnar un acto o disposición administrativa, se exige que exista un interés profesional o económico que sea predicable de las entidades asociativas recurrentes, de forma tal que cuando exista ese interés profesional o económico existirá a la vez el vínculo o conexión entre la asociación actora y la pretensión ejercitada, vínculo en el cual se encarna el interés legítimo constitucionalmente protegido”*

SEGUNDO.- 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 actora 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 quién 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 integrarse 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 interino 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 titular 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 SERMAS.

TERCERO.- 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 actora, 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 Sindicato 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.

CUARTO.- 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 licitadores, 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, ya 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 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, 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 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".

-----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 ; sin que, por tanto, pueda acogerse la alegación de la demandada de falta de legitimación de la actora, basada única y exclusivamente, en que se trata de un Sindicato, que no tiene entre sus fines contratar con la Administración la gestión de los servicios públicos, por lo que carece de legitimación para promover una discusión sobre un procedimiento de contratación pública en el que ni ha tomado parte ni legalmente puede tomarla, por responder a un concepto excesivamente restringido de la legitimación activa conforme a la doctrina constitucional y jurisprudencial mencionada.

QUINTO.- En segundo término alega la Comunidad de Madrid la Imposibilidad de suspender un acto administrativo ya ejecutado, ya que lo impugnado es 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”, y la posterior corrección de errores de un apartado del Pliego, por lo que a la vista del alcance del acto impugnado, resulta evidente que los efectos del mismo ya se han producido y agotado al tiempo de que pueda decretarse su suspensión, dado que los contratos convocados ya han sido adjudicados a diferentes empresas.

Si bien 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, 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 no 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, es cuando, a partir de dicho momento, los mismos puede ser impugnado por quienes estén legalmente legitimados.

En consecuencia, hemos de rechazar también el segundo motivo de oposición a la medida cautelar opuesto por la Comunidad de Madrid

SEXTO.- Entrando a examinar la medida cautelar solicitada por la recurrente consistente en la suspensión de los actos administrativos impugnados , 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.

SEPTIMO.- En el caso presente la recurrente fundamenta la solicitud de la medida cautelar, en los perjuicios irreparables e irreversibles que para la práctica totalidad

del personal sanitario de la Comunidad de Madrid derivarán de la adjudicación y formalización de los contratos licitados 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. el interés del conjunto de los ciudadanos es favorable a la adopción de la medida cautelar de suspensión, ya 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 le 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, el interés 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 su oferta, concluyendo que también favorece al interés de los actuales licitadores 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. Por otro lado, alega 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 y respecto de la cláusula 9.4 del PCAP, objeto de aclaración por resolución de 20 de Mayo de 2013, del Servicio Madrileño de Salud, 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, que 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

OCTAVO.- 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 los Autos de fecha 10 de Julio y 11 de Septiembre del año 2013 dictado en los recursos 674/2013 y 787/2012, respectivamente, en que adoptaron la medida 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 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, 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 cuantitativas 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. En efecto, el proceso alcanza a 6 hospitales que cuentan con 1.149 camas, más 4 centros de especialidades y 4 centros de salud mental. Afecta a 92 municipios, más 2 distritos de Madrid. Engloba a una población sanitaria de 1.151.588 personas, que son el 18,02% de las que tienen tarjeta sanitaria en la Comunidad de Madrid. Hay subrogación en 392 y afecta a 5.128 profesionales (sanitarios y no sanitarios).

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 trasladados a otros Centros a través del correspondiente proceso de movilidad, siendo sus plazas amortizadas y , asimismo, debiendo 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

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.

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 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 dé inmediato cumplimiento a lo acordado.

Llévese testimonio de esta Resolución a los autos principales

Así lo acuerdan , mandan y firman los Iltmos. Sres.

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 Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección nº 2608-0000-91-0933-13 (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).

Lo acuerdan, mandan y firman los Iltmos. Sres. anotados en el encabezamiento de la presente resolución. Doy fe.