

PRIVATIZACIÓN DE LA GESTIÓN SANITARIA EN MADRID

(Comentario al Auto del TSJ de Madrid de 11 de septiembre de 2013)¹

Javier Fernández-Corredor Sánchez-Diezma

Magistrado

EXTRACTO

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha suspendido cautelarmente la privatización de la gestión sanitaria de seis hospitales públicos de Madrid a raíz de un recurso presentado por una Asociación de Facultativos Especialistas en Madrid, entendiéndose, en primer término, que la entidad recurrente sí que tiene legitimación activa para intervenir judicialmente en el proceso, y en segundo lugar que nos encontramos ante una modificación en la gestión del servicio sanitario de unas dimensiones tan extraordinarias –en cuanto a población, municipios, personal, etc.– que harían muy difícil, sino imposible, «volver a la situación anterior» si finalmente se falla a favor de los recurrentes. En consecuencia, acuerda suspender la resolución de la Consejería de Sanidad del 30 de abril que hacía pública las condiciones del pliego de licitación del concurso, modificada posteriormente en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid a través de una corrección de errores que disminuyó en un 90 % los avales económicos que debían presentar las empresas, precisando que esa modificación de la fianza puede exceder de la posibilidad de rectificación de errores materiales y podría haber limitado el principio de libre concurrencia.

Palabras claves: contrato administrativo de gestión de la atención sanitaria, Asociación de Facultativos Especialistas de Madrid (AFEM), legitimación procesal de las asociaciones, interés directo y difuso y suspensión cautelar.

Fecha de entrada: 11-12-2013 / Fecha de aceptación: 11-12-2013

¹ Véase el texto de esta sentencia en la *Revista Ceflegal (Legislación y Jurisprudencia)*. CEF, núm. 153, octubre 2013.

PRIVATIZATION OF THE SANITARY MANAGEMENT IN MADRID

(Commentary on the Order of the Superior Court of Justice of Madrid
of 11 September 2013)

Javier Fernández-Corredor Sánchez-Diezma

ABSTRACT

The Superior Court of Justice of Madrid provisionally suspended the privatization of health care management from six public hospitals in Madrid following an appeal by an Association of Physicians Specialists in Madrid, understanding first, the entity that appellant does have standing court to intervene actively in the process, and secondly that we are facing a change in the management of the health service as a special dimension to time –population municipalities, personal, etc ...– that would make it very difficult, if not impossible («return to the previous situation» if he finally decides in favor of the appellants). In consequence, the Court agrees to suspend the resolution of the Council of Health of April 30 that was publicizing the conditions of the sheet of bidding of the contest, modified later in the Official Bulletin of the Community of Madrid across a correction of mistakes that diminished in 90 % the economic endorsements that had to present the companies, needing that this modification of the bail, it can exceed the possibility of rectification of material mistakes and it might have limited the beginning of free concurrence.

Keywords: administrative contract of management of the sanitary attention, Association of Sanitary Specialists of Madrid (AFEM), procedural legitimization of the associations, direct and diffuse interest and suspension to protect.

Las consecuencias de la intensa y prolongada crisis económica que llevamos padeciendo desde hace casi seis años se proyectan indefectiblemente sobre los servicios públicos que las distintas Administraciones prestan a los ciudadanos, siendo el más importante de todos ellos el de la sanidad pública, prestación a la que en nuestro país se destina un ingente presupuesto y que goza de un merecido prestigio. Es por ello que las Administraciones autonómicas (competentes en nuestro país por la transferencia efectuada en su día por el Estado) estén constantemente buscando nuevas fórmulas de gestión que abaraten la prestación del servicio, intentando eso sí, con dudoso éxito, que la calidad no se resienta.

Ni qué decir tiene que vamos a analizar la cuestión desde una perspectiva estrictamente jurídica, haciendo oídos sordos a la enorme repercusión política y mediática que la privatización de la gestión en seis hospitales de la red pública autonómica de Madrid ha suscitado, llamando la atención, por un lado, sobre la habitual interpretación interesada que cada uno de los operadores políticos hace de las distintas resoluciones jurisdiccionales que en estos días se están dictando y, por otro, sobre las contradicciones en que están incurriendo los órganos judiciales al conocer de la cuestión.

Es por ello que resulta plausible que por parte del presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid se haya tomado la decisión de avocar al Pleno de la Sala (aproximadamente unos 50 magistrados) la decisión final a adoptar en relación con el proceso privatizador, máxime si tenemos presente que dos Secciones de la Sala (la Tercera y la Octava) han adoptado decisiones aparentemente contradictorias sobre el tema, eso sí, poniendo de manifiesto que las mismas se han adoptado en el seno de la pieza separada de medidas cautelares y no han entrado a conocer sobre el fondo del asunto.

Todo arranca a principios del año 2013 cuando se proyecta por parte del Gobierno de la Comunidad de Madrid que seis de los hospitales de reciente construcción pasen a tener una gestión privada, de manera que el personal que preste servicio en ellos pase a ser contratado por las empresas concesionarias, con el objetivo de ahorrar anualmente unos 170 millones de euros (la concesión tiene una duración de 10 años), lo que supone en la práctica una reducción de costes de un 20% con respecto a una gestión estrictamente pública. Las previsiones se han efectuado sobre el coste del paciente, que pasa de 610 a 497 euros. Extremo trascendente es que en los pliegos de condiciones se obliga a las adjudicatarias a subrogar a los 5.200 trabajadores que suman los centros.

Pues bien, en el caso que aquí nos ocupa nos encontramos ante la publicación en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de 7 de mayo de 2013 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 (San Sebastián de los Reyes), Infanta Leonor (Vallecas), Infanta Cristina (Parla), del Henares (Coslada), del Sureste (Arganda del Rey) y del Tajo (Aranjuez), dando asimismo publicidad a los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas por los que se habrían de regir la licitación y la posterior ejecución de los contratos.

Lo más relevante, por las razones que posteriormente expondremos, es que en dicha resolución se establece para la gestión de los seis hospitales un presupuesto de licitación de aproxi-

madamente 4.700 millones de pesetas para los diez años de concesión, exigiéndose una garantía definitiva del 5% del importe de adjudicación del contrato, fianza que, como tendremos ocasión de analizar, se constituye como un elemento esencial del debate jurídico suscitado.

En estas estamos cuando una Asociación de Médicos Especialistas de Madrid interpone ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid recurso contencioso-administrativo contra la citada Resolución de fecha de 30 de abril de 2013, pretendiendo con carácter principal que se declare su nulidad, solicitando que se adopte por la Sala la medida cautelar consistente en suspender su ejecutividad hasta en tanto no se pronuncie sentencia en el proceso principal.

Los argumentos aducidos por la asociación recurrente a fin de que por parte de la Sala se acceda a la suspensión solicitada se proyectan en un doble ámbito: por un lado, con fundamento en los artículos 129 y siguientes de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, poniendo de manifiesto los perjuicios de carácter irreparable e irreversibles que se derivarían de la entrada en vigor de la externalización de los servicios sanitarios, sobre todo en lo relativo a las cuestiones del personal que presta servicios en los hospitales afectados, que vería modificadas de manera sustancial sus condiciones laborales y estatutarias; y por otro, por simples razones de prejudicialidad penal, pues no sería aconsejable continuar con el proceso de privatización en la gestión, en tanto en cuanto estén tramitándose unas diligencias penales incoadas por un juzgado de instrucción de Madrid, por la posible existencia de infracción penal en relación con la gestión de los tres hospitales de la región que ya tienen gestión externalizada (el Infanta Elena, en Valdemoro; el Rey Juan Carlos, en Móstoles; y el Hospital de Torrejón de Ardoz), y por prejudicialidad constitucional pues contra la Ley 8/2012, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid, que establecía la gestión privada de los seis hospitales que hemos citado, 50 senadores del PSOE presentaron recurso de inconstitucionalidad que, por providencia de fecha 23 de abril de 2013, se admitió a trámite.

El primer problema al que se enfrenta la Sala es determinar si la asociación de médicos recurrente está legitimada para interponer el recurso principal y por ende para pretender válidamente la adopción de la medida cautelar solicitada. Ello no es sino consecuencia de lo aducido por la Comunidad de Madrid, al oponerse a la suspensión interesada, al sostener la falta de legitimación activa de aquella al de interés legítimo, toda vez que la misma se ha de poner en relación directa con el objeto impugnado, que no es otro que la convocatoria para la licitación de un contrato de gestión de servicios públicos, siendo así que la asociación actora no ha tomado parte en dicho concurso, no siendo, pues, licitadora, todo ello al margen de considerar que la misma carece de representatividad en el sector, pues ni siquiera se encuentra presente en la mesa sectorial de sanidad, actuando únicamente en defensa de la legalidad.

Curiosamente, a resolver esta cuestión previa es a lo que dedica la mayor parte de sus razonamientos la Sala, pues no podemos desconocer que pretensiones similares a las que aquí estamos debatiendo ya fueron objeto de un pronunciamiento de inadmisibilidad. Concretamente, nos estamos refiriendo al Auto de 24 de julio de 2013 también del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el que se inadmitió el recurso presentado por una serie de diputados regionales y concejales de

municipio de la Comunidad de Madrid de un partido político, al considerarse que no ostentaban interés legítimo alguno, en los términos exigidos por la jurisprudencia, al actuar en su propio nombre y derecho y como simples usuarios de los seis hospitales cuya gestión sanitaria se saca a concurso, sin que puedan llegar a acreditar en qué medida tal concesión les puede afectar negativamente.

Pues bien, la Sala, como ya hemos anunciado, dedica gran parte de los razonamientos de su Auto a pronunciarse sobre la legitimación de la asociación actora. Así, tras examinar y recoger de manera generosa la doctrina jurisprudencial dictada sobre la materia, llega a concluir que en el presente caso la parte recurrente sí que goza de la legitimación suficiente para impugnar la resolución impugnada y por ende para pretender su suspensión.

En este sentido considera que, si bien el objeto del proceso es hacer pública 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, también lo es que nos encontramos ante una asociación que, según sus estatutos, primero desarrolla sus fines y actividad en la Comunidad de Madrid y, segundo, tiene entre sus fines contribuir a la mejora de las condiciones laborales de los médicos-especialistas que desarrollan sus servicios en la Comunidad de Madrid, de manera que como nos encontramos ante un contrato de gestión de la atención sanitaria, este de forma indefectible y a la vista de cláusula 9.4 del Pliego de Condiciones Administrativas Particulares, afecta al 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 diversas posibilidades y opciones, según régimen laboral y estatutario, cuya incidencia sobre los médicos-especialistas resulta indubitada.

No es obstáculo para llegar a tal conclusión el hecho de que la asociación recurrente no haya tomado parte en la licitación y que no tenga la condición de licitadora, pues con respecto a los actos preparatorios de los contratos los particulares no licitadores también tienen la posibilidad de impugnarlos siempre que no se ajusten a la legalidad y les afecte la ejecución final del citado contrato administrativo.

Despejado el camino para entrar a resolver sobre el fondo de la cuestión planteada, que no es otra que la solicitud de adopción de la medida cautelar de suspender la ejecutividad de la resolución por la que se publica la convocatoria para la licitación del contrato de servicios de gestión de la atención sanitaria especializada de seis hospitales madrileños, la Sala nos sorprende al fundamentar su decisión sobre un criterio que según la jurisprudencia tiene un carácter muy restrictivo en el ámbito de las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa, que es el denominado *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho.

Para llegar a adoptar su fallo el Tribunal Superior de Justicia de Madrid aporta la doctrina jurisprudencial que nos revela los criterios para acceder a suspender una actuación administrativa, principiando por el genuino y más importante, el denominado *periculum in mora*, es decir, que la ejecución pueda hacer perder su finalidad legítima al recurso, criterio que ha de verse acompañado necesariamente sobre una valoración de las perturbaciones grave de los intereses generales o de tercero que pudieran derivarse de suspender la ejecutividad inmanente de toda resolución administrativa.

Pues bien, en el supuesto que aquí nos ocupa, la asociación recurrente fundamenta este *periculum in mora* en la trascendente y enorme dimensión del proceso privatizador que supone el concurso de gestión privada de seis hospitales ya que de implantarse, aun en el periodo que media hasta que se dictara sentencia en el proceso principal, nos encontraríamos ante la creación de una situación irreversible, no viéndose afectados por la suspensión los intereses generales, pues durante este periodo de tiempo la gestión sería estrictamente pública como hasta ahora, sin lesionar la prestación eficaz del servicio.

A partir de aquí, la Sala da un giro inesperado a la situación y se centra en el criterio restrictivo de la apariencia de buen derecho. Y es que, como ya hemos adelantado, con posterioridad a la publicación de la resolución impugnada (7 de mayo de 2013), la Comunidad de Madrid dictó el 3 de junio una resolución a la que denominó de «corrección de errores», que modifica y da redacción definitiva a la cláusula 33.2 del Pliego de Condiciones Administrativas Particulares referido a la cuantía de la garantía definitiva que deberá 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. En este sentido, y advirtiéndonos, eso sí, que no prejuzga el fondo del asunto, aprecia que tal modificación podría tener un alcance que excede de lo que cabe considerar rectificación de errores del artículo 105.2 de la Ley 39/1992, pues con tal cambio se produce una alteración sustancial de la cuantía de la fianza contractual, que pasa del 5% del importe total de adjudicación del contrato (diez años de ejecución) al 5% del importe anual de adjudicación. Ello, según la Sala, 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 que afecta a la ejecución del contrato, atendida la importante finalidad a la que responde la figura de la fianza que debe constituir el contratista adjudicatario.

Este temor fundado de la Sala a que se declare la nulidad de la resolución impugnada es lo que le lleva a adoptar la medida cautelar solicitada, pues no puede dejar de valorar los perjuicios que tanto para los recurrentes como para los licitadores y 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, 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 ya se ha dicho en el presupuesto básico para la adopción de las medidas cautelares.

De esta manera, podemos concluir que el futuro jurídico del proceso de privatización iniciado por la Comunidad de Madrid no puede ser mas sombrío, pues en este Auto ya se vislumbra una causa de nulidad de la resolución que supuso la convocatoria del proceso de adjudicación al haberse alterado de manera sustancial, una vez iniciado, las condiciones de contratación, pues la importante rebaja en la fianza a constituir por la vía de la rectificación de errores le suscita a la Sala no pocas dudas acerca del medio elegido para tal modificación.