

En Madrid, a diez de julio de dos mil trece.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por los actores arriba identificados se presenta el 12 de junio pasado, con entrada en esta Sección al día siguiente, escrito de interposición de recurso contencioso 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 BOCAM núm. 107 de 7 de mayo de 2013) por la que se hace 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”.

En el mismo escrito se solicita, al amparo del artículo 129,1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que como medida cautelar se ordene la Suspensión del procedimiento de licitación para la adjudicación de los contratos de referencia, por las alegaciones contenidas en ese escrito.

SEGUNDO.- Mediante Diligencia de Ordenación de 17 de junio pasado se acuerda requerir a D. Narciso, D. M<sup>a</sup> Teresa y D. Ignacio para que presenten poder notarial que acredite su representación procesal o efectúen apoderamiento “apud acta” ante la Secretaria Judicial, así como que los recurrentes presenten el justificante del pago de la correspondiente tasa judicial.

En fechas respectivas de 21, 24 y 25 de junio pasado D. Ignacio, D. Narciso y D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Teresa comparecieron ante la Secretaria Judicial para los apoderamientos “apud acta”, y con fecha 27 de junio se aporta la liquidación de la tasa judicial.

TERCERO.- Por Decreto de 8 de julio pasado se tienen por subsanados los defectos advertidos en la diligencia de ordenación anterior y se procede a admitir a trámite el recurso, requiriendo a la Administración demandada la remisión del expediente con emplazamiento de todos los interesados, acordando asimismo la formación de pieza separada para la sustanciación de la medida cautelar de conformidad con lo dispuesto en el artículo 131 de la Ley

## Jurisdiccional Contencioso-Administrativa.

CUARTO.- En la misma fecha 8 de julio tiene entrada en esta Sección un escrito de 3 julio presentado el 4 de julio en el Registro General de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal Superior de Justicia, por el que los recurrentes solicitan, al amparo del 135.1.a) de la Ley Jurisdiccional, la suspensión del acto administrativo impugnado manifestando, literalmente, que “en el día de ayer, 2 de junio, el Sr. Consejero de Sanidad D. Javier Fernández Lasquetty anunció a los medios de comunicación que está previsto que el jueves (día 4 de julio) se adjudiquen en Consejo de Gobierno los 6 hospitales”, y argumentando sustancialmente, en reiteración de las alegaciones contenidas en la solicitud de suspensión en el escrito de interposición del recurso contencioso, que “por la Administración, de forma extemporánea (y mediante una corrección de errores) se procedió a fijar la fianza definitiva a prestar por la adjudicataria del concurso, no a un 5% del importe total del contrato, sino a un 5% del importe anual del contrato, minorando, en la práctica, la fianza definitiva a depositar en un 90% de lo previsto tanto en la Ley (artículo 95 TRLCSP) sino del propio Pliego de condiciones (...) esta disminución injustificada del importe de la garantía definitiva exigida es arbitraria y contraria a los intereses generales que deben presidir la actividad administrativa, por cuanto se dejaría sin contenido el objeto de la garantía definitiva que no es otro que garantizar el cobro de los posibles daños derivados de la mala ejecución del contrato -se aporta copia de Resolución de 3 de junio de 2013 de la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria- (...) además del incumplimiento evidente del artículo 95 TRLCSP a que hemos hecho referencia, el artículo 100 TRLCSP señala que la garantía responderá entre otras de las penalidades impuestas al contratista conforme al artículo 212 del mismo texto legal, que a su vez remite a las contendías en el pliego de condiciones (...) mediante la pretendida corrección de errores, que no es sino una modificación del Pliego de condiciones, se permite a las futuras empresas adjudicatarias aportar una garantía que está infinitamente por debajo de las penalizaciones que se pueden imponer por la Administración, lo que además de ir abiertamente contra la legalidad, pone a la Administración en clara situación de riesgo ante un caso de insolvencia empresarial o de imposición de penalidades por incumplimiento contractual (...) de acuerdo con el Pliego de Condiciones que es objeto del presente recurso contencioso y una vez producida la adjudicación, se procederá por parte de las empresas adjudicatarias al depósito de la

fianza definitiva y la firma del contrato.

No cabe duda que la fianza exigida por parte del órgano de contratación será la “minorada” (es decir, el 5% del importe anual del contrato), creándose así el perjuicio que indicábamos, y para los adjudicatarias un derecho (pues habrían cumplido todos los requisitos legales exigibles para la firma del contrato) de difícil reparación, aún en el caso de estimación futura del presente recurso contencioso (...) consideramos que se dan las premisas de especial urgencia, habida cuenta que la adjudicación (a realizarse, al parecer, el próximo jueves día 4 de julio), la aportación de la “garantía minorada” y la firma del contrato por parte de la empresa que resultara adjudicataria, determinaría un gravísimo perjuicio para la Administración (pues la fianza es inferior a las penalizaciones que ésta pueda imponer al adjudicatario) y generar un derecho a favor de las empresas difícilmente reparable aún en el supuesto de estimación del presente recurso (...) creemos que la medida de paralización hasta tanto se produjera en su caso la comparecencia prevista en el artículo 135.1 tan solo llevaría aparejada un ínfimo retraso tan limitado como el tiempo en que se celebrara y resolviera la medida (...) esta medida, que no resulta especialmente gravosa para la Administración recurrida (tan solo de unos días), permitiría un control judicial previo sobre la ejecución y formalización de un contrato de esta envergadura, habida cuenta del incumplimiento manifiesto y extemporáneo de la ley (artículo 95 TRLCSP) y del Pliego de Condiciones que se ha producido, todo ello, sin perjuicio, como es obvio, del resultado del procedimiento principal”.

Es Ponente el Ilmo. Sr. D. Gustavo Lescure Ceñal.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es de advertir que la presente resolución se refiere a la solicitud actora de adopción por la vía del artículo 135.1.a) de la Ley Jurisdiccional Contencioso-Administrativa de la suspensión cautelar de la impugnada convocatoria contractual, por cuanto que la solicitada en el escrito de interposición del recurso contencioso al amparo del artículo 129.1 del mismo texto legal tiene la tramitación prevista en su artículo 131, que es la que ha sido acordada por el Decreto de 8 de julio pasado (tercer antecedente de hecho de esta resolución).

El artículo 135.1 de la Ley Jurisdiccional determina: “Cuando los interesados alegaran la concurrencia de circunstancias de especial urgencia en el caso, el juez o tribunal sin oír a la parte contraria, en el plazo de dos días podrá mediante auto:

a) Apreciar las circunstancias de especial urgencia y adoptar o denegar la medida, conforme al artículo 130. Contra este auto no se dará recurso alguno. En la misma resolución el órgano judicial dará audiencia a la parte contraria para que en el plazo de tres días alegue lo que estime procedente o bien convocará a las partes a una comparecencia que habrá de celebrarse dentro de los tres días siguientes a la adopción de la medida. Recibidas las alegaciones o transcurrido el plazo en su caso o bien celebrada la comparecencia, el juez o tribunal dictará auto sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adaptada, el cual será recurrible conforme a las reglas generales (...).

b) No apreciar las circunstancias de especial urgencia y ordenar la tramitación del incidente cautelar conforme al artículo 131, durante la cual los interesados no podrán solicitar nuevamente medida alguna al amparo del presente artículo”.

El transcrito precepto remite en su letra a) al artículo 130 de la Ley Jurisdiccional, por lo que conviene reseñar la doctrina jurisprudencia) interpretativa de tal norma, según la cual 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 29/1998 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; y

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.

La finalidad legítima del recurso es, 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 cuanto a la apariencia de buen derecho (“*fumus bonis iuris*”), al margen de que sólo puede ser un factor importante para dilucidar la prevalencia del interés que podría dar lugar a la procedencia de la suspensión siempre que concurra la existencia de daños o perjuicios acreditados por quien solicita la suspensión, exige, según reiterada jurisprudencia, su prudente aplicación y significa que sólo quepa considerar su alegación como determinante de la procedencia de la

suspensión cuando el acto haya recaído en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general que haya sido previamente declarada nula o cuando se impugna un acto o una disposición idénticos a otros que ya fueron jurisdiccionalmente anulados, por cuanto que cuando se postula la nulidad en virtud de causas que han de ser por primera vez objeto de valoración o decisión en el proceso principal, lo que se pretende es que se prejuzgue la cuestión de fondo, con infracción del artículo 24 de la Constitución, al no ser el incidente de suspensión el cauce procesal idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito.

SEGUNDO.- En el caso a que remite la presente resolución esta Sección aprecia que, efectivamente, concurren “circunstancias de especial urgencia” en orden a resolver la medida cautelar “inaudita parte” sobre la base de las alegaciones y datos ofrecidos por la parte, recurrente, pues si bien pudo solicitar en el escrito de interposición de su recurso contencioso la suspensión cautelar del acto administrativo impugnado (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 hace 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”) por la vía del artículo 135.1.a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en lugar de la del artículo 131, dado que habiéndose impugnado aquella resolución el 12 de junio y por los plazos del concurso era más que probable que la adjudicación de los contratos se efectuara antes de la resolución judicial sobre la medida cautelar que habría de tramitarse conforme al artículo 131 -a lo que cabe añadir el retraso en el inicio de su tramitación como consecuencia de la necesaria subsanación por los recurrentes de defectos de representación procesal y de acreditación del pago de la tasa judicial-, lo cierto es que el devenir de los acontecimientos, fundamentalmente la ya inmediata adjudicación de los contratos anunciada por el Consejero de Sanidad de la Comunidad de Madrid (para el día 4 del presente mes de julio, en la misma fecha en que se presenta la solicitud actora de la medida cautelar del artículo 135.1.a de la Ley Jurisdiccional Contencioso-Administrativa, recibida en esta Sección el día 8 de julio, computándole desde el día siguiente el plazo de dos días para dictar el Auto a que se refiere ese precepto), justifica la adopción de la medida cautelar que ahora se

acuerda, entendiendo esta Sección que, cuanto menos indiciariamente, podría haberse modificado el importe de la fianza definitiva a prestar por la adjudicataria del concurso según lo previsto en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares como consecuencia de la Resolución de la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria de 3 de junio de 2013 que, con mención expresa del artículo 105.2 de la Ley 30/1992 sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (“Las Administraciones públicas podrán, asimismo, rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos”), introduce 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, lo cual pudiera exceder del ámbito de rectificación de un simple error material, 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), 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 afectaría a las penalidades contractuales de las que en su caso hubiera de responder la garantía definitiva, con las consecuencias y efectos para los intereses generales que se mencionan por la parte solicitante de la medida cautelar.

En atención a lo expuesto y razonado,

Esta Sección acuerda adoptar la medida cautelar urgente solicitada y suspender provisionalmente la ejecución 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 hace 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”.

De conformidad con lo previsto en el artículo 135.1.a) de la Ley Jurisdiccional Contencioso-Administrativa, se habilita el plazo de tres

días a fin de que por la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid se formulen alegaciones con relación a la medida cautelar acordada.

Contra el presente Auto no cabe recurso (mismo artículo 135.1.a).

Así lo acordamos, mandamos y firmamos. Gustavo Ramón Lescure Ceñal.- Pilar Maldonado Muñoz.- Fatima Arana Azpitarte.- Rafael Estevez Pendas.- Margarita Pazos Pita.