

Tribunal Superior de Justicia de Madrid
Sala de lo Contencioso Administrativo
Sección Tercera
Procedimiento Ordinario 674/2013

A LA SALA

Don Jorge Laguna Alonso, Procurador de los Tribunales y de D. IGNACIO BENITO PEREZ y otros 5, tal como tiene debidamente acreditado en los Autos arriba referidos, ante la Sala comparece y, como mejor proceda en Derecho, **DICE:**

Que con fecha 24.07.2013, de manera totalmente sorpresiva, le ha sido notificado auto de esa misma fecha por la que se dispone la inadmisión del recurso en el procedimiento ordinario de referencia.

Que dentro del plazo a tal efecto conferido mediante el presente escrito viene a formular recurso de reposición contra el mismo por considerar que el mismo no es ajustado a Derecho y además vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de mis representados, recurso que basa en los siguientes,

MOTIVOS

PREVIO PRIMERO.- Las alusiones al Auto recurrido son realizadas en el presente escrito con el debido respeto hacia la Sala y en términos de estricta defensa, por ello los términos utilizados de crítica, habida cuenta de la tramitación producida en el presente procedimiento, habrán de ser entendidos en ese contexto.

PREVIO SEGUNDO.- Los motivos del presente recurso son de índole procesal y de fondo. A los primeros dedicaremos los Hechos Primero y Segundo, a los de fondo, los Hechos Tercero y Cuarto.

PRIMERO.- Nulidad del auto por no haberse cumplido el procedimiento previsto en la LOPJ de notificación a las partes de la composición de la Sala.

El Auto de medidas de 10.07.2013 está suscrito por la Sala compuesta por 5 Magistrados, la Providencia de 17 de julio (importante a la vista de los hechos posteriores), está suscrita por la Sala compuesta por 3 magistrados, mientras que el Auto recurrido dictado por la Sala lo está estando ésta compuesta por 4 magistrados.

Ninguno de los cambios ni numérico ni de Magistrados que componen la Sala ha sido notificado a esta parte, suponemos que a ninguna de las partes, por lo que se ha incumplido de manera flagrante lo dispuesto en la legislación vigente.

SEGUNDO.- Sobre la vulneración de lo dispuesto en el artículo 51.4 de la Ley de la Jurisdicción contencioso administrativa que causa indefensión a esta parte.

1. El auto que respetuosamente venimos a recurrir, vulnera de manera absolutamente manifiesta el procedimiento previsto en el artículo 51 que determina el procedimiento a seguir para el supuesto de que la Sala aprecie una causa de inadmisibilidad.

2. En efecto, tal como se indica en los antecedentes de hecho del Auto recurrido, esta parte solicitó, tras la admisión a trámite del procedimiento contencioso, la adopción de medidas cautelares urgentes. Las mismas fueron admitidas por Auto de la Sala de 10.07.13. En el plazo legalmente previsto la parte recurrida, Comunidad de Madrid, formuló las alegaciones previstas en el artículo 135 LJCA y en las mismas alegó la falta de legitimación de los recurrentes.

3. Ya en ese momento, esta parte, por escrito de 15.07, indicó que procedía la inadmisión de plano de dicha alegación por no ser posible en el trámite de medidas pronunciamiento alguno sobre la supuesta falta de legitimación. Por providencia de la Sala, recurrida, se otorgó el plazo de tres días a esta parte para que a la vista de las alegaciones de la Comunidad de Madrid alegara respecto de la supuesta falta de legitimación que concurriría en mis representados. Como se ha dicho, esta parte ya puso de manifiesto mediante el recurso a la Providencia de 17.07 la falta de adecuación a Derecho de la misma, no obstante, con el objeto de cumplir con el requerimiento efectuado, como ha sido interés de esta parte en todo momento, se presentó escrito, extenso, en el que justifica la legitimación.

4. Pues bien, de manera sorpresiva, la Sala, lejos de entrar en consideraciones respecto del escrito presentado, y probablemente advertida del tortuoso camino emprendido, decide no resolver sobre la medida cautelar urgente (en lo que estábamos) y para ello acude al procedimiento principal, dónde esta parte no ha tenido oportunidad de hacer alegaciones ni aportar documentos, causando de esta forma una enorme indefensión.

5. Así, con fecha 24 de julio, notificado a esta parte también el mismo día, se dicta auto de inadmisión en el procedimiento principal. Auto que incumple absolutamente el artículo 51 de la LJCA, que deja a esta parte en manifiesta indefensión y que constituye una actuación cuando menos totalmente contraria a Derecho por parte de la Sala.

6. Lo explicamos. Mediante ese Auto dictado de manera sorpresiva en el procedimiento principal:

- Se resuelve la inadmisión sin que la recurrida haya aportado el expediente administrativo. La Sala en el Auto, indica que aunque el artículo 51 lo señala, cuando es notorio, no es preciso contar con el expediente administrativo. Sorprende ese razonamiento que choca frontalmente con el texto literal del artículo 51 (“visto el expediente”). Por lo demás, también nos llama la atención que razones tan evidentes y palmarias, ahora, pasaran desapercibidas en el momento de dictarse el Auto de 10.07 por el que se adoptaron las medidas cautelares urgentes. La interpretación, digamos libre, que la Sala hace de este requisito esencial deja a esta parte en manifiesta indefensión, puesto que dicho requisito no es sólo un requisito procesal más sino que constituye un derecho de la parte recurrente a la que se le cuestiona su

legitimación. Tan esencial es, que si la parte recurrida quiere esgrimir cualquier causa de inadmisibilidad (artículo 69 LJCA) debe aportar el expediente administrativo. Cosa que nunca ha hecho, antes de dictarse el Auto que recurrimos, la Comunidad de Madrid. Indica el Auto recurrido que se ha procedido a una interpretación analógica del procedimiento previsto en el artículo 51 LJCA, sin embargo, esa interpretación no puede significar limitación ni vulneración de los trámites del procedimiento.

- Se resuelve la inadmisión del recurso sin que la Sala se haya pronunciado sobre la posibilidad de existencia de una causa de inadmisibilidad –artículo 51.4- (salvo que entendamos que le basta que lo haga la recurrida) y, por supuesto, sin que haya sido concedido el plazo de diez días a que se refiere el mismo artículo 51.4 LJCA. Nueva interpretación, digamos imaginativa, de la Sala que debe considerar que el plazo otorgado a esta parte de 3 días es suficiente. Volvemos a repetir que una interpretación analógica, que la Sala dice hacer, no puede vulnerar los requisitos esenciales del procedimiento previsto en el artículo 51 LJCA, esto es, que el expediente administrativo sea examinado por la Sala y por la parte recurrente; que se haga un pronunciamiento por la Sala sobre la posible causa de inadmisibilidad que aprecia y en fin, que se dé plazo por diez días para las alegaciones que las partes quieran hacer. Todo ello flagrantemente vulnerado por el Auto recurrido.

7. En definitiva, la Sala ha dictado una resolución apresurada, extemporánea y que vulnera el procedimiento previsto en la LJCA en el procedimiento principal, aún a pesar de los escritos presentados por esta parte en tal sentido anteriores al dictado del Auto. Una resolución que, aplica un procedimiento analógico, según se indica en el propio Auto, que vulnera derechos fundamentales de esta parte de manera absoluta y que crea una indefensión manifiesta.

8. El resultado final es que se ha inadmitido el recurso contencioso administrativo en el trámite de medidas cautelares urgentes, por más que se intente una pirueta para formalmente volver al procedimiento principal. Ello aún cuando el propio Auto recurrido reconoce esta imposibilidad cuando indica que *“si bien la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa no prevé expresamente que pueda plantearse en el incidente sobre medidas cautelares la posible falta de legitimación activa de la parte recurrente para impugnar la actuación administrativa....”*.

No queremos, como ya indicamos en el Previo Primero resultar ofensivos y por ello entiéndase en términos de defensa lo que a continuación diremos. Si la Ley no lo contempla, no lo contempla y por ello es imposible de hacer, aunque los intereses económicos en juego sean tan importantes como lo son en este procedimiento.

9. Esta imposibilidad de resolver la inadmisión en el trámite de medidas cautelares urgente es lo que debe determinar este salto atrás que da la Sala para irse del procedimiento cautelar en el que estábamos y resolver en el procedimiento principal, pero olvidando conscientemente el trámite previsto en la Ley Procesal para ese supuesto.

10. Desde este momento por considerar que se infringen las normas del procedimiento, anunciamos nuestra intención de acudir en amparo, de ser denegados nuestros argumentos en la jurisdicción ordinaria, ante tal atropello procesal.

TERCERO.- Vulneración de la tutela judicial efectiva prevista en el artículo 24 CE por que el Auto que inadmite el recurso no contesta a ninguna de las alegaciones de la legitimación esgrimidas por esta parte.

1. En el colmo de las irregularidades en que incurre el Auto recurrido, éste da por reproducido el escrito de esta parte en defensa de su legitimación. Debemos entender que lo hace como una mera licencia literaria y para englobar todo lo sucedido en el Auto recurrido, porque ni un solo de los argumentos esgrimidos por esta parte es contestado, ni uno solo.

2. Señala la Sala que mis representados actúan como “*meros usuarios*”, señal inequívoca de que ni siquiera se dignó a estudiar nuestro escrito en el que se justificaba, como volveremos a hacer ahora, el interés legítimo de los usuarios/pacientes recurrentes. La Sala se limita a copiar la referencia genérica a la legitimación activa esgrimida en el anuncio del recurso, pero sin que merezca ni un solo comentario los extensos y fundados razonamientos del escrito presentado por esta parte, en plazo, pero tan sólo unas horas antes de dictarse al Auto. No alcanzamos a entender pues por qué se otorgó el plazo de 3 días (providencia de fecha 17.07) en las medidas cautelares urgentes si se pretendía resolver en el procedimiento principal, e ignoramos si en aquél momento la Sala ya tenía tan claro el resultado que no tomaría en consideración nuestras alegaciones y se limitaba a otorgar un plazo (por lo demás inexistente en la Ley) a fin de no

conceder el plazo legalmente previsto (artículo 51.4) –no sabemos por qué razón-, precisamente para que no se pudiera invocar la indefensión.

3. En todo caso, la indefensión se produce y es manifiesta porque si la Ley Procesal otorga un determinado plazo, con el expediente administrativo (para su revisión no sólo por la Sala sino por la parte a la que se discute su legitimación) otorgar un plazo más corto –por lo demás inventado-, sin posibilidad de aportar documentos –como sí prevé el art. 51.4- sin pronunciamiento de la Sala anterior y sin el expediente administrativo, coloca a esta parte en posición de desventaja para alegar lo que considere y para que la Sala, estudie, -y conteste- las alegaciones que le sean planteadas por quién ve como se le intenta expulsar del procedimiento a *limine litis*.

Hasta aquí las alegaciones procesales por las que consideramos debe ser dejado sin efecto el Auto de fecha 24.07.13.

A continuación procedemos a poner de manifiesto los motivos de fondo por los que consideramos que el Auto debe ser revocado, de no serlo por las consideraciones expuestas con anterioridad. Volveremos a reproducir los argumentos de nuestro escrito de 23.07 a fin de que, ahora si es posible, sean contestados por la Sala.

CUARTO.- El Auto Impugnado vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en su manifestación de derecho de acceso a la jurisdicción por no aplicar el principio *pro actione*.

1. El Auto impugnado inadmite el recurso interpuesto porque los recurrentes, por considerar que ni en su condición de usuarios de la sanidad pública, ni en su condición de cargos electos, están legitimados para impugnar la convocatoria para la licitación del contrato de servicios para la gestión por concesión del servicio público de la atención sanitaria especializada correspondiente a seis hospitales universitarios, en esencia porque no tienen la condición de licitadores que pudieran participar en la convocatoria.

2. Las STC de 19 de julio de 2004 (RTC-2004\125), 2 de junio de 2003 (RTC-2003\103), dicen: *“Cuando la apreciación de causas legales impositivas de un pronunciamiento sobre el fondo tiene lugar tras el completo y regular desarrollo del proceso judicial, en decisión de fondo y no in limine litis, y es adoptada por el propio juzgador de fondo de la pretensión, éste no se halla necesariamente vinculado por la regla hermenéutica pro actione, debiendo considerarse que ha existido un auténtico acceso a la justicia materializada en la desestimación de la pretensión de fondo, lo que no excluye la posible existencia de una lesión constitucional que, sin embargo, deberá abordarse desde la exigencia de una respuesta judicial razonada, motivada y fundada en Derecho”*.

3. Las STC de 19 de julio de 2004 (RTC-2004\125), 2 de junio de 2003 (RTC-2003\103), 11 de diciembre de 2000 (RTC-2000\298), dicen: *“No es lo mismo la apreciación de la prescripción al inicio del proceso, in limine litis, caso en el que el juzgador se halla necesariamente vinculado por la regla hermenéutica pro actione, cuya vulneración significa una vulneración del acceso a la jurisdicción, que después de haberlo concluido por todos sus trámites, caso en el que debe considerarse que ha existido un auténtico acceso a la justicia materializada en la desestimación de la pretensión de fondo, lo que no excluye la posible existencia de una lesión constitucional que, sin embargo, deberá abordarse desde la exigencia de una respuesta judicial razonada, motivada y fundada en Derecho”*.

4. La STC de 10 de noviembre de 2008 (RTC-2008\144), dice: *“La sentencia de instancias declara inadmisibile el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Acuerdo de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Navarcles (Barcelona) de 31 de mayo de 1999, sobre adjudicación por concurso público del contrato de arrendamiento de un edificio municipal con destino a tanatorio por carecer de legitimación activa para impugnar la adjudicación como consecuencia de que no impugnó la convocatoria del concurso público ni participó en el mismo, de modo que la anulación del acuerdo impugnado no le produciría de manera inmediata un efecto positivo ni evitaría un perjuicio actual o futuro, por lo que el interés de la sociedad recurrente queda reducido a la mera y abstracta defensa de la legalidad, conclusión que no resulta desvirtuada por el hecho de que se trate de una empresa de servicios funerarios. La parte demandante de amparo y el Ministerio Fiscal sostienen que el órgano judicial se ha limitado a verificar que la recurrente, en la medida en que no impugnó en su momento el concurso público ni fue parte en el expediente administrativo, carecería de interés legítimo, sin detenerse a valorar si realmente el mencionado concurso público presentaba las*

graves irregularidades que se alegaban, hasta el punto de encubrir otra relación contractual distinta de la que formal y exteriormente se había anunciado y sin detenerse a ponderar tampoco que la demandante, en cuanto titular de una licencia municipal para la explotación privada de los servicios funerarios en la localidad, tuviera el interés derivado de esa propia titularidad. La Sentencia impugnada no niega la legitimación de la recurrente por desconocer su condición de empresa destinada a la prestación de servicios funerarios, sino porque no impugnó en su momento la convocatoria del concurso de adjudicación del contrato de arrendamiento del inmueble, ni participó en tal concurso. Nuestro control sobre la razonabilidad de esta argumentación no puede desvincularse de las circunstancias del caso concreto, pues la cuestión podría recibir diferente respuesta en función de cuál fuera la razón por la que la recurrente se hubiera abstenido de impugnar o participar en las actuaciones administrativas precedentes. En efecto, en este ámbito nuestra jurisprudencia se desenvuelve siempre en función de las particularidades del caso, de modo que si bien en ocasiones hemos considerado compatible con el 24.1 CE la decisión judicial de negar legitimación activa a quien pretende impugnar la resolución de un concurso habiéndose aquietado previamente con la convocatoria y su exclusión en el mismo (así, STC 93/1990, de 23 de mayo, FJ 3), en otras, por el contrario, hemos sostenido **la impugnabilidad de un acto o resolución, aunque no lo hubieran sido las bases de la convocatoria, si concurre un supuesto de nulidad radical conforme a la legislación aplicable** (así, SSTC 193/1987, de 9 de diciembre; FJ 2; 200/1991, de 28 de octubre, FJ 3; 93/1995, de 19 de junio, FJ 4; 16/1998, de 26 de enero, FJ 2; y 107/2003, de 2 de junio, FJ 2). En el supuesto ahora examinado, si bien la sociedad demandante no impugnó las bases de la convocatoria del concurso ni participó en el mismo, lo cierto es que, precisamente, lo que se alegó en el recurso contencioso-administrativo es que la convocatoria se había hecho en unos términos deliberadamente imprecisos con el fin de ocultar la verdadera intención de la Administración, que no era otra que la de evitar la participación de empresas distintas de la que, a la postre, resultó adjudicataria. En consecuencia, debemos considerar que **no es compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva el rechazo a limine del recurso contencioso-administrativo sin ponderar si la falta de impugnación y de participación de la demandante en el concurso público tiene su origen en la propia actuación administrativa**. En este mismo sentido, recientemente, en la STC 119/2008, de 13 de octubre (FJ 5), hemos apreciado que negar la existencia de un interés legítimo por el mero hecho de no haber tomado parte en el concurso que trataba de impugnarse, sin haber ponderado las razones expuestas en la demanda, debe calificarse de rigorista y

desproporcionado y, por ello, lesivo del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción”.

4. A la vista de la anterior jurisprudencia constitucional, en nuestro escrito de alegaciones indicábamos las razones por las que usuarios/pacientes de esos seis Hospitales estarían legitimados para la interposición del recurso contencioso administrativo.

5. En el escrito de anuncio del presente recurso contencioso administrativo refiriéndose a su legitimación para actuar en el presente procedimiento se indicaba textualmente –así lo recoge el Auto impugnado-:

“Es de señalar que actúan además de Diputados de la Asamblea de Madrid, como usuarios de los 6 hospitales a los que se refiere el acto administrativo impugnado, por ello afectados directamente por la forma de gestión de los mismos y por tanto como titulares de un interés legítimo en el presente recurso.(...)”.

6. Una primera cuestión es preciso poner de manifiesto. La Comunidad de Madrid en sus alegaciones y, a pesar de constarle que actúan en esa doble condición, sólo discute la legitimación de los mismos por entender que actúan en una abstracta defensa de la legalidad haciendo valer para ello su condición de Diputados de la Asamblea de Madrid, de Concejales o de cargos orgánicos dentro del Partido Socialista de Madrid. Así se indica, que las razones del recurso son puramente ideológicas (luego veremos que en modo alguno) o movidos por unas diferentes ideas de las del Gobierno que promueve la resolución y con el ánimo de combatirlas. Para probar esa condición, también se pone de manifiesto, con una más que dudosa técnica jurídica, diversos posicionamientos políticos llevados a cabo por el Secretario General del Partido Socialista de Madrid (que por cierto, también es Portavoz del Grupo Parlamentario en la Asamblea de Madrid). Ya adelantamos que no vamos a caer en alegaciones de tipo político o ideológico sobre la posición de tal o cual cargo público de la Comunidad de Madrid. Nos vamos a limitar a explicar nuestra posición jurídica.

7. Ya decíamos que la recurrida no se oponía a la legitimación que ostentarían los recurrentes en tanto que usuarios de los Hospitales (razón por la cual sorprende que la haga la Sala en el auto recurrido), que son objeto del acto recurrido, como pacientes de los mismos y en consecuencia como personas directamente afectadas por el acto recurrido.

8. En consecuencia por aplicación del principio pro actione, y ante la falta de alegación contraria por parte de la recurrida respecto de la legitimación activa que mis representados tendrían por su condición de usuarios/pacientes de los Hospitales, se debería estimar el presente recurso y en consecuencia dejar sin efecto el auto de 24.07.13.

QUINTO.- Sobre el interés legítimo de los recurrentes en tanto que usuarios y pacientes del sistema sanitario público de la Comunidad de Madrid en general y de los 6 hospitales que son objeto del recurso en particular.

1. La constante doctrina del Tribunal Supremo sobre el presupuesto procesal de la falta de legitimación activa, con cita en una de sus múltiples sentencias sobre la materia, Sentencia de su Sala Tercera de 15 de octubre de 2007, es la siguiente:

"En el orden contencioso-administrativo la legitimación activa se defiere, según una consolidada jurisprudencia de este tribunal, en consideración a la titularidad de un derecho o interés legítimo que suponga una relación material entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de suerte que, de estimarse ésta, se produzca un efecto positivo o beneficio o la eliminación de un efecto negativo o perjuicio que no necesariamente ha de revestir un contenido patrimonial. Esta ventaja ha de ser concreta y efectiva.

El criterio de delimitación de la legitimación fundado en la existencia de un derecho o interés legítimo (art. 19.1. a LJCA EDL 1998/44323), como superador del inicial interés directo (art. 28 LJCA EDL 1998/44323), en el orden contencioso-administrativo ha sido reiteradamente declarado por el Tribunal Constitucional (entre otras SSTC 60//2001, de 29 de enero, 203/2002, de 28 de octubre, y 10/2003, de 20 de enero).

Así la STC 52/2007, de 12 de marzo, FJ 3 nos recuerda que en relación al orden contencioso-administrativo, ha precisado "que 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). 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. O, lo que es lo mismo, el interés legítimo es cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida (SSTC 252/2000, de 30 de octubre, FJ 3; 173/2004, de 18 de octubre, FJ 3; y 73/2006, de 13 de marzo, FJ 4.....)".

También ha dicho que el principio "pro actione" no implica, en modo alguno, una relativización o devaluación de los presupuestos y requisitos procesales establecidos por las leyes, ni debe entenderse como la forzosa selección de la interpretación más favorable a la resolución del problema de fondo de entre todas las posibles (STC 45/2004, de 23 de marzo, FJ 4 y ATC 430/2004, de 12 de noviembre, FJ.

También el Tribunal Supremo ha venido insistiendo (por todas STS de 24 de mayo de 2006, recurso de casación 957/2003, y sentencia de 22 de mayo de 2007, recurso de casación 6841/2003, con cita en ambas de la STS de 30 de enero de 2001) en que la respuesta al problema de la legitimación debe ser casuística, de modo que no es aconsejable ni una afirmación ni una negación indiferenciadas para todos los casos.....".

2. Para ello, es preciso analizar en muchos casos con carácter previo por parte del Tribunal el fondo del asunto sometido a su enjuiciamiento porque tal como tiene reiteradamente señalado la Jurisprudencia sin el conocimiento del fondo del asunto mal podría interpretarse si el acto incide en el haz de derechos de la parte recurrente. No puede ventilarse un tema tan complejo como el presente con una frase en relación a la condición con la que litigan los recurrentes (meros usuarios) y mucho menos cuando se ha tenido oportunidad de conocer (aunque sea de un modo procesalmente incorrecto) las alegaciones de éstos.

3. En el caso que nos ocupa, los recurrentes tendrían legitimación si pudieran probar o aducir, siquiera sea de forma indiciaria (como corresponde a esta fase inicial del procedimiento) que el acto recurrido les afecta personalmente en sus derechos, de tal modo que una hipotética estimación del mismo les pudiera producir un beneficio o ausencia de perjuicio.

4. El acto recurrido, lejos de ser un simple pliego de condiciones para la licitación de un concurso al uso, consiste en realidad en una modificación por parte de la Administración recurrida del modo en que ésta procede a proveer los servicios sanitarios a la población a la que pertenecen los habitantes que se señalan y en particular en el modo en que los recurrentes (usuarios y pacientes de los Hospitales objeto del recurso) van a recibir dichos servicios sanitarios a los que tienen derecho (artículo 43 CE). En definitiva, esto es no es un mero concurso de compra de sillas por un Ayuntamiento, esto es un Pliego de condiciones en el que, por virtud del mismo, se altera el sistema sanitario que reciben hasta el momento los recurrentes.

5. Ya dijimos y reiteramos que el estudio de esta cuestión, que la Sala obviamente no ha hecho, es verdaderamente complejo y tiene como referente una compleja cadena de razonamientos lógicos en la que subyacen supuestos y premisas que es necesario explicitar para dar coherencia interna a los razonamientos. Para ello, con anterioridad debemos sentar unas premisas genéricas de razonamiento que exponemos a continuación:

- ❖ La práctica médica y el papel del médico como agente del paciente. Esta perspectiva se refiere a los principios del ‘profesionalismo’ médico (parte del ‘contrato social’ de la profesión médica) que deben regir la práctica profesional y le obligan a actuar, en el mejor interés del paciente, como su ‘agente’ y consultor leal, con ética, competencia, respeto y participación. Estos deberes requieren que el médico tenga ‘autonomía profesional’ para co-decidir con el paciente lo que juntos estimen como más conveniente para su salud. Esta perspectiva es importante porque proteger el profesionalismo y la ‘autonomía profesional’ de los médicos, protege los intereses del paciente.
- ❖ El contexto organizativo en el que tiene lugar la práctica médica. La práctica médica, la relación médico-paciente, desde hace décadas, ya no tienen lugar en una consulta aislada, sino en organizaciones. Y este marco organizativo no se limita al Centro de Salud o el Hospital: abarca todo el ecosistema sanitario, desde la cobertura (su naturaleza pública/privada, financiación, prestaciones), hasta el tipo de contrato que liga a los profesionales sanitarios con las organizaciones en las que trabajan y los incentivos y desincentivos que en ellas operan. Todo ello

influye en la práctica médica, condiciona la ‘autonomía profesional’ y modula la relación de agencia médico-paciente, al dar al médico el conflictivo papel de ‘agente doble’: con obligaciones hacia la organización en la que trabaja y hacia el paciente. Existe una abundante y sólida literatura científica sobre como el contexto organizativo condiciona las variaciones en la práctica médica (VPM). Esta perspectiva tiene la importancia de enfatizar que los objetivos de la organización (p.a.: el lucro en el caso de los empresarios) pueden debilitar el rol de médico como agente del paciente, condicionando la ‘autonomía profesional’, por lo que será obligado protegerla contractualmente si la Administración decide privatizar la atención sanitaria. Que duda cabe, que los usuarios/pacientes (como son los recurrentes) se encuentran afectados.

- ❖ Derechos de los ciudadanos en relación a la atención sanitaria del SNS. Los ciudadanos como pacientes tienen en relación a la atención sanitaria unos de derechos que pueden ser agrupados en dos bloques: (a) derechos básicos (humanos, de ciudadanía, derivados del contrato ‘contrato social’ de los médicos), y (b) derechos ligados al contexto organizativo y político de los servicios sanitarios, que son de configuración legal concreta (libre elección de médico, tiempo de espera, tutela pública, ‘régimen público de seguridad social’, etc.). La importancia de esta perspectiva es que la existencia de estos derechos impone a la Administración la obligación de garantizarlos, poner las bases para su adecuado ejercicio y sobre todo protegerlos tanto ‘ex ante’ (con medidas que razonablemente permitan asumir que no hay incentivos o condiciones contrarias a ellos, con vigilancia activa de su cumplimiento), como ‘ex post’ (imponiendo contractual y operativamente mecanismos de respuesta, sanción y compensación de derechos vulnerados). No cabe duda que estas obligaciones impuestas a la Administración repercuten en la esfera de derechos de los usuarios/pacientes del sistema.

- ❖ Principios y normas constitucionales y legales en relación a la igualdad, no discriminación y buen gobierno de lo público. El SNS es por naturaleza público y por lo tanto le obligan los principios generales de la CE y todas las demás leyes aplicables. Ello incluye, entre otros puntos: igualdad de todos los usuarios/pacientes, no discriminación, derecho a la participación en todos los asuntos públicos, deber de las Administraciones de buscar el interés público en sus decisiones públicas, deber de las Administraciones de justificar sus decisiones, etc. etc.

6. Una vez puesto de manifiesto que el acto recurrido no es cualquier Pliego de condiciones al uso y siempre con los razonamientos genéricos anteriores, procedemos a desarrollar en los siguientes motivos cómo, concretamente, los actores (usuarios/pacientes) del sistema son perjudicados por el acto recurrido a contrario de lo que se indica en el Auto recurrido.

7. Situación anterior al acto recurrido para los actores(usuarios/pacientes) de los Hospitales.

Los actores, usuarios/pacientes de los Hospitales cuyos pliegos de concesión son objeto del presente recurso, hasta la fecha tienen la siguiente situación.

a) presupuesto aprobado para su cobertura sanitaria específica que constituye un fondo, común para toda la población de la Comunidad protegida por el SNS, cuyo gasto efectúan los centros y servicios sanitarios en función de las necesidades asistenciales de la población y sólo en base a eso;

b) Los profesionales sanitarios que hasta la fecha vienen atendiendo a los recurrentes, en tanto que usuarios/pacientes trabajan en los centros de gestión directa pública y por ello gozan de la confianza de mis representados (recuérdese en este punto la capital importancia de la relación médico/paciente):

- (1) son seleccionados por mérito y capacidad según un estándar público y conocido;
- (2) su sistema retributivo y condiciones de ejercicio profesional responden a un marco normativo formal y por ello son de dominio público, excluyéndose la existencia de cualesquiera incentivos y penalizaciones ocultos que puedan entrar en conflicto de interés con la buena atención debida a los pacientes;
- (3) El marco organizativo de la profesión médica en los centros sanitarios públicos está regulado favorecer la colegialidad, la cooperación y el control mutuo de la calidad de la buena práctica médica, a través de las Comisiones Profesionales de Asesoramiento y Participación existentes en todos los hospitales de gestión directa pública.

—

- (4) Es particularmente importante destacar que toda la regulación de las condiciones de ejercicio profesional en la sanidad de gestión pública tiene como objetivo y logro primordial crear condiciones que protejan la autonomía profesional del médico de modo que pueda actuar como fiel *agente del paciente*.

8. Todo lo anterior determina que los recurrentes (en tanto usuarios/pacientes) tienen cubierta su prestación sanitaria con la seguridad y confianza que aquélla tiene como finalidad producir las mejores condiciones objetivas y por ello que los usuarios/pacientes actores tengan acceso a unos servicios sanitarios en los que los incentivos e intereses de toda la cadena de actores que en los mismos intervienen (políticos, gestores públicos, médicos y otros profesionales sanitarios) estén alineados con el mejor servicio al paciente. Entre estas condiciones objetivas se incluye: una organización que no busca el lucro sino el servicio, la prevención de conflictos de interés, el control democrático, un papel central de los profesionales, ...

9. En qué consiste en esencia el acto recurrido.

Ya hemos dicho y reiteramos que el acto administrativo que consideramos no es un pliego de condiciones cualquiera, como pretende poner de manifiesto la parte recurrida, sino que introduce una radical alteración en la forma de acceso a la prestación sanitaria de los recurrentes, en tanto que usuarios/pacientes. Los elementos característicos del acto recurrido pueden ser resumidos muy someramente de la forma que sigue:

a) Objeto del contrato: “La asistencia sanitaria especializada (ASE) de la población correspondiente a los hospitales”, es decir la cartera de Atención Especializada del SNS (RD 1030/2006) que precise la población del territorio.

Precision importante: **NO** se contrata solo la gestión del Hospital cuya gestión se privatiza, si no la gestión de toda la ASE de las poblaciones afectadas. Como consecuencia de ello el concesionario ha de recibir de la Administración fondos adicionales a los que venía gastando el hospital. Para explicarlo de modo más directo, el objeto del contrato no es la gestión diaria de los Hospitales sino que lo que se contrata es la gestión de una cantidad anual asignada a cada usuario potencial (sea o no paciente), a la que se denomina *cápita*.

b) Importe y duración del contrato: 4.679,8 millones de Euros; 10 años.

c) Dónde pueden recibir atención los usuarios cuya ASE se privatiza:
Los pacientes de los territorios concesionados pueden recibir ASE en:

- 1) en el Hospital cuya gestión se concede al empresario adjudicatario del concurso;
- 2) en otro hospital del SERMAS o privado, debiendo el concesionario pagar la tarifa pública, vía la ‘facturación intercentros’, de modo que ‘el dinero siga la paciente’.

d) Población afectada: 1,2 millones; todos los habitantes cubiertos por el SNS de los municipios incluidos en el territorio de referencia de los 6 hospitales. Estos usuarios y tampoco los recurrentes tienen opción a desafectarse de un contrato que les afecta eligiendo otro ‘hospital de referencia’ pues la ‘libre elección de médico’ vigente en la Comunidad de Madrid requiere autorización previa y es para cada episodio, no siendo posible cambiar de ‘hospital de referencia’.

e) Sistema de remuneración al concesionario y cálculo del precio del contrato. Ya lo apuntábamos anteriormente, la Administración no paga al concesionario de cada hospital según el sistema habitual de pago por actividad utilizado en los conciertos; escoge un sistema que equivale a subcontratar el aseguramiento de la ASE de esta población. En efecto, le entrega una suma anual (caja) resultado de multiplicar el número de habitantes del territorio concesionado por una cantidad por persona/año, llamada ‘cápita’ (prima); esta cantidad es diferente para cada territorio concesionado siendo el promedio de las ‘capitas máximas del Pliego 484.5 €/persona/año. Sometidas a licitación la capital media ofertada ha sido de 483.9 €/persona/año.

En la formación de la ‘cápita máxima’ del Pliego entran dos conceptos: (1) el coste del Hospital cuya gestión se concede, y (2) la estimación de la facturación externa que tendrá que hacer frente el concesionario (*facturación intercentros*).

La ‘facturación intercentros’ ha calculado en base a precios públicos de servicios sanitarios, unas tarifas que son más altas que el precios de esos mismos servicios concertados por actividad y que los costes en el sector público. Además, no existe un sistema fiable de contabilidad para estos cálculos, por lo que todos los analistas consideran que son cantidades muy sobrevaloradas, haciendo que de

entrada esta privatización lejos de ahorrar vaya a costar dinero adicional a la Hacienda Pública, por el sistema de pago y liquidación a los concesionarios.

En este esquema, teóricamente ‘el dinero sigue al paciente’, de modo que si el hospital concesionado atiende a pacientes de fuera de su ‘área’, la Administración tendría que pagar por esta atención el 90% de la tarifa. Por su parte, el concesionario debería pagar el 100% de dicha tarifa por cada paciente atendido en otro hospital. Este flujo de pagos no son facturas reales que se produzcan al ser dados de alta o atendidos pacientes: son apuntes contables (‘facturación intercentros’), cuya liquidación tendría lugar, en el primer semestre del año siguiente.

10. Decíamos que los Pliegos de condiciones que constituyen el acto recurrido no son sólo eso, unos pliegos al uso, sino que verdaderamente modifican el sistema de atención sanitaria de los recurrentes, en tanto que usuarios y pacientes. NO en vano la cláusula Primera del PCAP dice textualmente: *“El servicio se prestará con las condiciones y con los requerimientos que se establecen en este PCAP, y en el Pliego de Prescripciones Técnicas”*. Y contiene cláusulas de disposición general (más propias de una Orden que de un PCAP), por ejemplo la inclusión de los actores en las zonas objeto de prestación de estos Hospitales. Si uno de los recurrentes quisiera modificar su adscripción a una zona determinada, ¿cómo podría hacerlo si es el Pliego de condiciones el que le adscribe? – Clausula Segunda-

11. Los Pliegos sustituyen al gestor público por una empresa concesionaria comercial cuyo objetivo, normal por otra parte, es obtener rentabilidad económica de su actividad. Esta rentabilidad (beneficios) solo existirá si los gastos son menores que los ingresos. Los ingresos son fijos provenientes de la Administración, con una pequeña posibilidad de incrementarlos atrayendo pacientes a su hospital, pero no vía precios. Al ser los gastos de los concesionarios los servicios sanitarios que ha de prestar a la población, existe, por definición, existe un conflicto potencial de interés entre el concesionario y la población de referencia del hospital o en los términos de esta alegación un conflicto de intereses generado por el acto recurrido entre cualquiera de los recurrentes (usuarios/pacientes) de los Hospitales y aquella empresa que surja de la licitación en marcha. Sólo ello, ya atribuiría legitimación a mis representados.

12. La normativa pública de los hospitales será sustituida por los documentos contractuales de la licitación: los Pliegos y las propuestas. Estos documentos son complejos, no están al alcance de los ciudadanos por lo que la gestión empresarial de la ASE pierde transparencia y posibilidad de control público o, en los términos de esta alegación, una pérdida real y efectiva para los recurrentes (como usuarios/pacientes de los Hospitales) de las posibilidades que ahora tienen de ejercer control sobre los procesos sanitarios que reciben. ¿A quién habrá de solicitarse en su caso las responsabilidades por negligencia médica? ¿A quién dirigir una queja por problemas en el servicio?

13. La Administración carece de instrumentos eficaces para controlar, con el nivel de detalle que será requerido, unos contratos tan complejos como los diseñados en los Pliegos, por lo que los ciudadanos, o, en los términos de esta alegación, una pérdida real y efectiva para los recurrentes (como usuarios/pacientes de los Hospitales) han perdido capacidad de exigir rendición de cuentas a los gestores de su ASE. Las mercantiles concesionarias, como viene demostrando la práctica, solo son susceptibles de control por la Administración pública en aspectos puntuales formales

14. Los recurrentes en tanto que usuarios/pacientes de los Hospitales objeto del acto administrativo tendrán entre sí y con el resto de la población de la Comunidad de Madrid un trato desigual en el presupuesto sanitario. Esto que parece muy general se concreta con posterioridad en la asistencia médica que reciben. En efecto, habrá dos grandes grupos de ciudadanos madrileños desde el punto de vista de la financiación sanitaria: los de contrato de concesión (los recurrentes en tanto que usuarios/pacientes de los Hospitales objeto del acto administrativo) que estará fijada durante 10 años en el 85% del IGPC, y los de presupuesto público en función de variables económicas y políticas. .

15. Además los recurrentes en tanto que usuarios/pacientes de los Hospitales objeto del acto administrativo tienen a partir de ahora riesgos ciertos derivados de la gestión comercial de la sanidad pública.

El principal riesgo para los usuarios es **la pérdida real de recibir atención de calidad.**

En segundo lugar **amenaza real de pérdida de acceso a atención médica** por:

- Recursos temerariamente recortados, y.
- Existencia de un conflicto de interés entre la mercantil concesionaria y la población del territorio concesionado.

De todo lo expuesto se deduce sin lugar a dudas que los usuarios/pacientes recurrentes tienen un perjuicio real, fundado, cierto y directo por virtud del acto recurrido y que por ello, tienen interés legítimo en el mismo a los efectos del reconocimiento de su legitimación activa. En esencia y aunque cuesta resumir se trata de que los usuarios/pacientes ven alterados por el PCAP su especialísima relación con su proveedor de servicios sanitarios por las siguientes razones:

- a) el médico como centro del sistema sanitario y depositario de la confianza del paciente cambia su posición y de ser el sujeto que decide la prescripción con la única limitación de su profesionalidad, ahora se convierte en un agente intermedio de la empresa para la que trabaja;
- b) cualquiera de los recurrentes (usuarios/pacientes) ha quedado encuadrado, sin haberlo solicitado, sin haber sido preguntado y por mor del Pliego en uno de los Hospitales referenciados en el acto recurrido, viendo alterada en términos prácticos y de igualdad de trato con otros pacientes su vinculación con el proveedor de sus servicios de salud;
- c) a cualquiera de los recurrentes (usuarios/pacientes) les ha sido asignada una cantidad de referencia para su prestación sanitaria anual, que no tenían hasta el acto recurrido, con lo que ello conlleva de limitación de gasto, de toma de decisiones médicas y particularmente de decisiones de desplazamiento (que no olvidemos ha de ser abonado con cargo a la cápita por las empresas) a otros Hospitales que tengan la asistencia que necesiten y para cuya prestación efectiva no estén preparados.

16. Hasta aquí las cuestiones generales que afectan directamente a los recurrentes, en tanto que usuarios/pacientes de los Hospitales objeto del Pliego que constituye el acto recurrido. Aún sin embargo hay más.

Dedicaremos el siguiente punto a tratar, como del Pliego de condiciones se deducen otros aspectos que afectan directa y realmente a los recurrentes, por virtud de lo cual, éstos tendrían interés legítimo para combatirlos, como hacen, en el presente procedimiento contencioso administrativo. Dedicaremos el siguiente motivo a ello.

SEXTO.- Acerca del Pliego de condiciones y como éste modifica aspectos concretos de la asistencia sanitaria que venían recibiendo los recurrentes (como usuarios y/o pacientes) de los Hospitales objeto del presente Pliego de condiciones y cuya aprobación constituye el acto recurrido y por tanto, a contrario, de lo que señala el Auto recurrido los recurrentes no son “meros usuarios” sino titulares de derechos que se ven alterados por la resolución administrativa recurrida.

1. Para el desarrollo de este argumento y, habida cuenta de la falta de expediente administrativo que hemos señalado y dicho con profusión, nos referiremos a la concreta cláusula del Pliego con una explicación somera de la afectación directa sobre los derechos de los recurrentes.

2. Cláusula 2.1 PCAP. En cuanto al objeto del contrato y la forma en que los recurrentes han quedado integrados en el ámbito de aplicación del contrato.

“(…) 1.- El objeto del contrato, que se ejecutará a riesgo y ventura de la Entidad adjudicataria, consistirá en la prestación del servicio público de atención sanitaria especializada a la población protegida de los Municipios y Zonas Básicas de Salud correspondiente a los siguientes hospitales:

A) Hospital Universitario Infanta Cristina. Zonas Básicas de Salud correspondientes a los municipios de Parla, Torrejón de Velasco, Torrejón de la Calzada, Batres, Cubas de la Sagra, Casarrubuelos, Serranillos del Valle y Griñón. De este Hospital es usuario/paciente la recurrente Doña Rosa Alcalá Chacón, tal como se acredita.

- B) *Hospital Universitario Infanta Sofía. Zonas Básicas de Salud correspondientes a los municipios de La Acebeda, Alameda del Valle, Alcobendas, Algete, El Atazar, El Berrueco, Berzosa del Lozoya, Braojos de la Sierra, Buitrago de Lozoya, Cabanillas de la Sierra; La Cabrera, Canencia, Cervera de Buitrago, Cobeña, Fuente el Saz de Jarama, Garganta de los Montes, Gargantilla del Lozoya, Gascones, La Hiruela, Horcajo de la Sierra, Horcajuelo de la Sierra, Lozoya, Lozoyuela-Navas-Sieteiglesias, Madarcos, El Molar, El Montejo de la Sierra, Navarredonda, Paracuellos de Jarama, Patones, Pedre- zuela, Pinilla del Valle, Piñuecar, Prádena del Rincón, Puebla de la Sierra, Puentes Vie- jas, Rascafría, Redueña, Ribatejada, Robledillo de la Jara, Robregordo, San Agustín de Guadalix, San Sebastián de los Reyes, Serna del Monte, Serranillos del Valle, Somosie- rra, Talamanca de Jarama, Torrelaguna, Torremocha de Jarama, Valdemanco, Valde- olmos-Alalpardo, Valdepiélagos, Valdetorres de Jarama, El Vellón, Venturada y Villa- vieja del Lozoya. De este Hospital es usuario/paciente el recurrente D. Narciso Romero Morro, tal como se acredita.*
- C) *Hospital Universitario Infanta Leonor. Zonas Básicas de Salud correspondientes a los Distritos Villa y Puente de Vallecas de Madrid. De este Hospital es usuario/paciente el recurrente D. Ignacio Benito Pérez, tal como se acredita*
- D) *Hospital Universitario del Sureste. Zonas Básicas de Salud correspondientes a los municipios de Arganda del Rey, Rivas Vaciamadrid, Villarejo de Salván, Morata de Tajuña, Nuevo Baztán, Villar del Olmo, Campo Real, Perales de Tajuña, Tielmes, Valdi- lecha, Fuentidueña del Tajo, Carabaña, Belmonte de Tajo, Brea del Tajo, Valdecerete, Estremera, Orusco de Tajuña, Villamanrique de Tajo, Ambite, Pozuelo del Rey y Olmeda de las Fuentes. . De este Hospital es usuario/paciente la recurrente Doña Victoria Moreno San Frutos, tal como se acredita.*
- E) *Hospital Universitario del Henares. Zonas Básicas de Salud correspondientes a los municipios de Coslada, San Fernando de Henares, Mejorada del Campo, Loeches y Velilla de San Antonio. . De este Hospital es usuario/paciente la recurrente Doña Maria Teresa González Ausín, tal como se acredita.*
- F) *Hospital Universitario del Tajo. Zonas Básicas de Salud correspondientes a los municipios de Aranjuez, Chinchón, Valdelaguna, Villaconejos, Colmenar de Oreja. Por fin, de este último Hospital es usuario/paciente el recurrente D. Jesús Dionisio Ballesteros, tal como se acredita.*

(...) Está incluido en el objeto del contrato la asistencia sanitaria a los pacientes protegidos de otras zonas que acudan al Hospital por el ejercicio de la libertad de elección en cumplimiento de la Ley 6/2009, de 16 de noviembre, de Libertad de Elección en la Sanidad de la Comunidad de Madrid.(...)

A efectos del presente contrato, se entiende por población protegida el conjunto de personas que sean titulares de las Tarjetas Sanitarias Individuales emitidas por la Comunidad de Madrid en el ámbito territorial de la concesión, así mismo se atenderá con facturación independiente, los pacientes asegurados que acudan por libre elección y los derivados de lista de espera. La financiación del centro sanitario no incluye la

asistencia cuyo abono, en virtud de normas legales o reglamentarias, le corresponde a otros seguros públicos (MUFACE, MUGEJU, ISFAS, Seguro Escolar,...) o privados (vehículos a motor, deportes federados, caza,...) o responsabilidad de terceros, por las lesiones o enfermedades causadas a la persona asistida. (...)”

3. La inclusión de los recurrentes como población protegida de cada uno de los Hospitales objeto del Pliego, tal como queda acreditada con su tarjeta sanitaria, determina que los mismos tengan sin lugar a dudas interés real en el objeto del procedimiento. Por otra parte, ya lo hemos señalado en alguna otra ocasión a lo largo del presente escrito, téngase en cuenta que el objeto del contrato no es la pura gestión administrativa/gerencial o directiva de los Hospitales sino que, muy al contrario, el objeto del contrato es la gestión que de la cápita por cada recurrente, entregada por la Administración a la adjudicataria vaya a hacer ésta última.

4. La pregunta que habría que hacerse es: ¿Tendría legitimación directa un recurrente al que la Seguridad Social sacara de su sistema e integrara en un régimen como MUFACE, MUGEJU o ISFAS? No cabe ninguna duda que sí. El objeto del Pliego, tendremos oportunidad de analizarlo en el procedimiento principal, es la creación de un nuevo sistema asegurativo más parecido a un aseguramiento privado –con pago de prima=cápita) al asegurador para que gestione el riesgo. Por ello, la inclusión directa en ese sistema de cada uno de los recurrentes conecta a estos de forma directa con el objeto del procedimiento, atribuyéndoles legitimación procesal sin ningún género de dudas. **¿Cómo podrían si no es por esta vía, ejercer su derecho a no ser incluidos, habida cuenta de la Ley de Libertad de elección de Médico de la Comunidad de Madrid, como población de referencia en los Hospitales que son objeto del recurso?**

5. Para intentar garantizar el servicio la Administración pone a disposición de las entidades adjudicatarias una serie de recursos, entre ellos, uno que afecta directa y totalmente al ámbito de la esfera privada de derechos de los recurrentes. Se trata de la puesta a disposición de los historiales clínicos de los pacientes y por ello de los recurrentes.

Se refiere a ello la cláusula 2.4 del PCAP cuando indica: *“La historia clínica informatizada establecida previamente para estos seis hospitales condiciona la existencia de un sistema de información y comunicación en cada uno de ellos que deberá garantizar la integración de la información clínica del paciente, tanto con Atención Primaria como con el resto de Hospitales del Servicio Madrileño de Salud.*

Las Empresas Concesionarias pueden modificar o sustituir los sistemas de información, si bien, las prestaciones de los mismos deberán ser como mínimo las actuales. Los costes derivados del mantenimiento de los sistemas, la renovación de los equipos y los desarrollos informáticos que se precisen deberán ser compensados a la Administración por el total de su coste conforme las condiciones indicadas en el pliego de cláusulas administrativas. Todo cambio que se plantee en los sistemas de información por parte de la Empresa Concesionaria, para mejorar el rendimiento de los equipos o los programas, deberá ser aprobado previamente por la Administración sanitaria y, en ningún caso podrá suponer un riesgo en la integridad del sistema.(...)"

Es decir, del Pliego se desprende que se va a dar acceso a las entidades adjudicatarias de los datos contenidos en las historias clínicas de los recurrentes sin que éstos hayan dado conformidad a tal acceso, sino simplemente por haber quedado encuadrados en la población de referencia de los Hospitales que indicábamos en el punto anterior.

Esta disposición contenida en el acto recurrido, también afecta sin lugar a dudas a la esfera de derechos de los recurrentes, lo que les atribuiría sin lugar a dudas legitimación activa en el presente procedimiento. ¿Cómo podrían si no es por esta vía, ejercer su derecho a que el historial médico personal y privado fuera puesto a disposición de alguien a quién no se ha concedido autorización?

6. Clausula 9.3 del PCAP. Esta cláusula determina el derecho de los usuarios (por ello el derecho de los actores), a utilizar los servicios sanitarios en los términos y condiciones establecidos en el presente PCAP y en el PPT. El texto literal del PCAP es el que sigue: *“Prestar los servicios de atención sanitaria especializada de forma ininterrumpida, observando los niveles de calidad y disponibilidad establecidos o que puedan exigirse a los hospitales dependientes del Servicio Madrileño de Salud, siguiendo las instrucciones que al efecto le dirija la Administración, y en todo caso, garantizando a los usuarios el derecho a utilizar los servicios sanitarios en los términos y condiciones establecidos en el presente PCAP y en el PPT.”*. **Si el propio Pliego determina que los usuarios (se entiende de los Hospitales) podrán ejercer sus derechos en las condiciones establecidas en el mismo, es obvia la conexión que éstos tienen, aunque no sean licitadores, con los mencionados Pliegos. ¿Cómo podrían si no es por esta vía, defender los derechos que les asisten como usuarios/pacientes si no es impugnando los Pliegos dónde se les reconocen los mismos?**

7. Más en relación con los derechos de los usuarios. La confidencialidad de los historiales clínicos.

Indica a este respecto la Clausula 9.5.del PCAP que constituye obligación de los adjudicatarios:

“(...) Respetar los derechos de los usuarios de los servicios sanitarios, y en particular, el derecho a la libertad de elección de médico en el marco normativo vigente durante el periodo concesional, así como guardar la debida reserva y confidencialidad respecto de toda la información y documentación a la que tenga acceso en relación con el objeto de este contrato. A tal efecto, la confidencialidad respecto a los datos o antecedentes que, no siendo públicos o notorios, estén relacionados con el objeto del contrato o de los que tenga conocimiento con ocasión del mismo, no pudiendo, por lo tanto, proporcionar información a terceros sobre la materia objeto del contrato, ni permitir el acceso a las instalaciones sanitarias con dicha finalidad, a no ser que cuente a estos efectos con la previa autorización de la Administración. Estas obligaciones subsistirán aún después de finalizar el plazo de duración de la concesión.(...)”

Se trata del manejo de los historiales médicos de los pacientes/usuarios y por tanto, de los actores. En el PCAP no están suficientemente garantizados los protocolos de seguridad que podrían evitar, por ejemplo, que una adjudicataria –sociedad médica- (cuya actividad principal entra en conflicto con el objeto del Pliego) pudiera tomar y utilizar los datos de los que dispusiera para su propio negocio.

Preservar ese derecho en el Pliego, otorga también legitimación a los recurrentes.

8. Cuestiones derivadas de la responsabilidad médica. De acuerdo con el PCAP (clausula 9.6) la sociedad adjudicataria de la concesión habrá de responder de la posibles indemnizaciones (para lo que se obliga a contratar seguro de responsabilidad) que pudieran derivarse por su actuación. Este concreto supuesto lo ponemos también en consideración en relación con la actuación de la Administración completamente contraria a Derecho, de rebajar la fianza definitiva a prestar que pusimos de manifiesto en el escrito por el que se interesaban las medidas cautelares urgentes.

La antedicha cláusula del PCAP 9.6. señala textualmente: “6. Asumir las obligaciones derivadas de perjuicios que pudieran causarse a los usuarios del servicio sanitario, por actuaciones sanitarias o de otro tipo y reconocidas bien por iniciativa de la propia Entidad adjudicataria, bien por resoluciones judiciales o administrativas, aunque no sean firmes. A estos efectos, la Entidad adjudicataria, para garantizar estos riesgos, deberá suscribir la correspondiente póliza de seguro o adherirse si fuera posible a la que mantenga suscrita la Administración, en los términos previstos en la cláusula 14.7 de este PCAP y en su Anexo XI. Tales pólizas de seguro deberán estar contratadas con carácter previo a la fecha de formalización del contrato y mantenerse en vigor durante la correspondiente fase de ejecución del mismo. Siempre que exista sentencia judicial firme en la que se ordene a la Administración Sanitaria el pago de una indemnización, derivada de responsabilidad directa o subsidiaria por actuaciones asistenciales incluidas en el objeto del presente contrato, la Administración Sanitaria, sin perjuicio de ejecutar la sentencia, repercutirá el importe abonado a la Entidad adjudicataria mediante la correspondiente factura.(...)”.

Es decir, nuevamente los usuarios (los recurrentes lo son) por virtud del Pliego tienen acceso a las reclamaciones al concesionario por actuaciones sanitarias o de otro tipo de éste que pudieran causarle perjuicios. La fianza minorada (al 10% del importe que señala el artículo 95 LJCA) es en muchos casos, inferior no ya a la posible reparación de daños y perjuicios que se pudiera ocasionar por negligencia médica sino incluso inferior a la prima anual del seguro que han de asumir las adjudicatarias, razón por la cual, no quedan en el Pliego, menos aún después de la corrección de errores de 4.06.2013 suficientemente garantizados los derechos de los usuarios en este aspecto. **Si no es por esta vía, ¿cómo podrían los recurrentes – usuarios/pacientes del sistema- con derechos reconocidos en el Pliego poner de manifiesto su insuficiencia o su inexistencia?. Ello otorgaría nuevamente sin lugar a dudas, legitimación activa a mis mandantes en el presente procedimiento.**

9. Podríamos seguir analizando punto por punto los Pliegos de condiciones para analizar como los mismos, que reconocen derechos de ejercicio a los usuarios frente a los adjudicatarios, afectan de modo directo y real a la esfera de derechos jurídicos de los recurrentes (usuarios/pacientes).

SEPTIMO.- NO se trata pues, como erróneamente dispone el Auto, de un ejercicio de una denominada acción popular o defensa del interés de la legalidad, como únicamente la parte recurrida quiere hacer ver a la Sala. En el presente recurso se ventilan aspectos tan importantes como la forma de acceso a los servicios sanitarios de los usuarios/pacientes, los límites que el Pliego ha marcado para el gasto sanitario, la inclusión en ese nuevo sistema de los usuarios de las poblaciones de referencia, etc., etc.

1. Estamos como decíamos al inicio de nuestras alegaciones ante una modificación total de la forma en que se prestan y se accede a los servicios sanitarios para un determinado número de usuarios (entre los que se encuentran los actores) que tienen derechos constitucionalmente protegidos y a los que no se les puede negar en consecuencia, de un plumazo, la posibilidad de solicitar la revisión en la vía contenciosa de los Pliegos donde se determinan sus derechos, los límites a los mismos, su relación con su médico, la relación de éste con su contratante (que varía su posición con el diagnóstico y la prescripción), la afectación que ello pudiera tener en el servicio sanitario que reciben y en fin incluso su mera adscripción a un determinado Hospital y sistema sanitario diferenciado por razón de su residencia. No tenemos duda pues de la legitimación que concurre en los actores en tanto usuarios/pacientes.

2. Pero en todo caso, se trata de cuestiones todas ellas que cuando menos generan dudas razonables y afectan al fondo del asunto, que deberán ser estudiadas a la vez que el propio acto recurrido y que deberían sin más otorgar la legitimación activa para ser parte en el presente procedimiento a los usuarios recurrentes en su calidad de usuarios/pacientes de los Hospitales objeto del concurso cuya licitación constituye el objeto del procedimiento.

3. La jurisprudencia del TC a este respecto es clara, por todas, EDJ 2006/337242 STC Sala 1ª de 18 diciembre 2006 que señala que *"en los supuestos en los que está en juego el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción, el canon de enjuiciamiento constitucional de las decisiones de inadmisión es más severo o estricto que el que rige el derecho de acceso a los recursos"* (por todas, STC 203/2002, de 28 de octubre, FJ 3 EDJ 2002/44860), dado que nos encontramos *"ante el control de resoluciones judiciales que cierran el acceso a la jurisdicción"*

y, por tanto, impeditivas de la obtención de una primera respuesta judicial sobre el fondo de los derechos e intereses sometidos a tutela, supuesto en el que, conforme a nuestra doctrina constitucional, despliega su máxima eficacia el principio pro actione, exigiendo que los órganos judiciales, al interpretar los requisitos procesales legalmente previstos, tengan presente la ratio de la norma, con el fin de evitar que los meros formalismos o entendimientos no razonables de las normas procesales impidan un enjuiciamiento de fondo del asunto, vulnerando las exigencias del principio de proporcionalidad" (STC 220/2003, de 15 de diciembre, FJ 3

OCTAVO.- Por último, sólo nos queda indicar que mientras tanto, la Administración recurrida tiene manos libres para firmar los contratos administrativos (y por ello, poner fin a los procedimientos licitatorios) con el importe de la fianza definitiva minorada. El Auto de 10.07 de ese Tribunal ya puso de manifiesto, siquiera sea de manera indiciaria, la no adecuación a Derecho de esa disposición y aún su forma de introducir en el Pliego mediante corrección de errores efectuada. Cuando este recurso sea estudiado, y caso de ser estimado, el acto administrativo licitatorio ya estará consumado totalmente (habiendo aportado las empresas la fianza), razón por la cual la Administración planteará la imposibilidad de aplicar medida cautelar alguna sobre acto administrativo ya ejecutado.

Por todo lo que antecede,

SUPLICA A LA SALA, que tenga por presentado este escrito y por interpuesto en tiempo y forma recurso de reposición contra el Auto de 24.07.2013 notificado ese mismo día, por el que se inadmite el recurso contencioso administrativo planteado por esta representación contra el acto administrativo de referencia y por virtud del cual también quedan levantadas las medidas cautelares urgentes adoptadas por la Sala en su auto de fecha 10.07.2013 y, previos los trámites legales oportunos, se estime el mismo y se deje sin efecto el Auto de fecha 24.07.2013 y por ello: a) se admita el presente recurso contencioso administrativo y siga el mismo sus trámites entregando a esta parte el expediente administrativo para formular la correspondiente demanda; b) se deje sin efecto el alzamiento de la medida cautelar urgente adoptada por Auto de esa Sala de fecha 10.07.2013, declarando su plena validez y comunicando la misma a la Administración recurrida; o de forma subsidiaria, habida cuenta la

infracción procesal cometida, a) se dejen sin efecto el Auto de esa fecha de 24.07.2013 y se dicte nuevo Auto por el que si es de interés para la parte recurrida ratificar la causa de inadmisibilidad planteada, se suspenda la tramitación inadmisibilidad por los cauces del artículo 51.1 y 4 de la LJCA o en su caso, por los trámites del artículo 58 y 59 de la LJCA, manteniendo mientras tanto la vigencia del Auto de fecha 10.07.13 que mantendrá los efectos suspensivos sobre el acto recurrido.

Por ser Justicia que solicita en Madrid a veintitrés de Julio de dos mil trece.

Fdo. Jorge Laguna Alonso
Procurador de los Tribunales

Fdo. Wilfredo Jurado Rodríguez
Abogado.