

ESTUDIOS

LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN EL ÁMBITO DE LOS SERVICIOS SOCIALES Y SANITARIOS DIRIGIDOS A LAS PERSONAS. CONDICIONANTES EUROPEOS Y CONSTITUCIONALES (*) (**)

JOSÉ MARÍA GIMENO FELIÚ

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LA IDEOLOGÍA Y SUS LÍMITES EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS.– II. EL MODELO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL: LA PROTECCIÓN DE LAS LIBERTADES ECONÓMICAS EN EL CONTEXTO DE UNA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO.– III. LOS SERVICIOS DE LA SALUD Y SOCIO-SANITARIOS Y SU NO VINCULACIÓN EN CIERTOS SUPUESTOS A LAS REGLAS DEL MERCADO DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO EUROPEO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.– IV. LAS POSIBILIDADES COMPETENCIALES DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN ESTA MATERIA. LA VIABILIDAD DE UNA LEY DE SERVICIOS A LAS PERSONAS EN EL ÁMBITO SANITARIO Y DE SERVICIOS SOCIALES.– V. POSIBILIDADES PRÁCTICAS PARA LA «REACTUALIZACIÓN» DEL MODELO VIGENTE DE SERVICIOS A LAS PERSONAS DESDE LA PERSPECTIVA DE COLABORACIÓN/CONCERTACIÓN: 1 La posibilidad de «acuerdos de cooperación directa». 2 El nuevo modelo de acción concertada y sus posibilidades prácticas. 3 Un «régimen especial» contractual en prestaciones directas a personas en los ámbitos sociales y sanitarios.– VI. LA MOTIVACIÓN DE LA DECISIÓN DE CÓMO GESTIONAR SERVICIOS SANITARIOS A LAS PERSONAS Y LOS LÍMITES DESDE LA PERSPECTIVA DE LIBRE COMPETENCIA.– VII. CONCLUSIONES.– VIII. BIBLIOGRAFÍA.

Resumen: En este estudio se pretende un análisis jurídico sobre, en que condiciones y límites, puede utilizarse la acción concertada como técnica distinta del contrato público, y sobre la posible quiebra del principio de competencia y de los principios europeos de la contratación pública en su utilización práctica, si se condiciona la posibilidad de utilizar esta técnica a favor de entidades del tercer sector.

Palabras clave: contratación pública; colaboración público-privada, servicios sociales y sanitarios; entidades del tercer sector; adjudicación directa; servicios a las personas.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 11 de junio de 2018 y evaluado favorablemente para su publicación el 26 de julio de 2018.

(**) Este estudio se enmarca en el Proyecto de Investigación del Ministerio de Economía y Competitividad titulado «La nueva regulación de la contratación pública. Hacia un nuevo sistema de gobernanza pública y de actuación de los poderes públicos». Der 2015-67102-C-2-1-P, cuyo IP es el autor.

Abstract: This study intends to develop a legal analysis on the conditions and limits of agreements with the private sector as an alternative technique to public contracts. Moreover, the survey examines the possible breakdown of the principle of competition and the European principles of public procurement if these kind of agreements were only restricted to third sector organisations.

Key words: public procurement; public-private partnerships; social and health services; third sector organisations; direct award; services to the person.

I. INTRODUCCIÓN: LA IDEOLOGÍA Y SUS LÍMITES EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

Este estudio pretende dar contexto y límites a las reglas de la colaboración público-privada en España en el ámbito de las prestaciones socio-sanitarias, desde la perspectiva de respeto tanto a las competencias públicas, como a los principios de seguridad jurídica y de certeza (que implica la previsibilidad de las decisiones), en un momento donde existen postulados sobre los modos e intensidad de gestión de «servicios públicos» y donde se están adoptando medidas de «preferencia» a favor de ciertas formas de prestación (1).

Desde esta perspectiva, como argumento principal sobre el que pivota la argumentación de este estudio, conviene realizar una serie de reflexiones de alcance general para contextualizar de forma correcta el debate jurídico y las conclusiones que se expondrán.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que el interés público se satisface tanto por los poderes públicos como por la iniciativa privada, lo que sugiere nuevos retos para la gestión de la contratación pública, utilizada como principal herramienta para la implementación de las necesarias políticas públicas, que aconseja una reflexión sobre las formas de gestión de los servicios públicos y actividades de interés general y su encuadre en la lógica del Estado de Bienestar.

Obviamente, el debate jurídico-técnico exige alejarse de posturas apriorísticas maximalistas: ni la gestión indirecta en colaboración con el sector privado es siempre más económica o eficiente, ni todos los servicios son más eficientes y sostenibles con gestión directa o mediante su «encargo» a entidades del tercer sector sin ánimo de lucro (2). Habrá de analizarse supuesto a

(1) Sobre estas ideas generales me remito a las ideas defendidas en el libro colectivo CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, GIMENO FELIÚ, QUINTEROS OLIVARES y SALA SÁNCHEZ (2017). Por otra parte, hay que recordar que la certeza jurídica, como valor a proteger por el ordenamiento jurídico, exige que las decisiones sean predecibles y que no estén al «capricho» ideológico. Sobre esta idea *vid.* GOMETZ (2012).

(2) *Vid.* GIMENO FELIÚ (2017a: pp. 50-71).

supuesto (3). Sin olvidar, como se ha señalado, con acierto, que la ideología puede tener su papel en la Política (*politics*), pero no lo tiene en la política pública concreta (*policy*) si no supone el correcto ejercicio de la discrecionalidad técnica de gestión (4).

Como ya se ha explicado por la doctrina, las principales características de la reformulación del papel del Estado en la economía (que afecta a los fundamentos y las categorías dogmáticas del derecho administrativo), se caracteriza por la general apertura a los procesos de internacionalización de las relaciones económicas derivada de la globalización, y cuya manifestación en nuestro entorno geográfico supranacional es la creación del mercado interior europeo (5).

Y, desde esa perspectiva, el resultado final de la regulación de la actividad económica es una compleja interrelación entre regulación y competencia, basada en actuaciones reguladoras —unas de supervisión de la actividad y otras de control o intervención— de carácter vertical y horizontal. A su vez, cualquier decisión política debe coherer con los distintos principios regulatorios y, por supuesto, con la lógica de la mejor satisfacción del interés público. Predomina, por tanto, la visión del Estado garante de servicios públicos de calidad (6), que ponga atención en la prestación regular, continua y neutra, y no tanto en quien lo presta (que es, en esencia, el significado de la doctrina clásica del servicio público) (7).

(3) Como bien explica ESTEVE PARDO (2017: pp. 307-310), las experiencias europeas ofrecen conclusiones distintas en función de si estamos en países del sur o del norte de Europa. En estos últimos, por situación económica y tamaño de los entes locales, la opción de gestión directa ha funcionado correctamente..

(4) Vid. PONCE SOLÉ (2016a: p. 96).

(5) «El mismo enfoque de los juristas está, tímida pero progresivamente cambiando, con el abandono de una visión que tiende a describir derecho y economía como dos mundos incomunicados (...) Se trata de combatir las patologías del comportamiento burocrático para restaurar la necesaria relación entre sistema económico y aparato administrativo. Se han preparado las bases para una cuidadosa reflexión que permita entender, no sólo las antinomias, sino más bien las interacciones entre derecho y economía, con el fin de entender cómo limitar las incertidumbres que la dinámica jurídica y la económica son capaces de causar de forma conjunta». PAJNO (2016: pp. 29-75).

(6) ESTEVE PARDO (2015b: pp. 11-39). *Ibidem*: ESTEVE PARDO (2015a).

(7) Como es sabido, la Escuela de Burdeos, a través de L. DUGUIT y G. JEZE, se encargó de desarrollar el concepto de servicio público aparecido en la jurisprudencia, y cuyo pensamiento, basado en la idea de solidaridad social, señala que el fin de la Administración pública es, en principio, preservar la prestación de servicios públicos con carácter regular y continuo. Un interesante trabajo sobre los orígenes del concepto de servicio público es el realizado por JOURDAN (1987: pp. 89 y ss.). ESTEVE PARDO (2017: p. 336), considera que en los servicios de carácter administrativo parece conveniente una gestión directa, en tanto que en gestión de servicios económicos con complejidad técnica parece más conveniente la gestión indirecta en colaboración con el sector privado.

Asimismo, la regulación europea, como se verá, tiene importantes consecuencias jurídicas, no solo derivadas del proceso de uniformización jurídica (8), sino también del hecho de ser una cuestión que, por su relación con el mercado interior, no es indiferente para las instituciones europeas (9). Aunque es cierto que no se impone un modelo de «privatización» de gestión, el ordenamiento europeo sí que se posiciona por el respeto a las reglas del derecho de la competencia. Es decir, en la prestación de actividades económicas tiene un papel relevante el principio de competencia (practicable) en el mercado con el objetivo de, mediante una adecuada tensión competitiva, conseguir mejor eficiencia y calidad de los resultados de las distintas actividades económicas.

En todo caso, más allá del alcance político y económico del debate instaurado sobre la prestación de actividades de interés público y de servicios esenciales, que enfatiza el valor de la gestión pública —de recuperación de lo público— frente a las tradicionales fórmulas de colaboración público-privada, parece necesario abordar un análisis jurídico de los posibles condicionantes derivados del derecho europeo y sus principios reguladores (10), así como de la sostenibilidad financiera de los servicios y actividades públicas, tal y como ha puesto de relieve un importante sector de la doctrina (11).

La Unión Europea, aunque ha declarado la neutralidad sobre las formas de gestión de las competencias públicas, ha advertido la importancia de que existan equilibrios y fórmulas de colaboración público-privada para preservar el interés público (12). Se constata, de forma evidente, la opción europea por la colaboración público-privada como elemento que permita la vertebración social y el impulso a un mejor crecimiento económico (muy especialmente en sectores sensibles).

Por otra parte, se debe advertir, en todo caso, que el debate sobre la prestación de los servicios públicos, en sentido estricto, debe pivotar sobre la esencia de la propia idea y función del servicio público (13), es decir, la

(8) Me remito a GIMENO FELIÚ (2016a: pp. 279-299).

(9) Así, en los servicios públicos de transporte existe ya regulación específica [Reglamento (CE) n.º 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) n.º 1191/69 y (CEE) n.º 1107/70 del Consejo].

(10) Sobre esta nueva visión «remunicipalizadora» puede consultarse el trabajo de WOLLMANN (2013: pp. 70-80).

(11) *Vid.* en este sentido, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2016: pp. 439-450).

(12) GIMENO FELIÚ (2018: pp. 4-13).

(13) Concepto de servicio público de difícil delimitación conceptual, como ya ha advertido la STC 127/1994, de 5 de mayo, al afirmar que *«la idea de servicio público no constituye una noción unívoca y sí un concepto muy debatido por la doctrina jurídica —con detractores y valedores—, sujeto a distintas elaboraciones y utilizado en diversos momentos históricos con finalidades también distintas»*.

regularidad, continuidad y neutralidad en la prestación, garantizando la mejor calidad del servicio a los ciudadanos. No interesa tanto que sea gestión directa o indirecta como la mejor prestación (también en parámetros de eficiencia) de la actividad (14). Es decir, debe prevalecer la idea del nivel óptimo de gestión (15). Y debe diferenciarse también entre los servicios económicos de interés general y los Servicios de Interés General, que son actividades esenciales cuya prestación no puede faltar a los ciudadanos en adecuadas condiciones de calidad y precio; se trata de los denominados servicios sociales, entre los que se incluye la sanidad, amén de otros como la educación, el amplio abanico de la Seguridad Social, etc., que, al no organizarse prioritariamente como actividades económicas, no les son de aplicación las libertades de establecimiento y

(14) JEZE (1915: pp. 1 y ss.) consideraba que son servicios públicos aquellas necesidades que únicamente pueden ser imputadas a la colectividad en su conjunto, y que tienen por finalidad la mejora de las condiciones materiales, intelectuales y morales de la población, es decir, la paz social duradera..

(15) Conviene recordar que tras la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local de 2013 se introduce en el artículo 85 de la LBRL el principio de sostenibilidad y eficiencia como condicionantes de la decisión administrativa de optar por una u otra forma de gestión, de manera que para elegir entre gestión directa e indirecta la Entidad Local tiene que optar por el modo más sostenible y eficiente, y si opta por la gestión directa, solo puede elegir entre las formas personificadas de Empresa Pública Local o sociedad mercantil de titularidad local si se demuestra que es más sostenible y eficiente que la gestión directa indiferenciada o por medio de organismo autónomo. Este condicionante de la decisión municipal no es contrario ni a las competencias autonómicas ni a la autonomía municipal tal y como ha reconocido el Tribunal Constitucional en la sentencia 41/2016 (FD 14): «Bajo la óptica de las Comunidades Autónomas, esta regulación impone limitaciones a la legislación autonómica del régimen local que deben reputarse básicas. El art. 149.1.18 CE da cobertura a una legislación básica sobre la gestión de servicios públicos locales [SSTC 103/2013, FJ 3 d); 143/2013, FJ 7], teniendo cuenta la estrecha conexión que toda regulación de servicios reservados (más o menos sustraídos al régimen de libre mercado) guarda con las opciones de ordenación general de la economía que la Constitución atribuye al Estado (art. 149.1.13 CE). La nueva ordenación básica responde a la finalidad de evitar la proliferación de personificaciones instrumentales o, más precisamente, de asegurar la sostenibilidad financiera y eficiencia de las que se creen; con independencia de la eficacia real del instrumento, expresa una opción, no solo legítima, sino estrechamente vinculada a determinados mandatos constitucionales (arts. 31.2, 103.1 y 135 CE). Desde la perspectiva de los entes locales, el art. 85.2 LBRL condiciona la autonomía local, pero no la vulnera en absoluto. Los entes locales conservan amplios espacios de opción organizativa. No puede ponerse reparos a la previsión de un informe del interventor local que valore la sostenibilidad financiera. Así resulta de la doctrina constitucional en relación con el control de eficacia que el art. 136 LBRL atribuye al interventor municipal. La STC 143/2013, FJ 10, declaró que ni ese control «ni la circunstancia de que ello implicaría una valoración de la gestión económico-financiera llevada a cabo por los órganos de gobierno del Ayuntamiento suscitan reparos de índole constitucional, sino todo lo contrario, pues todo ello se ajusta plenamente a los principios generales de buena gestión financiera parcialmente constitucionalizados en el art. 31.2 CE». Consecuentemente, procede desestimar la impugnación del art. 85.2 LBRL, en la redacción dada por el art. 1.21 de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local ».

de prestación de servicios, ni las reglas sobre competencia y ayudas públicas, por no formar parte del mercado interior (16). El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea reconoce, al respecto, una amplia competencia de los Estados miembros en relación con los servicios que más frecuentemente se organizan a partir de criterios de solidaridad y de cohesión social (17).

Como bien se ha destacado, el concepto jurídico de servicio público es de difícil precisión, pues existen dos posiciones en torno al mismo: una objetiva, preocupada por determinar qué actividades prestacionales deben ser garantizadas a todos los ciudadanos con el fin de lograr la cohesión social, y otra de carácter subjetivo, basada en la idea de que el servicio público es la actividad excluida del régimen de mercado, incidiendo sobre todo en los problemas de la relación entre sector público y sector privado, más que en los derechos de los ciudadanos a obtener unas determinadas prestaciones (18). Concepto de servicio público que necesariamente debe interpretarse a la luz del derecho europeo (19), donde —sobre el concepto de la universalidad— recobra su razón de ser, al convertirse en un instrumento jurídico eficaz de cara a la consecución de un mercado único en la Unión Europea (20). Y es que la construcción europea nos introduce necesariamente en el mundo de la diversidad y la competencia, en el que los servicios públicos deben ser dinamizados y conocer un nuevo impulso, de tal manera que permitan una mutación del poder público en el sentido de promotor y garante de la corrección del juego social y económico (21).

Es decir, el servicio público deviene como una institución o técnica destinada a preservar, en un marco de competencia económica, la calidad de ciertas actividades donde existe un marcado y evidente interés general, porque lo público y su protección no exigen una prestación directa por la Administración. Por ello, ha sido y es tradicional la prestación de servicios públicos por particulares sin régimen de monopolio y, por tanto, sin exclusión de la

(16) LAGUNA DE PAZ (2009) y LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO (2014: p. 184).

(17) No en vano el Protocolo núm. 26 del Tratado de Lisboa declara: «Las disposiciones de los tratados no afectarán en modo alguno a la competencia de los Estados miembros para prestar, encargar y organizar servicios de interés general que no tengan carácter económico» (art. 2). En este sentido VALCÁRCEL FERNÁNDEZ (2016: pp. 75-128) afirma que «se aprecia que en España muchos SIG, tanto económicos como no económicos, quedan integrados en la categoría del servicio público y encarnan auténticas competencias cuya atención es responsabilidad de las distintas Administraciones. En cuanto a los modos de gestión de los servicios públicos en España, es ya clásica la distinción de base que se hace entre su gestión directa o indirecta».

(18) TORNOS MAS (2016a: pp. 51-76). *ibidem*, TORNOS MAS (2016b: pp. 32-49).

(19) *Vid.* TORNOS MAS (2016c: pp. 193-211) y FERNÁNDEZ FARRERES (2003: pp. 7-21).

(20) *Vid.* CARLÓN RUIZ (2009).

(21) *Vid.* WOEHRLING (1992: pp. 396-400). También CHINCHILLA MARÍN (1991: p. 964) y GIMENO FELIÚ (1994a).

actividad privada en campos como la educación, la sanidad o los servicios sociales (22).

Un ejemplo claro lo ha sido la sanidad, donde, aun existiendo en España un sistema público de indudable calidad, la necesaria cooperación con empresas privadas ha permitido en muchas ocasiones una mejor prestación del servicio sanitario a todos los ciudadanos. Por ello, debe valorarse positivamente la complementariedad del sector privado, en sus múltiples variantes, fomentando un adecuado equilibrio que favorezca la mejor calidad del modelo institucional sanitario en España.

II. EL MODELO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL: LA PROTECCIÓN DE LAS LIBERTADES ECONÓMICAS EN EL CONTEXTO DE UNA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO.

Parece conveniente, aun de forma sucinta, delimitar o concretar cuál es el modelo económico constitucionalmente consagrado, pues a sus parámetros, inevitablemente, deberá ajustar su actuación la Administración, ya que, como bien se ha indicado, corresponde a ésta hacer efectivos los estándares constitucionales de los derechos sociales (23).

Pues bien, debemos partir, desde un principio, de la premisa de que nuestra Constitución delimita un determinado sistema económico: el de co-iniciativa entre el sector privado y el sector público (24). Tal es la conclusión a la que se llega tras el análisis sistemático de los preceptos económicos contenidos en la Constitución. Tanto los sujetos públicos como los privados pueden iniciar toda clase de empresas o actividades económicas, respetando, eso sí, las reglas de la competencia y la de actuación en plano de igualdad. Por tanto,

(22) TORNOS MAS (2016a: p. 53). Así, este autor considera que el concepto de servicio público debe basarse en su concepción objetiva: «Creemos que la definición de Duguit debe seguir siendo válida. Servicio público es aquella actividad prestacional indispensable para la realización del desenvolvimiento de la interdependencia social que, como tal, debe ser garantizada por las Administraciones Públicas. Esta garantía no supone que en todos los casos el ejercicio de esta actividad deba ser excluido de la libre iniciativa económica. En algunos supuestos, la garantía de esta prestación, de acuerdo con los principios propios del servicio público, requerirá que los poderes públicos asuman el monopolio de la misma, excluyendo su libre prestación de la iniciativa privada, y permitiendo tan solo, de ser el caso, la prestación privada a través de un título habilitante público. Este puede ser el caso del alumbrado público o la recogida de basura. Sin embargo, otras actividades prestacionales pueden ser garantizadas por las Administraciones Públicas sin perjuicio de que exista al mismo tiempo una actividad privada que preste este mismo servicio» (p. 55). Sobre la incidencia de la idea del servicio público en el ámbito sanitario resulta de especial interés el trabajo de Font I Llovet (2016: pp. 253-288).

(23) SALA SÁNCHEZ (2014).

(24) Vid. ALBERTÍ ROVIRA (2012: pp. 77 y ss.).

la Constitución de 1978 viene a sustituir el antiguo principio de subsidiaridad de la iniciativa pública por el principio de la complementariedad (25), lo que significa la implantación de un sistema paritario en la actuación pública y privada, que comporta que ambos están sometidos a los mismos límites, deberes y responsabilidades establecidos por nuestra Constitución (26).

Pero dicha complementariedad de la iniciativa económica se enmarca, como se ha visto, en la estructura de un Estado Social. Por ello, se puede afirmar que el sistema definido por nuestra Constitución no es otro que el de economía social de mercado, a través del cual se integra un sistema de competencias económicas con el objetivo del progreso social (27). Evidentemente, tal sistema no es un sistema rígido sino que, por voluntad del constituyente, es un sistema flexible que permite la actuación de diversas políticas económicas de distinto signo sin quedar desvirtuado.

Con tal configuración del sistema económico, se afirma una situación de confluencia de dos vectores distintos: por un lado, el derecho a la libertad de empresa; por otro lado, la ordenación de la actividad económica por parte de los poderes públicos. Y, como bien afirma el profesor S. MARTÍN RETORTILLO, «lograr que una y otra se mantengan, con toda la variedad de matices que se quiera, pero sin que una elimine o reduzca a la otra es, en última instancia, el difícil equilibrio que requieren los postulados que ofrece nuestra Constitución económica. Una situación que se proyecta cargada de dificultades en el ámbito concreto del enjuiciamiento y valoración de las distintas medidas y situaciones particulares» (28). Flexibilidad, y consiguiente dificultad, que no deben confundirse ni con la imposibilidad absoluta de enjuiciamiento real en la práctica, ni tampoco con total ausencia de restricciones a cualquier política

(25) Para una mayor profundidad sobre el debate doctrinal en torno al concreto significado y contenido de nuestro modelo económico constitucional, en estos momentos, *vid.* GIMENO FELIÚ (1994b: pp. 151-163) y SALA SÁNCHEZ (2014: pp. 46-54).

(26) Sobre este punto, por todos, *vid.* DE GISPERT PASTOR (1989: p. 42). Esto mismo sucede, por ejemplo, en Italia, donde su modelo constitucional tiene una marcada orientación social (reconocida en su artículo 3) que obliga la intervención positiva del Estado para lograr que la libertad y la igualdad tengan una plasmación efectiva. Sobre esta cuestión puede consultarse a CAVALLO y DI PLINIO (1983: pp. 66-67).

(27) Este sistema, criticado por autores que lo conciben como sinónimo de un sistema neoliberal, ha sido el de mayor aceptación, sin duda por los grandes márgenes de flexibilidad, por la doctrina científica. En tal sentido se pueden citar, a título meramente enunciativo, como principales referentes: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (2002: pp. 75 y ss.); y BAÑO LEÓN y MUÑOZ MACHADO (1989: p. 217).

(28) Una valoración global y sistemática del conjunto de cláusulas económicas contenidos en la Constitución, permite llegar a la siguiente conclusión: nuestra Carta Magna sanciona un sistema de libertad económica. Tal formulación es correcta ya que todo sistema considerado como democrático debe consagrar un sistema económico cuyo núcleo esencial sea la empresa —tanto privada como pública—. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (2002: p. 82).

económica que quiera ser llevada a cabo, sino que, en última instancia y en cada caso, deberá afinarse la interpretación jurídica para confrontar la legalidad de actuaciones concretas, públicas y privadas, respectivamente, con las correspondientes habilitaciones constitucionales y legales de la actuación del poder público administrativo y con el alcance de los derechos individuales constitucionalmente reconocidos.

De la calificación del sistema económico constitucional como economía social de mercado derivan importantes consecuencias para los poderes públicos: supone que, obligatoriamente, deberán no sólo respetar determinadas situaciones jurídico-privadas, sino, además, adoptar las estrategias y decisiones pertinentes para llevar a efecto los objetivos que se desprenden de la Constitución (29). Así, las Administraciones públicas están constitucionalmente legitimadas para intervenir en el mundo económico comportándose como un agente empresarial más, pero debiendo, en todo caso, enmarcar su actuación bajo el principio u objetivo de satisfacción del interés general, límite no franqueable bajo ninguna circunstancia (30). Esta legitimación de participación en la economía ha sido una de las principales causas que han motivado, a fin de obtener flexibilidad y resultar competitivos frente a la empresa privada, el empleo por parte de las Administraciones públicas de técnicas jurídicas propias del Derecho privado. En definitiva, equilibrio entre lo público y lo privado, como elementos complementarios que permiten cumplir las exigencias de mejor cumplimiento de los distintos fines públicos y donde la función de dirección y tutela del poder público es determinante (31).

El sistema económico constitucional es calificado, según se acaba de indicar, como de economía social de mercado. El derecho, en general y el derecho administrativo en particular, han de ser coherentes con esa idea. El artículo 103.1 CE declara que la Administración Pública sirve con objetividad a los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho. A su vez, en el artículo 9.3, se dice que la Constitución garantiza «*la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*». El significado conjunto de estos preceptos constitucionales se resume en la promesa de una buena Administración pública, sometida a la ley y al servicio del bien general y de los ciudadanos, pero también a una actuación de los Jueces y Tribunales acorde con el principio, cuyo ámbito de incidencia ha de comprender necesariamente los tres Poderes.

(29) Sobre el carácter imperativo respecto a la actuación conformadora del Estado, puede consultarse el libro de PAREJO ALFONSO (1983: pp. 50 y ss.)

(30) Por todos, PIÑAR MAÑAS (1994: pp. 557-559).

(31) MARTÍN MATEO (2003: pp. 98 y ss.).

Por su parte, el Capítulo III del Título II de la Constitución está lleno de promesas de servicios que los poderes públicos «garantizan». Por supuesto, eso se traduce en que la Administración obrará como una «buena Administración», y, no teniendo prohibido, en manera alguna, delegar o ceder sus funciones, si lo hace, seguirá estando acompañada de esos deberes y promesas.

El concepto de «buena Administración», se ha transformado en principio caracterizador del derecho administrativo moderno, hasta el punto de que ha sido expresamente recogido el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 18 de diciembre de 2000, que dispone, bajo la denominación de derecho a una buena administración, que toda persona tiene derecho a que las instituciones, organismos y agencias de la Unión traten de sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable, incluyendo especialmente el derecho de toda persona a ser escuchada antes de que se tome en su contra una medida individual que le afecte desfavorablemente; a tener acceso al expediente que le afecte, dentro del respeto de otros intereses legítimos; y a que la Administración motive sus decisiones (32). A esos derechos se añaden otros (a la reparación de perjuicios causados por instituciones o agentes de la Unión, a usar su propia lengua).

Todas esas ideas se han ido plasmando en los derechos nacionales, dando paso a lo que se reconoce como un nuevo modelo de relaciones entre los ciudadanos y la Administración, alejado del autoritarismo, esperando y recibiendo, unos y otra, ayuda mutuamente y manteniendo un diálogo que facilitan los enormes avances de las técnicas de información. En lo que concierne al Derecho Administrativo, se ha abierto paso la convicción de que se está ante un nuevo Derecho, que tiene como objeto la buena Administración y deja atrás la imagen de una Administración pública limitada al estricto cumplimiento de las normas que regulan sus obligaciones y poderes, y más atenta al control de cumplimiento, por parte de los ciudadanos, de sus respectivos deberes. Y en lo que corresponde al Derecho penal, esta evolución se plasma en una paralela evolución de las tipicidades penales que contempla relaciones de expectativa entre la Administración y el ciudadano y que, a simple título de ejemplo, podemos identificar en los delitos de denegación de auxilio, de abuso de autoridad o de abandono de servicios públicos (33).

(32) Por todos, PONCE SOLÉ (2001: p. 480). Este derecho fundamental a una buena administración se recoge también en la Ley Orgánica 1/2008, de 31 de julio, por la que se autorizó la ratificación por España del Tratado de Lisboa, de modificación del Tratado de la Unión Europea y del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado aquel en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007 (artículo 41). También TORNOS MAS (2008: pp. 629-641).

(33) Cuestión diferente es que el Derecho Administrativo haya evolucionado al mismo ritmo, y eso es aún más complicado cuando, como sucede en España, hay que referirlo a la

En suma, en la decisión de conceder la gestión de un servicio y la manera de hacerlo, debe estar presente la «buena Administración», la cual no consiste en el puro cumplimiento formal de la legalidad, ya que es una finalidad que ha de guiar al legislador y a los gobernantes y una manera de orientar la actividad de la Administración también cuando cede la gestión de un servicio.

III. LOS SERVICIOS DE LA SALUD Y SOCIO-SANITARIOS Y SU NO VINCULACIÓN EN CIERTOS SUPUESTOS A LAS REGLAS DEL MERCADO DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO EUROPEO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

El sistema sanitario y de servicios socio-sanitarios en España se caracteriza por ser un modelo esencialmente público donde, desde la organización pública, se da asistencia universal y de calidad a la ciudadanía. Se trata, pues, de un modelo consolidado, donde, para preservar la calidad asistencial —y su carácter universal— han existido y existen relaciones jurídicas con entidades privadas en aras a complementar (que no sustituir) el modelo. Esta colaboración del sector privado puede dividirse, a meros efectos didácticos, entre entidades privadas con finalidad de lucro, y entidades que actúan sin ánimo de lucro movidas por un objetivo de solidaridad.

Esta «dualidad» se ha articulado en las relaciones con las administraciones públicas sanitarias mediante la técnica del contrato público, lo que no siempre ha permitido cumplir de forma adecuada con la finalidad de la prestación. La experiencia existente en ámbitos como la atención de salud mental, o pacientes de larga estancia con procesos de rehabilitación o tratamiento de paliativos, entre otros, donde la colaboración de entidades del tercer sector ha permitido complementar el sistema y dotar de calidad a prestaciones tan sensibles y con importante índice de variabilidad, aconseja dar una correcta solución jurídica a «esta organización de las prestaciones». Lo que no significa, ni puede significar, en modo alguno, que pueda «expulsarse» al sector empresarial «lucrativo» en la prestación de este tipo de actividades. Como venimos defendiendo en el presente estudio, debe existir un adecuado equilibrio que respete efectivamente los distintos principios e intereses en juego.

Administración estatal y a las de cada Comunidad Autónoma y sus correspondientes municipios. Pero en todo caso, el objetivo de servicio al interés general desde el respeto a los derechos y a la dignidad de las personas, tendrá que ser la regla inviolable. Otra cosa es que el incumplimiento de esos modos de actuar dé siempre paso a una responsabilidad jurídicamente exigible, puesto que no toda desviación que abandone la idea de buena Administración se ha de traducir en infracciones y sanciones, y, menos, de índole penal, ya que el control real es el de naturaleza política.

Desde esta premisa, puede afirmarse que el proceso de transposición de la Directiva europea sobre contratación pública (Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, DOUE L 94, de 28 de marzo de 2014) a la legislación interna, permite diseñar un nuevo marco regulatorio alejado del tradicional modelo de contratación pública, pues los artículos 76 y 77, de alcance potestativo para los Estados, habilitan tanto la reserva de contratos como un régimen singular en el ámbito de la salud y de los servicios sociales en servicios a personas (y de educación). Incluso debe considerarse, de acuerdo con el artículo 76.2 de la citada Directiva, la conveniencia de adaptar el modelo sanitario y de servicios sociales a las personas, centrado en las características antes relacionadas, poniendo en valor, pero no de manera excluyente, la colaboración de entidades del tercer sector con una importante implantación social, en tanto se ha acreditado que es un modelo de éxito, de contrastados resultados económicos y de muy elevada calidad prestacional y de responsabilidad institucional. Los poderes públicos, como ya se ha advertido en este estudio, siguen *«teniendo libertad para prestar por sí mismos esos servicios u organizar los servicios sociales de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos, por ejemplo, mediante la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, siempre que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación»* [Considerando 114]. Esta excepción parece lógico entender que se aplica a todo servicio a la persona, social o sanitario, a la vista de la redacción del articulado descrito. Y, en su caso, deberá respetar las mismas reglas y principios.

En todo caso, con carácter previo al análisis de las distintas posibilidades de regulación sobre la colaboración de la Administración Pública con terceros contratistas y, en su caso, con el denominado tercer sector, en la provisión de servicios a personas en el ámbito de la Salud o de los servicios sociales (es el objeto al que se circunscribe este estudio), conviene advertir que estas «relaciones jurídicas» se deben diseñar con una filosofía propia alejada de la óptica del mercado (34).

No puede desconocerse el hecho de que la Comisión Europea ha venido recordando que son valores esenciales de la Comunidad la protección de la

(34) Me remito a lo expuesto en mi trabajo GIMENO FELIÚ (2015a: pp. 65-85). Estos servicios tienen la consideración de servicios de interés general, y deben responder a los principios de universalidad, igualdad de acceso, equidad, continuidad de las prestaciones, transparencia y calidad. Por ello, el Protocolo núm. 26 del Tratado de Lisboa que declara *«las disposiciones de los Tratados no afectarán en modo alguno a la competencia de los Estados miembros, para prestar, encargar y organizar servicios de interés general que no tengan carácter económico»* (artículo 2).

salud humana, la igualdad entre hombres y mujeres, y la cohesión social y territorial (Comunicación de la Comisión *Aplicación del programa comunitario de Lisboa. Servicios sociales de interés general en la Unión Europea*, de 26 de abril de 2006, COM(2006) 177 final). Esta especificidad procede del carácter vital de las necesidades que han de satisfacer, garantizándose de este modo la aplicación de derechos fundamentales, como la dignidad y la integridad de la persona. Por ello, los servicios sanitarios (o sanitario/sociales, como sucede con los pacientes psiquiátricos) posibilitan una serie de medidas que pueden ser tenidas en cuenta en su licitación:

a) funcionamiento sobre la base del principio de solidaridad, que requiere, en particular, la no selección de los riesgos o la falta de equivalencia a título individual entre cotizaciones y prestaciones;

b) carácter polivalente y personalizado, que integre las respuestas a las distintas necesidades para garantizar los derechos humanos fundamentales y proteger a las personas más vulnerables;

c) ausencia de ánimo de lucro, especialmente para abordar las situaciones más difíciles y que se explican, a menudo, por motivos históricos;

e) participación de voluntarios y benévolo, expresión de una capacidad ciudadana;

f) integración marcada en una tradición cultural (local); en particular, esto se advierte en la proximidad entre el proveedor del servicio y el beneficiario, lo que permite tener en cuenta las necesidades específicas de este último;

g) relación asimétrica entre prestadores y beneficiarios que no se puede asimilar a una relación «normal» de tipo proveedor-consumidor y que requiere la aplicación de la fórmula del pago por terceros.

Asimismo, parece oportuno delimitar el significado de la gestión sanitaria pública y de los servicios sociales, así como el alcance de la colaboración con el sector privado (mediante técnicas contractuales u otras) y los límites europeos y nacionales al respecto, en tanto se prestan servicios «dirigidos a ciudadanos» y vinculados a prestaciones básicas que forman parte del «núcleo» del Estado social. Y aquí la eficiencia no puede ser interpretada desde modelos exclusivamente economicistas, sino que debe velarse por el adecuado estándar de calidad en la prestación del servicio (35).

(35) Sobre el significado de la eficiencia —y su no vinculación a una idea economicista de menor precio— me remito a mi estudio GIMENO FELIÚ (2016b: pp. 137-158). La exigencia de valorar la calidad/rentabilidad de un contrato público como nuevo eje decisional tiene importancia desde una perspectiva macroeconómica transversal, pues ha de permitir orientar determinados comportamientos de los agentes económicos intervinientes al ser la calidad una exigencia vinculada al derecho de una buena administración.

Opción validada, sobre la base del principio de solidaridad, por la STJUE de 17 de junio 1997, *Sodemare* (asunto C-70/95), que admite excepciones al principio de libre competencia en el caso de contratos en el marco del sistema de la seguridad social en favor de entidades sin ánimo de lucro (apartado 32).

Interesa destacar la previsión que sobre estos servicios realiza la Directiva 2014/24, de contratación pública, en su considerando 114:

«Determinadas categorías de servicios, en concreto los servicios que se conocen como servicios a las personas, como ciertos servicios sociales, sanitarios y educativos, siguen teniendo, por su propia naturaleza, una dimensión transfronteriza limitada. Dichos servicios se prestan en un contexto particular que varía mucho de un Estado miembro a otro, debido a las diferentes tradiciones culturales. Debe establecerse un régimen específico para los contratos públicos relativos a tales servicios, con un umbral más elevado que el que se aplica a otros servicios.»

Los servicios a las personas con valores inferiores a ese umbral no revisten normalmente interés para los proveedores de otros Estados miembros, a menos que haya indicios concretos de lo contrario, como en la financiación por la Unión de proyectos transfronterizos.

Los contratos de servicios a las personas, cuyo valor esté situado por encima de ese umbral deben estar sujetos a normas de transparencia en toda la Unión. Teniendo en cuenta la importancia del contexto cultural y el carácter delicado de estos servicios, debe ofrecerse a los Estados miembros un amplio margen de maniobra para organizar la elección de los proveedores de los servicios del modo que consideren más oportuno. Las normas de la presente Directiva tienen en cuenta este imperativo al imponer solo la observancia de los principios fundamentales de transparencia e igualdad de trato y al asegurar que los poderes adjudicadores puedan aplicar, para la elección de los proveedores de servicios, criterios de calidad específicos, como los establecidos en el Marco Europeo Voluntario de Calidad para los Servicios Sociales publicado por el Comité de Protección Social. Al determinar los procedimientos que hayan de utilizarse para la adjudicación de contratos de servicios a las personas, los Estados miembros deben tener en cuenta el artículo 14 del TFUE y el Protocolo n° 26. Al hacerlo, los Estados miembros también deben perseguir los objetivos de simplificación y reducción de la carga administrativa de poderes adjudicadores y operadores económicos; es preciso aclarar ello también puede suponer basarse en disposiciones aplicables a los contratos de servicios no sometidos al régimen específico.

Los Estados miembros y los poderes públicos siguen teniendo libertad para prestar por sí mismos esos servicios u organizar los servicios sociales de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos, por ejemplo, mediante la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, siempre que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación»

La STJUE 28 de enero de 2016, *CASTA* y otros, Asunto C-50/14, abre nuevas perspectivas a esta colaboración de entidades sin ánimo de lucro en el

ámbito de prestaciones a personas en los sectores sanitarios y sociales. El TJUE advierte que la regla general es que un contrato no puede quedar excluido del concepto de contrato público por el solo hecho de que la retribución prevista se limite al reembolso de los gastos soportados por la prestación del servicio o de que sea celebrado con una entidad sin ánimo de lucro (véase en ese sentido la sentencia *Crosse Rossa y otros*, C-113/13). Pero reconoce que, en casos de servicios sanitarios a personas, es posible que una normativa nacional habilite la adjudicación directa, sin forma alguna de publicidad, a asociaciones de voluntariado, siempre que el marco legal y convencional en el que se desarrolla la actividad de esos organismos contribuya realmente a una finalidad social y a la prosecución de objetivos de solidaridad y de eficiencia presupuestaria (36).

Esta sentencia resuelve la petición de decisión prejudicial —tiene por objeto la interpretación de los artículos 49 TFUE y 56 TFUE— acerca de la adjudicación, sin licitación, del servicio de transporte de las personas en tratamiento de diálisis a diferentes centros sanitarios, durante el período que va de junio a diciembre de 2013, a la *Associazione Croce Bianca del Canavese* y a otras varias asociaciones de voluntariado (en lo sucesivo, «*Associazione Croce Bianca y otros*»), y de la autorización de los gastos inherentes. El Tribunal italiano recuerda que en aplicación del principio de solidaridad reconocido en el artículo 2 de la Constitución de la República Italiana y del principio de subsidiariedad garantizado por el artículo 118 de ésta, el Derecho italiano, tanto nacional como regional, atribuye a las asociaciones de voluntariado, caracterizadas por la falta de ánimo de lucro, el predominio de las prestaciones realizadas a título gratuito y el carácter marginal de la actividad comercial y productiva, un papel activo en el ámbito de las prestaciones sanitarias. Por ello, los artículos 1 y 45 de la Ley n.º 833 de creación del servicio sanitario nacional (*legge n. 833 – Istituzione del servizio sanitario nazionale*) de 23 de diciembre de 1978 (suplemento ordinario de la GURI n.º 360, de 28 de diciembre de 1978) reconocen el papel en el funcionamiento del servicio sanitario nacional de las asociaciones de voluntariado y de las instituciones de carácter asociativo constituidas con vistas a contribuir a la realización de los objetivos institucionales de ese servicio. Se prevé que esa contribución se regule por concertos concluidos con las unidades sanitarias locales conforme a la planificación y a la legislación establecidas en el ámbito regional.

El tribunal remitente señala que el concierto discutido en el litigio principal tiene por objeto una serie de prestaciones de transporte, como el transporte

(36) Sobre el significado de esta jurisprudencia me remito a mi opinión publicada en www.obcp.es «Un paso firme en la construcción de una contratación pública socialmente responsable mediante colaboración con entidades sin ánimo de lucro en prestaciones sociales y sanitarias» (2016). Vid. también BERNAL BLAY (2018, pp. 2864-2865).

de urgencia, del que sólo es una parte menor el transporte de personas en tratamiento de diálisis. Además, la ASL TO4 ha celebrado conciertos con otras asociaciones de voluntariado que también tienen por objeto prestaciones de transporte sanitario, las cuales no son, sin embargo, partes en el litigio principal. Según ese tribunal, esos conciertos estipulan que sólo son reembolsables los costes reales correspondientes a gastos acreditados con documentos justificativos. El tribunal remitente puntualiza que también está prevista la asignación de un local cercano a los centros hospitalarios y de cheques de comida para las personas que realizan las prestaciones previstas por los mismos convenios, pero considera que esas medidas no son contrarias al principio de limitación de las transferencias económicas únicamente al reembolso de los gastos justificados ya que sólo se proponen permitir la prestación de los servicios referidos en su conjunto, teniendo en cuenta el servicio de transporte de urgencia.

El tribunal italiano justifica y argumenta en su petición que el recurso a asociaciones de voluntariado para los servicios referidos ha permitido que la ASL TO4 realice importantes economías en el coste del servicio prestado. Y señala que el Derecho de la Unión parece reservar un trato especial a las prestaciones de naturaleza socio-sanitaria cuando un Estado miembro elige atribuir su realización a organismos sin ánimo de lucro. Se refiere en ese sentido a la sentencia *Sodemare* y otros (C70/95, EU:C:1997:301) y a los trabajos preparatorios de la nueva Directiva en materia de contratos públicos, que estaban entonces en curso y llevaron después a la adopción de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (DO L 94, p. 65), especialmente a su considerando 28. Éste manifiesta que esa Directiva no debe aplicarse a determinados servicios de emergencia prestados por organizaciones o asociaciones sin ánimo de lucro, ya que sería difícil preservar la especial naturaleza de estas organizaciones en el caso de que los proveedores de servicios tuvieran que designarse con arreglo a los procedimientos establecidos en la misma Directiva.

El tribunal italiano observa también, mediante referencia a la sentencia *Ambulanz Glöckner* (C475/99), que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la falta de ánimo de lucro de un organismo que ejerce una actividad económica, en particular la de transporte sanitario, no lleva a excluir la condición de empresa, en el sentido de las disposiciones del Tratado FUE, de modo que las asociaciones de voluntariado pueden ejercer una actividad económica en competencia con otros operadores económicos, en particular participando en procedimientos de licitación. Añade que esa jurisprudencia ha establecido además que el concepto de «contrato oneroso», al que se refiere el artículo 1, apartado 2, letra a), de la Directiva 2004/18, comprende también los contratos para los que la retribución pactada se limita al reembolso de los costes soportados para prestar el servicio objeto del contrato, con referencia

especialmente a la sentencia *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce* y otros (C159/11, EU:C:2012:817).

Por todas esas consideraciones, el tribunal remitente estima necesario coordinar los principios de protección de la competencia con las exigencias específicas suplementarias relacionadas con la intervención de asociaciones de voluntariado para la ejecución de prestaciones socio-sanitarias en el marco del servicio sanitario público, toda vez que, siendo cierto que se ha admitido en principio que esas asociaciones participen en procedimientos de licitación, en calidad de «operadores económicos», en el sentido de la Directiva 2004/18, ello no implica, sin embargo, que estén obligadas por ello a actuar como tales operadores en cualesquiera circunstancias, y menos aún que la actividad empresarial constituya su razón de ser. Sin embargo, previene que imponer a esos organismos que ejerzan una actividad mercantil, en lugar de permitirse únicamente, tendría el resultado paradójico de hacer impracticable el recurso al voluntariado para las prestaciones sanitarias en sentido amplio, siendo así que la cohesión social, la subsidiariedad e incluso la viabilidad económica de las prestaciones realizadas por los organismos públicos son especialmente importantes en ese sector.

En ese contexto el tribunal remitente piensa que, dado que los conciertos discutidos en el asunto principal tienen por objeto prestaciones en el ámbito del servicio sanitario público y que la estructura de esos conciertos se ajusta estrictamente al principio de reembolso de los gastos, las asociaciones de voluntariado ejercen las actividades objeto de esos conciertos fuera del ámbito mercantil, lo que justificaría una excepción a la obligación de convocar una licitación. Es así *a fortiori* toda vez que, al adoptar la Directiva 2014/24, el legislador apreció que la preservación de la naturaleza específica de los organismos sin ánimo de lucro es difícilmente compatible con la participación en una selección a través de un procedimiento de licitación y que, por el hecho mismo del recurso a un personal no remunerado, una oferta emanante de un organismo de voluntariado sería difícilmente comparable con la de un operador económico tradicional.

Las cuestiones que se elevan al TJUE son:

1. ¿Se opone el Derecho de la Unión en materia de contratos públicos —en el presente asunto, dado que se trata de contratos excluidos [del ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18], los principios generales de libre competencia, no discriminación, transparencia y proporcionalidad— a una normativa nacional que permite la adjudicación directa del servicio de transporte sanitario a asociaciones de voluntariado primordialmente organizadas sobre la base de prestaciones de trabajo no retribuido y a cambio de un efectivo reembolso de los gastos?

2. Si esta clase de adjudicación es compatible con el Derecho de la Unión, ¿ha de realizarse una comparación previa de las ofertas de varios operadores homogéneos (en su caso, también comunitarios) que puedan obtener la adjudicación directa, con objeto de limitar el riesgo de realización de gastos ineficientes o inadecuados, y, por tanto, debe interpretarse en tal sentido la normativa nacional que permite la adjudicación directa?
3. Si esta clase de adjudicación es compatible con el Derecho de la Unión, ¿deben estar sujetas las asociaciones de voluntariado beneficiarias de adjudicaciones directas a límites porcentuales concretos de acceso paralelo al mercado y, por tanto, debe interpretarse en tal sentido la disposición nacional que establece el carácter marginal de las actividades comerciales de estas asociaciones?»

El TJUE realiza un exhaustivo repaso de la diferencia entre objetos de las prestaciones de servicios —sanitarios o auxiliares— y los efectos de los principios de la contratación pública. Y declara lo siguiente:

En primer lugar, el TJUE advierte que la regla general es que un contrato no puede quedar excluido del concepto de contrato público por el solo hecho de que la retribución prevista se limite al reembolso de los gastos soportados por la prestación del servicio o de que sea celebrado con una entidad sin ánimo de lucro (véase en ese sentido la sentencia *Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino»* y otros, C113/13, EU:C:2014:2440, apartados 36 y 37 y jurisprudencia citada). Por ello, la adjudicación, sin ninguna transparencia, de un contrato a una empresa situada en el Estado miembro del poder adjudicador de ese contrato constituye una diferencia de trato en perjuicio de las empresas que pueden estar interesadas en ese contrato, establecidas en otro Estado miembro.

Sin embargo, analizando el caso concreto, afirma que hay *«un conjunto de aspectos, como son el marco jurídico nacional, la naturaleza de las prestaciones consideradas, integradas en el contexto de servicio sanitario nacional, las apreciaciones del tribunal remitente sobre el efecto presupuestario positivo de conciertos como el discutido en el litigio principal y, por su esencia, la ausencia de ánimo de lucro de las asociaciones firmantes de esos conciertos, se deduce que el recurso a esas asociaciones para la organización del servicio de transporte sanitario puede estar motivado por los principios de universalidad y de solidaridad, así como por razones de eficiencia económica y de adecuación, toda vez que permite que ese servicio de interés general sea prestado en condiciones de equilibrio económico en el orden presupuestario por organismos constituidos esencialmente para servir al interés general. Y recuerda que el Derecho de la Unión toma en consideración esos objetivos, de tal manera que los principios de contratación pública no afectan a la competencia de los Estados miembros para organizar sus sistemas de salud pública y de seguridad*

social (sentencia Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» y otros, C113/13, apartado 55 y jurisprudencia citada)».

Por ello, como se verá, concluye que los artículos 49 TFUE y 56 TFUE no impiden que una normativa nacional habilite a las autoridades locales para atribuir la prestación de servicios de transporte sanitario mediante adjudicación directa, sin forma alguna de publicidad, a asociaciones de voluntariado, siempre que el marco legal y convencional en el que se desarrolla la actividad de esos organismos contribuya realmente a una finalidad social y a la prosecución de objetivos de solidaridad y de eficiencia presupuestaria. La argumentación es muy clara:

«60 Ciertamente, en el ejercicio de esa competencia los Estados miembros no pueden introducir o mantener restricciones injustificadas al ejercicio de las libertades fundamentales en el ámbito de la asistencia sanitaria. Sin embargo, en la apreciación del respeto de esa prohibición es necesario tener en cuenta que la salud y la vida de las personas ocupan el primer puesto entre los bienes e intereses protegidos por el Tratado y que corresponde a los Estados miembros, que disponen de un margen de apreciación, decidir qué nivel de protección de la salud pública pretenden asegurar y de qué manera debe alcanzarse ese nivel (sentencia Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» y otros, C113/13, EU:C:2014:2440, apartado 56 y jurisprudencia citada).

61 Por otra parte, no sólo un riesgo de perjuicio grave para el equilibrio financiero del sistema de seguridad social puede constituir, en sí mismo, una razón imperiosa de interés general que pueda justificar un obstáculo a la libre prestación de servicios, sino que además el objetivo de mantener por razones de salud pública un servicio médico y hospitalario equilibrado y accesible a todos también puede estar comprendido en una de las excepciones por razones de salud pública, en la medida en que dicho objetivo contribuye a la consecución de un elevado grado de protección de la salud. Entran en ese ámbito las medidas que, por un lado, respondan al objetivo de garantizar en el territorio del Estado miembro de que se trate un acceso suficiente y permanente a una gama equilibrada de prestaciones médicas de calidad y, por otro lado, deriven de la voluntad de lograr un control de los gastos y de evitar, en la medida de lo posible, todo derroche de medios financieros, técnicos y humanos (sentencia Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» y otros, C113/13, apartado 57 y jurisprudencia citada).

62. En segundo lugar, un Estado miembro puede considerar, dentro del margen de apreciación del que dispone para decidir el nivel de protección de la salud pública y organizar su sistema de seguridad social, que el recurso a las asociaciones de voluntariado corresponde a la finalidad social del servicio de transporte sanitario y puede contribuir a controlar los costes ligados a ese servicio (véase en ese sentido la sentencia Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» y otros, C113/13, EU:C:2014:2440, apartado 59).

63. Sin embargo, un sistema de organización del servicio de transporte sanitario como el que es objeto en el litigio principal, que permite a las autoridades competentes recurrir a asociaciones de voluntariado, debe contribuir efectivamente a

la finalidad social y a la consecución de los objetivos de solidaridad y de eficacia presupuestaria que lo sustentan (sentencia Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» y otros, C113/13, EU:C:2014:2440, apartado 60)».

El TJUE, admitida esta posibilidad de adjudicación directa, recuerda cuáles deben ser los principios que deben respetarse para validarse esta posibilidad:

a) se requiere que, cuando actúan en ese marco, las asociaciones de voluntariado no persigan objetivos distintos a los de solidaridad y de eficacia presupuestaria que lo sustentan;

b) que no obtengan ningún beneficio de sus prestaciones, independientemente del reembolso de los costes variables, fijos y permanentes necesarios para prestarlas, ni proporcionen ningún beneficio a sus miembros;

c) si bien es admisible el recurso a trabajadores, puesto que, en su defecto, se privaría a esas asociaciones de la posibilidad efectiva de actuar en numerosos ámbitos en los que puede ponerse en práctica normalmente el principio de solidaridad, la actividad de esas asociaciones debe respetar estrictamente las exigencias que les impone la normativa nacional (sentencia Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» y otros, C113/13, apartado 61).

Asimismo establece una importante cautela de ámbito general, y recuerda que el principio general del Derecho de la Unión de prohibición del abuso de Derecho, no habilita una aplicación de esa normativa que ampare prácticas abusivas de las asociaciones de voluntariado o de sus miembros. Así pues, la actividad de las asociaciones de voluntariado sólo puede ser ejercida por trabajadores dentro de los límites necesarios para su funcionamiento normal. En cuanto al reembolso de los costes, debe procurarse que no se persiga fin lucrativo alguno, ni siquiera indirecto, al amparo de una actividad de voluntariado, y que el participante pueda obtener únicamente el reembolso de los gastos efectivamente soportados como consecuencia de la prestación de la actividad, dentro de los límites establecidos previamente por las propias asociaciones (sentencia Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» y otros, C113/13, apartado 62).

Admitida así esta posibilidad, el TJUE, en respuesta a la segunda cuestión prejudicial, afirma (de conformidad a la STJUE Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino», así como al apartado 67 de la presente sentencia) que, cuando concurren todas las condiciones que a la luz del Derecho de la Unión permiten a un Estado miembro prever el recurso a asociaciones de voluntariado, se puede atribuir a éstas la prestación de servicios de transporte sanitario mediante adjudicación directa, sin forma alguna de publicidad y sin que resulte necesario realizar una comparación entre los organismos de voluntariado.

En todo caso, y este dato es muy relevante, existen dos límites que deben ser respetados. El primero, que tal opción se justifique en el principio de eficien-

cia, pues como se puso de relieve en el apartado 60 de la sentencia *Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino»* (así como en el apartado 63 de esta sentencia comentada), la licitud del recurso a asociaciones de voluntariado está sujeta en especial a la condición de que ese medio de actuación contribuya efectivamente al objetivo de eficiencia presupuestaria. Por tanto, las modalidades de puesta en práctica de ese medio de actuación, según las establezcan los conciertos concluidos con esas asociaciones y en su caso un posible acuerdo marco, también deben contribuir al logro de ese objetivo. En segundo lugar, que esas actividades comerciales sean marginales en relación con el conjunto de las actividades de dichas asociaciones y que apoyen la prosecución de la actividad de voluntariado de éstas.

En conclusión, la normativa europea habilita, dentro de los límites expuestos, que los Estados puedan diseñar un régimen legal ad hoc para la provisión de los servicios de salud a las personas mediante sistemas singulares de contratación pública, de reserva de contratos e, incluso, de acuerdos directos (37). Obviamente, el diseño práctico del modelo no puede distorsionar de forma indebida la competencia en el sector de la provisión de servicios sanitarios ni la «preferencia» puede convertirse en un «modelo exclusivo» que solo permita la colaboración privada del denominado tercer sector.

En definitiva, los servicios de salud y los servicios socio-sanitarios son servicios de interés general, con unos perfiles muy singulares que obligan a poner el acento en la calidad de la prestación del servicio, y donde los modelos de organización de cada Estado pueden incluir las singularidades de su propio sistema de relación con la sociedad civil y, en especial, con entidades privadas caracterizadas por su compromiso y vocación con fines de solidaridad. Pero siempre respetando los principios y distintos intereses en juego.

Esto explica que pueda existir un régimen no contractual para la prestación de estos servicios, como expresamente se contempla en la Disposición Adicional 49 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público (LCSP/2017) (38). El régimen de acción concertada (que no concierto, que es modalidad contractual), es una opción organizativa (como sucede con el sector educativo), que exige la previsión legal expresa que

(37) La Comisión de la Unión Europea ha intervenido de forma activa en el fenómeno y establecimiento de un marco jurídico de la colaboración público privada para la promoción de infraestructuras, equipamientos y servicios públicos, buscando en esta fórmula el menor impacto en las cuentas públicas, así como la participación del sector privado en la financiación y gestión de infraestructuras y servicios públicos. En el ámbito sanitario esta colaboración, bien diseñada, y siempre desde la lógica del carácter público del modelo, puede aportar mejoras en la prestación del servicio y mayor eficiencia (al no existir ánimo de lucro). En estos casos nos encontramos ante cierta «publicación» de la actividad privada al servicio del interés general.

(38) Vid. LAZO VITORIA (2016).

determine el alcance y significado de esta acción concertada, que determine las modalidades de servicios y prestaciones, así como el sistema retributivo (opción adoptada en Aragón por la Ley 11/2016, de 15 de diciembre, de acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario, en Valencia por la Ley 7/2017, de 30 de marzo, sobre acción concertada para la prestación de servicios a las personas en el ámbito sanitario) y en Baleares mediante la Ley 12/2108, de 15 de noviembre, de servicios a las personas en el ámbito social de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares (39).

Acción concertada que, como técnica jurídica, es ideológicamente neutra y que permite su utilización tanto con indiferencia de la entidad privada y su finalidad mercantil o la preferencia (que no exclusividad general) con entidades del tercer sector vinculadas directamente a la solidaridad que hayan sido reconocidas como tal y con amparo en una norma legal. Es decir, no basta la simple ausencia de lucro, pues en ese caso no se cumplen las exigencias europeas para una técnica que no es de carácter «ordinario» y que exige una causa muy claramente limitada por la jurisprudencia del TJUE referida .

Por ello, es necesario que se respeten adecuadamente las exigencias fijadas por el TJUE al respecto:

- a) se requiere que, cuando actúan en ese marco, las asociaciones de voluntariado no persigan objetivos distintos *«a los de solidaridad y de eficacia presupuestaria que lo sustentan»*;

(39) Por supuesto, tal y como se viene realizando, los centros que opten a un modelo de acción concertada deberán disponer de autorización administrativa e inscripción en el registro oficial de centros y establecimientos correspondiente, y superar un proceso de acreditación sustentado en rigurosos estándares de calidad previamente establecidos por la Administración competente; asimismo, implica el cumplimiento de un conjunto de obligaciones de gestión y control fijadas legalmente y desarrolladas reglamentariamente. Corresponderá a la Administración competente, dentro de las directrices de planificación, establecer los aspectos básicos a los que deben someterse los conciertos en esta materia, y su alcance. En concreto, el número máximo de centros concertados, la tramitación de la solicitud para acogerse a tal modalidad, la duración máxima del concierto y las causas de extinción; las obligaciones de la titularidad del centro concertado y de la Administración; el sometimiento del concierto al derecho administrativo, y, en su caso, las singularidades del régimen del personal adscrito al servicio. Existirán unas Bases de Acción Concertada que determinarán los derechos y obligaciones derivados de la citada selección, estableciéndose las condiciones técnicas y económicas para la prestación de la concreta actividad concertada. Los centros que accedan al régimen de concertación deberán formalizar con la Administración el correspondiente acuerdo. La elección de centro sanitario privado concertado no implicará en ningún caso un trato menos favorable, ni una desventaja, para los ciudadanos, y deberá respetarse la equivalencia de prestación de la cartera de servicios. La cuantía global de los fondos públicos destinados al sostenimiento de los centros privados concertados, para hacer efectiva la gratuidad de las prestaciones sanitarias objeto de acción concertada, se establecerá en los presupuestos de las Administraciones correspondientes. *Vid.* mi trabajo GIMENO FELLIÚ (2017b: pp. 272-284).

- b) que no obtengan ningún beneficio de sus prestaciones, independientemente del reembolso de los costes variables, fijos y permanentes necesarios para prestarlas, ni proporcionen ningún beneficio a sus miembros;
- c) si bien es admisible el recurso a trabajadores, puesto que, en su defecto, se privaría a esas asociaciones de la posibilidad efectiva de actuar en numerosos ámbitos en los que puede ponerse en práctica normalmente el principio de solidaridad, la actividad de esas asociaciones debe respetar estrictamente las exigencias que les impone la normativa nacional al regular el voluntariado o la economía social y determinar sus específicas condiciones (sentencia Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» y otros, C-113/13, apartado 61) (40).
- d) Asimismo establece una importante cautela de ámbito general, y recuerda que el principio general del Derecho de la Unión de prohibición del abuso de Derecho (es decir, utilización indebida de esta habilitación legal para inaplicar principios como igualdad de trato o de concurrencia o favorecer a determinadas empresas nacionales), no habilita una aplicación de esa normativa que ampare prácticas abusivas de las asociaciones de voluntariado o de sus miembros.

Si no se cumplieran estos requisitos la decisión administrativa sería contraria a los principios de la contratación pública y de la gestión de las prestaciones sanitarias. Y, por ello, podría ser objeto de impugnación tanto ante la justicia administrativa como ante las autoridades competentes de defensa de la competencia.

De lo que se deduce, por lo demás, que una regla de «preferencia» no puede extenderse como regla general en la prestación de estos servicios, pues se quebraría la exigencia del debido respeto a los equilibrios como garantía de la adecuada prestación del servicio público sanitario (y así se ha aplicado de forma correcta en la citada Ley 12/2018 de Baleares).

(40) Así pues, la actividad de las asociaciones de voluntariado sólo puede ser ejercida por trabajadores dentro de los límites necesarios para su funcionamiento normal. En cuanto al reembolso de los costes, debe procurarse que no se persiga fin lucrativo alguno, ni siquiera indirecto, al amparo de una actividad de voluntariado, y que el participante pueda obtener únicamente el reembolso de los gastos efectivamente soportados como consecuencia de la prestación de la actividad, dentro de los límites establecidos previamente por las propias asociaciones (sentencia Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» y otros, C-113/13, apartado 62)

IV. LAS POSIBILIDADES COMPETENCIALES DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN ESTA MATERIA. LA VIABILIDAD DE UNA LEY DE SERVICIOS A LAS PERSONAS EN EL ÁMBITO SANITARIO Y DE SERVICIOS SOCIALES

El ámbito de competencias asumidas en prestación sanitaria y de servicios sociales en los Estatutos de las Comunidades Autónomas ofrece títulos competenciales suficientes para desplegar una normativa propia que dé respuesta a la prestación de servicios a las personas. Pero en ningún caso se puede excepcionar la legislación básica del Estado en contratación pública, sino desarrollar las opciones de ámbito sectorial que permite la regulación europea, con respeto a las previsiones ya referidas (41).

La doctrina fijada por la Sentencia del Tribunal Constitucional 84/2015, de 30 de abril, en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1884-2013, interpuesto por más de cincuenta senadores del Grupo Parlamentario Socialista del Senado, en relación con los artículos 62 y 63 de la Ley 8/2012, de 28 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas de la Comunidad de Madrid, avala esta conclusión. En esta Sentencia el Tribunal Constitucional ha declarado la inconstitucionalidad del artículo 63 de la Ley 8/2012, de 28 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas de la Comunidad de Madrid, que da nueva redacción al artículo 88.2 de la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de ordenación sanitaria de la Comunidad de Madrid, en el sentido de que, cuando la gestión de los centros de atención primaria se realice por cualquiera de las formas de gestión previstas en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP), podrá ofrecerse la gestión de estos centros preferentemente a las sociedades de profesionales con personalidad jurídica propia, que estén constituidas total o mayoritariamente por los profesionales sanitarios que prestan sus servicios en el Servicio Madrileño de Salud, a los efectos de lograr su implicación en el proceso de desarrollo, racionalización y optimización del sistema sanitario público madrileño.

En los fundamentos de derecho que justifican esta declaración de inconstitucionalidad (contenidos en el fundamento 5) se argumenta sobre la vulneración del artículo 1 del TRLCSPP (principio de igualdad de trato y no discriminación

(41) Según refiere, la STC 141/1993, en su fundamento jurídico 5º, «la normativa básica en materia de contratación tiene principalmente por objeto, aparte de otros fines de interés general, proporcionar las garantías de publicidad, igualdad, libre concurrencia y seguridad jurídica que aseguren a los ciudadanos un tratamiento común por parte de todas las Administraciones públicas»; por el contrario, excederán lo básico «otras prescripciones de detalle o de procedimiento que, sin merma de la eficacia de tales principios básicos, pudieran ser sustituidas por otras regulaciones asimismo complementarias o de detalle, elaboradas por las Comunidades Autónomas con competencia para ello». Me remito a mi trabajo GIMENO FELLÚ (2015b). Lo explica también, en su obra, SANMARTÍN MORA (2010).

de los licitadores) y del Derecho de la UE, así como la infracción del artículo 149.1.18º de la Constitución en cuanto a la reserva de ley estatal para el establecimiento de las bases de los contratos y concesiones administrativas. El Tribunal Constitucional advierte que los artículos 3 y 8 TRLCSP son formal y materialmente básicos, pero que la previsión de contratación del Servicio Madrileño de Salud (en tanto poder adjudicador Administración Pública), no quiebra estas reglas: *«debemos descartar que el precepto impugnado, al habilitar al Servicio Madrileño de Salud para la adjudicación de la gestión de los servicios de atención especializada de determinados hospitales públicos, vulnere el artículo 8 TRLCSP y, en consecuencia, la competencia estatal para dictar la legislación básica en materia de contratos y concesiones administrativas»*.

Sobre la posibilidad de adjudicar a sociedades profesionales, y la posible vulneración del TRLCSP y de la Directiva 2004/18, de contratos públicos, el Tribunal Constitucional recuerda que *«el Derecho europeo no es canon de constitucionalidad de las leyes estatales o autonómicas. Este Tribunal ya ha afirmado en reiteradas ocasiones que el Derecho europeo no integra, en virtud del art. 96.1 CE, el canon de constitucionalidad bajo el que han de examinarse las leyes, de manera que la eventual infracción de la legislación comunitaria europea por leyes o normas estatales o autonómicas posteriores, no convierte en litigio constitucional lo que sólo es un conflicto de normas infra constitucionales que ha de resolverse en el ámbito de la jurisdicción ordinaria (STC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 5). Ello no es óbice, sin embargo, para que nuestro pronunciamiento sobre la contradicción alegada entre la legislación estatal y la norma autonómica deba partir de una interpretación de las disposiciones legales acorde con las exigencias del Derecho europeo»*.

Interesa mucho la declaración que realiza sobre la sujeción o no a las normas del Derecho europeo por tratarse de un «contrato no cubierto», ya que afirma de forma clara que ello no elimina la sujeción a los principios de la contratación pública: *«aun cuando el contrato de gestión de servicios públicos no es un contrato armonizado (art. 13 TRLCSP), esto es, no está sujeto ni a la Directiva 2004/18/CE ni a la Directiva 2014/24/UE, que deroga la anterior y está aún pendiente de transposición, la encomienda por una autoridad pública a un tercero de la prestación de actividades de servicios, debe respetar el principio de igualdad de trato y sus expresiones específicas, que son la prohibición de discriminar en razón de la nacionalidad, y los arts. 43 y 49 del Tratado CE sobre la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, respectivamente. Así lo ha afirmado la Comisión europea [Comunicación interpretativa relativa a la aplicación del derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (DOUE 12-4-2008) y el Tribunal de Justicia de la Unión europea (por todas, Sentencia 14 de noviembre de 2013, Caso Belgacom NV contra Interkommunale voor Teledistributie van het Gewest Antwerpen [Integan]*

y otros). *En cualquier caso, el legislador estatal no ha establecido diferencia alguna entre este contrato y los armonizados, sometiéndolo a las mismas reglas de preparación y adjudicación que el resto de contratos armonizados que celebran las Administraciones Públicas».*

Sobre el fondo de la cuestión, el Tribunal Constitucional precisa que *«el precepto impugnado no determina el procedimiento a seguir para hacer efectiva la preferencia que otorga a las sociedades profesionales constituidas total o mayoritariamente por profesionales del Servicio Madrileño de Salud, de manera que lo que debe abordarse en esta resolución es si el reconocimiento de esta preferencia, sea cual sea la vía por la que se instrumente —convenio de colaboración con las sociedades profesionales, procedimiento de licitación limitado a este tipo de sociedades, procedimiento de licitación abierto a todo tipo de licitadores estableciendo la preferencia en la adjudicación a estas sociedades etc.—, es contraria a la legislación estatal básica».*

Y, sobre esta cuestión, entiende que la nueva redacción del artículo 88 de la Ley 12/2001, de la Comunidad de Madrid es inconstitucional por los siguientes motivos (fundamento 6):

a) La preferencia que se otorga a las sociedades profesionales compuestas íntegra o mayoritariamente por profesionales del Servicio Madrileño de Salud, no tiene que ver con la solvencia económica y financiera, profesional y técnica de las citadas sociedades, sino con su implicación en el proceso de desarrollo, racionalización y optimización del sistema sanitario público madrileño. Antes al contrario, produce un efecto claro e insalvable de exclusión de los licitadores, nacionales o extranjeros, que, a pesar de contar con la misma solvencia económica y técnica, no pueden reunir unas condiciones sólo asequibles para un tipo de personas jurídicas, las constituidas por profesionales del Servicio Madrileño de Salud. Esta preferencia no tiene, pues, cabida, como regla de capacidad y solvencia, en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, cuyas prescripciones a este respecto deben considerarse, por otra parte, formal (disposición final segunda apartado tercero TRLCSP) y materialmente básicas, pues garantizan la igualdad de los licitadores en el acceso a los contratos públicos y aseguran su viabilidad y, por tanto, la eficiencia en el gasto que se persigue con las compras públicas.

b) A la misma conclusión debe llegarse en lo que atañe a los criterios de adjudicación o selección del adjudicatario. Aunque el art. 150 TRLCSP no establece un elenco cerrado de criterios a tener en cuenta para seleccionar la oferta que responda al criterio de la oferta económicamente más ventajosa, y aun cuando se permite tener en cuenta las características de la oferta, las reglas que garantizan la igualdad de los licitadores, forma parte del mínimo común uniforme que garantiza la eficacia del gasto en las compras públicas, tal y como por otra parte contempla el art. 1 TRLCSP, también básico.

Por estos motivos, el Tribunal Constitucional concluye que la preferencia que otorga el precepto autonómico impugnado a las sociedades de profesionales, compuestas íntegra o mayoritariamente por profesionales del Servicio Madrileño de Salud, es contraria a la legislación básica del Estado en materia de contratos y concesiones administrativas.

Por ello, se estima este motivo del recurso y se declara la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad del art. 88.2 de la Ley de ordenación sanitaria de la Comunidad de Madrid, en la redacción dada por el art. 63 de la Ley 8/2012, de 28 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas de la Comunidad de Madrid.

Interesa destacar también las reflexiones que el alto Tribunal realiza sobre si estas fórmulas de gestión vulneran el artículo 41 de la Constitución. Tras recordar que el carácter público del sistema de Seguridad Social no queda cuestionado por la incidencia en él de fórmulas de gestión o responsabilidad privadas, de importancia relativa en el conjunto de la acción protectora de aquella, y que la apertura a fórmulas de gestión o responsabilidad privadas queda en todo caso condicionada a la preponderancia de los elementos definitorios del carácter público del sistema de Seguridad Social, concluye que *«La posible apertura a formas de gestión y responsabilidad privada se lleva a cabo preservando en todo caso la titularidad pública del servicio, refiriéndose la norma únicamente a un supuesto de externalización de la gestión del servicio público en determinados hospitales dependientes del Servicio Madrileño de Salud. En este precepto, el legislador autonómico no ha optado siquiera por la vinculación de centros privados a la red pública en virtud de los correspondientes convenios o conciertos (arts. 67 y 90 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad), y se ha limitado a hacer uso de las posibilidades abiertas por la legislación estatal»*. Y ello porque la posible apertura a formas de gestión y responsabilidad privada se lleva a cabo preservando en todo caso la titularidad pública del servicio, refiriéndose la norma únicamente a un supuesto de externalización de la gestión del servicio público en determinados hospitales dependientes del Servicio Madrileño de Salud.

El TC recuerda que *«con independencia de la valoración que contemplada desde la perspectiva del juicio de eficacia pueda merecer la fórmula organizativa de prestación de los servicios sanitarios controvertida, no puede decirse que, por sí sola y con el alcance definido por la Ley autonómica recurrida, ponga en riesgo la reconocibilidad de la institución, aquí el régimen público de Seguridad Social. La definición de las prestaciones a las que tienen derecho los ciudadanos queda en manos, en todo caso, de los poderes públicos, no habiéndose producido un traslado de esta potestad a quienes asuman la gestión —y solo la gestión— del servicio público de la sanidad; la financiación se lleva a cabo asimismo mediante fondos públicos, sin que las singularidades*

a las que pueda dar lugar aquí la preservación del equilibrio financiero del adjudicatario alcancen tal grado de intensidad que hagan inconstitucional el modelo de gestión establecido; y, finalmente, el art. 62.1 in fine alude expresamente a la garantía de los adecuados niveles de calidad, atención y derechos de los usuarios. No se aprecia, por tanto, que la previsión recurrida ponga en cuestión los rasgos estructurales de la institución Seguridad Social ni que se desnaturalice su esencia.» Y no existe de forma acreditada quiebra del principio de igualdad en función de que la prestación se realice mediante gestión directa o mediante gestión indirecta (fundamento 7) (42).

En esta línea se posiciona también la Sentencia 237/2015, de 19 de noviembre de 2015 (BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 2015) contra diversos preceptos de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de las Cortes de Aragón, de medidas en materia de contratos del sector público de Aragón, que parte de la doctrina fijada en la Sentencia 84/2015 de 30 de abril, y que declara inconstitucionales solo algunos aspectos menores de la Ley de Aragón por contradicción con los plazos o modelo de publicidad contenidos en la legislación estatal, pero que da por bueno el resto de sus previsiones.

De lo expuesto se deduce que las Comunidades Autónomas (como se reconoce en la Exposición de Motivos del de Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público de 2017), de conformidad con su norma estatutaria y respetando los principios de la legislación básica, pueden establecer y regular posibilidades organizativas y ciertas especialidades de contratación en el ámbito sanitario y social.

Las posibilidades que habilitan tanto la nueva Directiva de 2014 como la reciente jurisprudencia del TJUE, no quedan en modo alguno condicionadas por la doctrina del Tribunal Constitucional. Pero las opciones deben justificarse y ser razonadas de forma suficiente para superar el «test de constitucionalidad». Así, no resultará viable una extensión o modulación de los procedimientos contenidos en la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (como nuevo

(42) Esto significa que la figura de una concesión de obra pública para construir un hospital de la red pública, como fórmula de financiación, no supone una forma de privatización del servicio. Opinión expresada en el voto particular del Presidente del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en el Acuerdo 30/2015, de 3 de marzo, al explicar el porque debería haberse entrado en el fondo del recurso: «al margen de anomalías desde la perspectiva de participación en la tramitación del procedimiento, su configuración —en lo que consideran de forma errónea como una «privatización de servicios sanitarios», pues el objeto del contrato no es sino una obra pública (con sistema de financiación por explotación)— tendrá consecuencias presupuestarias que, desde la lógica jurídico-política, de forma razonable, pretenderían evitar. Los motivos, por lo demás, no parecen espurios, ni una estrategia de mera contienda político-ideológica (nada impide, y creo que es lo que aquí sucede, que una pretensión política se defienda desde la perspectiva estrictamente legal, y merezca y requiera la necesaria respuesta jurídica)».

supuesto de un procedimiento negociado, con o sin publicidad), por ser núcleo de lo básico.

En definitiva, la normativa europea habilita que los Estados (en España, a través de las Comunidades Autónomas) puedan diseñar un régimen legal *ad hoc* para la provisión de los servicios de salud y de servicios sociales a las personas mediante sistemas singulares de contratación pública, de reserva de contratos e, incluso, de acuerdos directos con especial atención a las notas de calidad, profesionalización, solidaridad y cohesión social (43). Lo que significa que, máxime en un Estado descentralizado como es España, la opción de las Directivas puede ser objeto de desarrollo normativo bien a nivel estatal bien, dentro de la lógica competencial, por las Comunidades Autónomas.

Y la opción política es clara, en sentido posibilista, al admitirse en la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, la opción de esta «singularidad». Así, se pueden reservar contratos (Disposición Adicional 48) e incluso, como admite la Disposición Adicional 47 es posible establecer unas normas «distintas» de contratación pública en el ámbito de los contratos sanitarios o sociales a las personas, que pongan el acento en aspectos técnicos y de calidad (obviamente, la opción que se adopte, en su diseño concreto, no puede desconocer las peculiaridades de una prestación de indudable trascendencia social, donde los propios matices de la prestación en los últimos años aconsejan una especial atención a cómo se viene desempeñando, y se debe desempeñar, esta actividad). Se presta la atención a criterios vinculados a la mejor calidad de la prestación desde la perspectiva del ciudadano, donde el precio, *per se*, debe tener poca incidencia. Y ello porque no puede desconocerse que es una actividad de interés general que se rige, principalmente, por los principios de universalidad, solidaridad, eficiencia económica y adecuación.

Esto explica que pueda existir un régimen no contractual para la prestación de estos servicios (donde no funciona la aplicación de la legislación básica contractual, por no estar en presencia de un contrato público), como expresamente se contempla en la Disposición Adicional 49 (44). En este supuesto la colaboración público-privada con entidades del tercer sector (o de economía social), habilitada legalmente de forma expresa —Ley 43/2015, de 9 de

(43) La Comisión de la Unión Europea ha intervenido de forma activa en el fenómeno y establecimiento de un marco jurídico de la colaboración público-privada para la promoción de infraestructuras, equipamientos y servicios públicos, buscando en esta fórmula el menor impacto en las cuentas públicas, así como la participación del sector privado en la financiación y gestión de infraestructuras y servicios públicos. En el ámbito sanitario esta colaboración, bien diseñada, y siempre desde la lógica del carácter público del modelo, puede aportar mejoras en la prestación del servicio y mayor eficiencia (al no existir ánimo de lucro). En estos casos nos encontramos ante cierta «publicación» de la actividad privada al servicio del interés general.

(44) Vid. LAZO VITORIA (2016).

octubre, del Tercer Sector de Acción Social— puede ser una estrategia muy adecuada para conseguir una mejor y más eficiente prestación de servicios de salud a las personas (45). Estas fórmulas no contractuales están fuera del ámbito de la LCSP, si bien, en su regulación y aplicación deben respetarse los principios de transparencia y no discriminación (la preferencia es admisible a favor de las entidades que cumplan los requisitos fijados por el TJUE y su dimensión concreta no falsee la competencia).

En todo caso, conviene ya advertir que las fórmulas de colaboración público-privada por las que se opte, y su «intensidad», no pueden amparar situaciones que comporten una «privatización» del modelo, ni, por supuesto, que se pueda «abrir un mercado», en claro fraude a la esencia del modelo (por ello la venta de participaciones a un nuevo socio privado, o la transformación en una sociedad de estructura accionarial distinta, debería implicar la necesaria «salida» del sistema para evitar fraudes a los principios del modelo regulatorio que funcionan como límite inquebrantable). Y tampoco puede «cartelizarse» a favor de entidades del tercer sector, pues se quebraría la justificación de su preferencia como política de «discriminación positiva».

Insistimos que la acción concertada es una técnica jurídica complementaria a la del contrato público, que exige prudencia en la aplicación de decisiones que favorezcan a un determinado sector. Y que la opción de romper el principio de igualdad entre distintos proveedores exige justificar que realmente se dan las circunstancias que permiten ese trato «privilegiado» (no basta con ser una entidad sin ánimo de lucro, pues el derecho europeo exige que se trate de organizaciones vinculadas al principio de solidaridad) y que no se pervierte la regla de la mejor eficiencia y calidad en la prestación de los servicios sanitarios, pues es esta la única justificación admisible (y no las preferencias ideológicas).

V. POSIBILIDADES PRÁCTICAS PARA LA «REACTUALIZACIÓN» DEL MODELO VIGENTE DE SERVICIOS A LAS PERSONAS DESDE LA PERSPECTIVA DE COLABORACIÓN/CONCERTACIÓN

Desarrollando las ideas expuestas en el epígrafe anterior, puede advertirse que la Directiva 2014/24 no interfiere en la organización que de los servicios sociales o sanitarios hagan los distintos Estados. Los poderes públicos, como ya

(45) En España al igual que en otros países europeos, ha existido una fuerte actividad del tercer sector en estos ámbitos, que ha permitido hacer efectiva en muchos casos, la cohesión y eficacia del modelo público sanitario. Su implicación social, su profesionalidad, su vocación solidaria son unas señas de identidad que no pueden ser obviadas, desde una simple visión mercantilista, por las organizaciones públicas. Es más, puede ser una estrategia pública el fomento de este tipo de colaboración en tanto refuerza un modelo más cohesionado y eficiente, y claramente vinculado a la lógica de un desarrollo sostenible.

se ha advertido, siguen teniendo libertad para prestar por sí mismos determinadas categorías de servicios, en concreto los servicios que se conocen como servicios a las personas, como ciertos servicios sociales, sanitarios, incluyendo los farmacéuticos y educativos, u organizar los mismos de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos, por ejemplo, mediante la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, siempre que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación [*Considerando 114*].

La nueva regulación europea (GIMENO FELIÚ, 2017b, pp. 272-287) ofrece nuevas posibilidad de organización del modelo de colaboración con el sector público sanitario, con especial atención a las notas de calidad, profesionalización, solidaridad y cohesión social. Y esa opción normativa puede ser desarrollada por las Comunidades Autónomas. En todo caso, para esta posibilidad, con los límites descritos, es necesaria una norma legal (dentro del marco competencial español, de las Comunidades Autónomas) que prevea y regule esta posibilidad. Sin ese marco legal expreso se deberán aplicar las reglas ordinarias de la contratación pública, lo que puede conducir a ciertos efectos «perversos». Así, si la opción política es de una sensibilidad social en estos sectores clave, tan vinculados en España al desarrollo de prestación de importantes servicios a las personas, en un entorno de colaboración público-privada guiado por el principio de solidaridad y calidad, deberá regularse esta posibilidad.

Existen, pues, varias posibilidades jurídicas, que cuyo régimen jurídico se expone a continuación.

1. La posibilidad de «acuerdos de cooperación directa»

Sobre esta cuestión interesa recordar la doctrina fijada por el TJUE. Así, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014, *CroceRossa Italiana y otros* (asunto C-113/13) —criterio confirmado, como se ha visto, en la STJUE 28 de enero de 2016, *CASTA*— ha declarado que «*los artículos 49 UE y 56 FUE deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que prevé que el suministro de servicios de transporte sanitario de urgencia y de extrema urgencia debe confiarse, con carácter prioritario y mediante adjudicación directa, sin ningún tipo de publicidad, a los organismos de voluntariado con los que se haya celebrado un convenio, siempre que el marco jurídico y convencional en el que se desarrolla la actividad de esos organismos contribuya efectivamente a la finalidad social y a la consecución de los objetivos de solidaridad y de eficacia presupuestaria en los que descansa esa normativa*».

La Sentencia *CroceRossa Italiana* resuelve la cuestión prejudicial suscitada por el Consejo de Estado de Italia acerca, en primer lugar, de la compatibilidad con los artículos 49, 56, 105 y 106 TFUE de una norma interna que prevé que el transporte sanitario se adjudique de forma prioritaria a las organizaciones de voluntariado, *CroceRossa* italiana y otras instituciones o entes públicos autorizados, reembolsándoles los gastos efectivamente soportados; y, en segundo lugar, de la compatibilidad con la normativa europea de contratos públicos con una norma nacional que permite la adjudicación directa del servicio de transporte sanitario, debiéndose considerar oneroso un acuerdo marco que prevea el reembolso no sólo de gastos sino incluso de costes fijos y de carácter duradero. El asunto surge cuando, conforme a lo previsto en la normativa italiana y de la región de Liguria reguladora del servicio nacional de salud y del voluntariado, dicha región celebró un acuerdo marco con varias entidades representativas de organizaciones de voluntariado para la regulación de las relaciones entre las empresas sanitarias y hospitalarias, por un lado, y las organizaciones de voluntariado y la *CroceRossa* italiana, por otro. Dicho acuerdo marco regional previó la posterior suscripción de convenios de transporte sanitario de urgencia y extrema urgencia, que tuvo efectivamente lugar, con las organizaciones de voluntariado representadas por las entidades firmantes. Disconformes con tal proceder, varias entidades cooperativas interpusieron recurso que dio lugar a las actuaciones judiciales que, tras la inicial sentencia de instancia, llevaron al Consejo de Estado a suscitar la cuestión prejudicial.

El Tribunal de Justicia admite la compatibilidad del acuerdo marco regional y los convenios con las normas europeas antes aludidas. Para ello, parte de la obvia afirmación de que tanto el acuerdo marco como los convenios están incluidos en el ámbito de la Directiva 2004/18/CE, más allá de la circunstancia de que en ellos se prevean como únicas transferencias financieras a favor de las organizaciones de voluntariado, los reembolsos de costes en que hubiesen incurrido. Debiendo considerarse, por tanto, contratos de servicios, el Tribunal aclara, conforme a la Directiva, el régimen jurídico aplicable, que depende en lo esencial de que sea superior el valor del servicio de transporte o el de los servicios médicos. En el primer caso, siempre que se supere el umbral deberán aplicarse todas las normas de procedimiento de la Directiva, mientras que cuando el valor de los servicios médicos sea superior a los del servicio de transporte, o cuando no se supere el umbral, se aplicarán únicamente los artículos 23 y 35.4 de la Directiva siempre que, circunscritas las actividades de que se trate a un solo Estado, pueda acreditarse un interés transfronterizo cierto que en el caso, a juicio del Tribunal de Justicia, concurre.

Pues bien, sobre tales bases afirma el Tribunal de Justicia que *«la adjudicación, sin ninguna transparencia, de un contrato a una empresa situada en el Estado miembro de la entidad adjudicadora de ese contrato es constitutiva de una diferencia de trato en perjuicio de las empresas que pueden estar*

interesadas en ese contrato, que están situadas en otro Estado miembro. Si no está justificada por circunstancias objetivas, dicha diferencia de trato que, al excluir a todas las empresas establecidas en otro Estado miembro, opera principalmente en perjuicio de éstas, constituye una discriminación indirecta por la nacionalidad, prohibida con arreglo a los artículos 49 TFUE y 56 TFUE». El factor clave, por tanto, es la existencia de esas «circunstancias objetivas» que justifiquen la diferencia de trato entre empresas.

Considera el Tribunal de Justicia que concurren en el caso tales «*circunstancias objetivas*», están reguladas legalmente en el ordenamiento interno y efectivamente justifican la apuntada diferencia de trato dado que, sólo tras prever que «*la prestación de servicios de transporte sanitario es una actividad de interés general que se rige por los principios de universalidad, solidaridad, eficiencia económica y adecuación*», la normativa italiana establece que «*serán prestados por las propias empresas sanitarias y otras entidades suministradoras públicas o asimiladas empleando sus propios medios y personal*» y «*cuando no sea posible, [... por] otras entidades*», en cuyo caso, y aquí surge el régimen jurídico que dio lugar al conflicto, «*los servicios de transporte sanitario que se presten en representación del Servicio Regional de Salud deberán ser encomendados, con carácter prioritario, a organizaciones de voluntariado, la Cruz Roja italiana u otra institución u organismo público autorizado, para garantizar que dicho servicio de interés general se presta en condiciones de equilibrio económico en lo que atañe al presupuesto*» (artículo 75 ter de la Ley Regional de Liguria 41/2006). Tal preferencia y la adjudicación directa, en las circunstancias del caso analizado, son compatibles con el ordenamiento europeo.

Esto significa que un contrato de prestaciones personales de carácter sanitario o socio-sanitario, podría estar excepcionado de las reglas de concurrencia propias de un contrato típico de servicios o productos, dado el marcado carácter estratégico, desde la perspectiva de la correcta prestación, del mismo.

En todo caso, y este dato, insistimos, es muy relevante, existen dos límites que deben ser respetados. El primero, que tal opción se justifique en el principio de eficiencia, pues como se puso de relieve en el apartado 60 de la sentencia Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» (así como en el apartado 63 de esta sentencia comentada), la licitud del recurso a asociaciones de voluntariado está sujeta en especial a la condición de que ese medio de actuación contribuya efectivamente al objetivo de eficiencia presupuestaria. Por tanto, las modalidades de puesta en práctica de ese medio de actuación, según las establezcan los conciertos concluidos con esas asociaciones y en su caso un posible acuerdo marco, también deben contribuir al logro de ese objetivo. En segundo lugar, que esas actividades comerciales sean marginales en relación con el conjunto de las actividades de dichas asociaciones y que apoyen la prosecución de la actividad de voluntariado de éstas.

En definitiva, es posible, con los límites expuestos, una previsión legal de cooperación directa, que, obviamente, tendrá un marcado carácter excepcional.

2. El nuevo modelo de acción concertada y sus posibilidades prácticas

Frente a las reglas ordinarias de la contratación pública en estas prestaciones al legislación europea y española habilitan la utilización de «nuevas figuras» como la acción concertada, configurada como instrumento de «homologación» de entidades privadas para que puedan prestar ciertas funciones asistenciales del entorno público (46).

El régimen de acción concertada, como complemento al modelo de asistencia pública sanitaria y de prestación de servicios sociales, es una opción organizativa (como sucede con el sector educativo), que exige la previsión legal expresa que determine el alcance y significado de esta acción concertada, que determine las modalidades de servicios y prestaciones, así como el sistema retributivo. En ningún caso podrá ocultar prestaciones que merezcan consideración de contrato de servicios. Esta técnica es, en la práctica, como ya advertía JORDANA DE POZAS, un modelo de fomento administrativo por el que se publica la gestión de actividades de particulares con vocación de coadyuvar en la satisfacción del interés público.

Por supuesto, tal y como se viene realizando, los centros que opten a un modelo de acción concertada deberán disponer de autorización administrativa e inscripción en el registro oficial de centros y establecimientos sanitarios, y superar un proceso de acreditación sustentado en rigurosos estándares de calidad previamente establecidos por la Administración sanitaria o la de servicios sociales; asimismo implica el cumplimiento de un conjunto de obligaciones de gestión y control fijadas legalmente y desarrolladas reglamentariamente (47).

(46) En este supuesto la «colaboración público-privada» con entidades del tercer sector (o de economía social), habilitada legalmente de forma expresa —Ley 43/2015, de 9 de octubre, del Tercer Sector de Acción Social— puede ser una estrategia muy adecuada para conseguir una mejor y más eficiente prestación de servicios de salud a las personas. En España, al igual que en otros países europeos, ha existido una fuerte actividad del tercer sector en estos ámbitos, que ha permitido hacer efectiva en muchos casos, la cohesión y eficacia del modelo público sanitario. Su implicación social, su profesionalidad, su vocación solidaria son unas señas de identidad que no pueden ser obviadas, desde una simple visión mercantilista, por las organizaciones públicas. Es más, puede ser una estrategia pública el fomento de este tipo de colaboración en tanto refuerza un modelo más cohesionado y eficiente, y claramente vinculado a la lógica de un desarrollo sostenible

(47) No se trata, por tanto, de una «variante» de la contratación pública. La acción concertada no es un contrato público. Sorprende, por ello, a nivel autonómico, la previsión adoptada en Andalucía en el Decreto 41/2018, de 20 de febrero, por el que se regula el

Corresponderá a la Administración pública competente, dentro de las directrices de planificación, establecer los aspectos básicos a los que deben someterse los conciertos sanitarios y de servicios sociales y su alcance. En concreto, el número máximo de centros concertados, la tramitación de la solicitud para acogerse a tal modalidad, la duración máxima del concierto y las causas de extinción; a las obligaciones de la titularidad del centro concertado y de la Administración sanitaria; el sometimiento del concierto al derecho administrativo y, en su caso, las singularidades del régimen del personal sanitario.

Existirán una Bases de Acción Concertada que determinarán los derechos y obligaciones derivados de la citada selección, estableciéndose las condiciones técnicas y económicas para la prestación de la concreta actividad concertada. Los centros que accedan al régimen de concertación sanitaria o social deberán formalizar con la Administración el correspondiente acuerdo de acción concertada.

La elección de centro sanitario o de servicios sociales privado «concertado» no implicará en ningún caso un trato menos favorable, ni una desventaja, para los ciudadanos, y deberá respetarse la equivalencia de prestación de la cartera de servicios.

La cuantía global de los fondos públicos destinados al sostenimiento de los centros privados concertados, para hacer efectiva la gratuidad de las prestaciones sanitarias o de servicios sociales objeto de concierto, se establecerá en los presupuestos de las Administraciones correspondientes.

En todo caso, conviene ya advertir que con esta técnica no se puede amparar situaciones que comporten una «privatización» del modelo, ni, por supuesto, que se pueda «abrir un mercado», en claro fraude a la esencia del modelo (por ello la venta de participaciones a un nuevo socio privado, o la transformación en una sociedad de estructura accionarial distinta, debería implicar la necesaria «salida» del sistema para evitar fraudes a los principios del modelo regulatorio que funcionan como límite inquebrantable)

concierto social para la prestación de los servicios sociales, al afirmar —de forma claramente errónea— que el concierto social se configura como un contrato administrativo especial que garantiza la forma más idónea para satisfacer los intereses generales y los de los colectivos destinatarios de los servicios prestados (art. 1.2). Esta calificación como contrato administrativo especial en modo alguno responde a lo que es la esencia y justificación de la acción concertada, a la vez que implica una clara «desviación» sobre el tipología contractual contenida en la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público.

3. Un «régimen especial» contractual en prestaciones directas a personas en los ámbitos sociales y sanitarios

La justificación de la posibilidad de una regulación simplificada y de reserva de contratos se explica en el considerando 6 de la Directiva 2014/24, que advierte que *«conviene aclarar que los servicios no económicos de interés general deben quedar excluidos del ámbito de aplicación de la presente Directiva»*. También, el considerando 114 afirma que:

«Determinadas categorías de servicios, en concreto los servicios que se conocen como servicios a las personas, como ciertos servicios sociales, sanitarios y educativos, siguen teniendo, por su propia naturaleza, una dimensión transfronteriza limitada. Dichos servicios se prestan en un contexto particular que varía mucho de un Estado miembro a otro, debido a las diferentes tradiciones culturales (...)

Los contratos de servicios a las personas, cuyo valor esté situado por encima de ese umbral deben estar sujetos a normas de transparencia en toda la Unión. Teniendo en cuenta la importancia del contexto cultural y el carácter delicado de estos servicios, debe ofrecerse a los Estados miembros un amplio margen de maniobra para organizar la elección de los proveedores de los servicios del modo que consideren más oportuno. Las normas de la presente Directiva tienen en cuenta este imperativo al imponer solo la observancia de los principios fundamentales de transparencia e igualdad de trato y al asegurar que los poderes adjudicadores puedan aplicar, para la elección de los proveedores de servicios, criterios de calidad específicos, como los establecidos en el Marco Europeo Voluntario de Calidad para los Servicios Sociales publicado por el Comité de Protección Social. Al determinar los procedimientos que hayan de utilizarse para la adjudicación de contratos de servicios a las personas, los Estados miembros deben tener en cuenta el artículo 14 del TFUE y el Protocolo n.º 26. Al hacerlo, los Estados miembros también deben perseguir los objetivos de simplificación y reducción de la carga administrativa de poderes adjudicadores y operadores económicos; es preciso aclarar ello también puede suponer basarse en disposiciones aplicables a los contratos de servicios no sometidos al régimen específico.

Los Estados miembros y los poderes públicos siguen teniendo libertad para prestar por sí mismos esos servicios u organizar los servicios sociales de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos, por ejemplo, mediante la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, siempre que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación».

Esto explica por qué el artículo 77 de la Directiva 24/2014 prevé incluso la posibilidad de reserva de esos contratos.

«1. Los Estados miembros podrán disponer que los poderes adjudicadores estén facultados para reservar a determinadas organizaciones el derecho de par-

participación en procedimientos de adjudicación de contratos públicos exclusivamente en el caso de los servicios sociales, culturales y de salud que se contemplan en el artículo 74 y que lleven los códigos CPV 751210000, 751220007, 751230004, 796220000, 796240004, 796250001, 801100008, 803000007, 804200004, 804300007, 805110009, 805200005, 805900006, desde 850000009 hasta 853230009, 925000006, 926000007, 981330004 y 981331108

2. Las organizaciones a que se refiere el apartado 1 deberán cumplir todas las condiciones siguientes:

- a) que su objetivo sea la realización de una misión de servicio público vinculada a la prestación de los servicios contemplados en el apartado 1;
- b) que los beneficios se reinviertan con el fin de alcanzar el objetivo de la organización; en caso de que se distribuyan o redistribuyan beneficios, la distribución o redistribución deberá basarse en consideraciones de participación;
- c) que las estructuras de dirección o propiedad de la organización que ejecute el contrato se basen en la propiedad de los empleados o en principios de participación o exijan la participación activa de los empleados, los usuarios o las partes interesadas; y
- d) que el poder adjudicador de que se trate no haya adjudicado a la organización un contrato para los servicios en cuestión con arreglo al presente artículo en los tres años precedentes.

3. La duración máxima del contrato no excederá de tres años.

4. En la convocatoria de licitación se hará referencia al presente artículo».

Es decir, que resulta posible en contratos de prestaciones directas a ciudadanos en el ámbito sanitario o social, adoptar medidas de licitación más «específicas», que atiendan a las especialidades expuestas. Y la reserva de contratos es una de ellas.

Junto a esta opción de reserva de contratos, o de «cooperación directa», existe la posibilidad de un procedimiento singular que ponga atención en las propias características del servicio sanitario. Al hilo de lo expuesto anteriormente, el artículo 76 de la Directiva 2014/24/UE, habilita a:

«1. Los Estados miembros establecerán normas nacionales para la adjudicación de los contratos sujetos a lo dispuesto en el presente capítulo, a fin de garantizar que los poderes adjudicadores respetan los principios de transparencia y de igualdad de trato de los poderes económicos. Los Estados miembros serán libres de determinar las normas de procedimiento aplicable, siempre que tales normas permitan a los poderes adjudicadores tener en cuenta la especificidad de los servicios en cuestión.

2. Los Estados miembros velarán porque los poderes adjudicadores puedan tener en cuenta la necesidad de garantizar la calidad, la continuidad, la accesibilidad, la asequibilidad, la disponibilidad y la exhaustividad de los servicios, las necesidades específicas de las distintas categorías de usuarios, incluidos los grupos desfavorecidos y vulnerables, la implicación y la responsabilización de los usuarios y la innovación. Además, los Estados miembros podrán disponer que la elección

del proveedor de servicios se haga sobre la base de la oferta económicamente más ventajosa, teniendo en cuenta criterios de calidad y de sostenibilidad en el caso de los servicios sociales».

Es decir, es posible establecer unas normas «distintas» de contratación pública en el ámbito de los contratos sanitarios a las personas, que ponga en el acento en aspectos técnicos y de calidad.

Resulta posible (y muy conveniente) la articulación de un procedimiento «especial» de contratación, donde podrían tenerse en cuenta los siguientes aspectos:

a) *La «especial» valoración de la solvencia de las empresas licitadoras.* Parece lógico exigir una solvencia económica y financiera suficiente en una cuantía referida al volumen de negocios en el ámbito de las actividades correspondiente al objeto del contrato en relación como máximo a los tres últimos ejercicios disponibles, a determinar en cada caso en el pliego de cláusulas administrativas particulares (cuantía que, a nuestro parecer, nunca debería ser inferior al 75% del precio anual del contrato o del lote al que se concurre). Muy especialmente, debe prestarse atención a la solvencia técnica (o profesional) acreditada mediante requisitos técnicos de acreditación o estándares de calidad; experiencia previa en la gestión de los servicios objeto del contrato a determinar en cada caso en el pliego de cláusulas administrativas particulares (experiencia cuyo plazo mínimo, según nuestro parecer, nunca debería ser inferior a tres años y con un importe anual no inferior al 60% del precio anual del contrato o del lote al que se concurre); disposición de equipo humano profesional en materia de gestión de los servicios licitados, y reinversión de un porcentaje mínimo de los beneficios en la mejora de la gestión de los servicios adjudicados o distribución de beneficios en base a criterios de participación. Y, para evitar un indebido juego empresarial, debería preverse la imposibilidad de subcontratación de la prestación principal, a la vez que podría valorarse la exigencia de autorización previa en subcontratación de prestaciones accesorias, con el fin de preservar la calidad del servicio.

b) *La determinación de criterios de adjudicación que pongan en valor la calidad/precio.* Frente a la idea de criterios economicistas, el propio objeto de la prestación aconseja unos criterios de adjudicación que insistan en la mayor calidad de la prestación. Serían varias las posibilidades. En primer lugar, sobre la ponderación de los distintos criterios debería tenerse en cuenta los siguientes principios:

1.- Ponderación superior de los criterios de valoración mediante un juicio de valor (subjetivos) sobre la ponderación de los criterios evaluables de forma automática (objetivos) y exigencia de un comité de expertos no integrados en el órgano proponente del contrato para la evaluación de los criterios subjetivos.

2.- Condicionar la valoración de los criterios objetivos a la obtención de un mínimo (60%) de puntuación de los criterios subjetivos.

Al margen de los criterios admisibles por la legislación general de contratos, debería fomentarse la utilización de criterios específicos directamente vinculados al objeto del contrato y que pueden conseguir una mejor calidad prestación y, por ello, la oferta económicamente más ventajosa. Entre las posibilidades pueden citarse:

— Inclusión, como criterio subjetivo vinculado al objeto del contrato, de un *Plan de Gestión* en el que, más allá de los requisitos mínimos establecidos en el pliego de prescripciones técnicas, se valoren elementos como la determinación de objetivos asistenciales; los medios de control y garantía de la calidad; los instrumentos para favorecer la accesibilidad y la resolución de los servicios; los mecanismos para posibilitar la participación de los profesionales en la gestión; las estrategias de mejora de la gestión y prestación de los servicios; las políticas de coordinación y potenciación del trabajo en red con otros dispositivos asistenciales; los planes para mejorar la respuesta a la demanda no urgente de servicios y resolver situaciones de incremento de la demanda y la atención domiciliaria; los programas de atención a colectivos socialmente vulnerables, y los programas de promoción de la salud, los programas docentes y los programas de investigación e innovación, elementos todos ellos en relación con los servicios objeto del contrato.

— Inclusión, como criterio subjetivo, de mecanismos favorecedores, debidamente documentados y justificados, de la autonomía de gestión de los profesionales.

— Inclusión en los criterios subjetivos relativos a calidad de los recursos personales adscritos al contrato, que permitan valorar la mejor idoneidad de los profesionales directivos, la idoneidad del personal en atención a su titulación y especialización, los programas de formación y los sistemas de incentivos a los trabajadores por cumplimiento de objetivos.

— Exigencia de incorporar en los pliegos criterios de valoración relativos a cláusulas sociales, medioambientales, (nunca la proximidad de las empresas candidatas o de sus estructuras de gestión y control al centro de trabajo, pues tal opción ha sido considerada ilegal en la reciente STJUE de 22 de octubre de 2015, de condena al Reino de España, pero si la subrogación del personal existente), económicas (ponderar el compromiso de reinvertir un porcentaje mínimo de beneficios en la mejora de la gestión de los servicios adjudicados o por encima de este porcentaje mínimo fijado como criterio de solvencia técnica, en su caso), y estratégicas (participación en alianzas estratégicas de proveedores públicos y trabajo en red, siempre que se pueda justificar una mayor calidad del servicio).

c) La necesaria regulación de supuestos de anormalidad en estos contratos.

En estos servicios debe regularse, para garantizar su correcta ejecución, el sistema de anormalidad de ofertas (que debe tener carácter obligatorio e indisponible). A tal efecto se deberán prever fórmulas *ad hoc que contemplen*, tanto aspectos de la oferta técnica como de la oferta económica, determinando que es constitutivo de una oferta desproporcionada o anormal el incumplimiento de disposiciones de obligado cumplimiento en materia de protección del empleo, condiciones de trabajo o costes salariales mínimos por categoría profesional y requiriendo el desglose de los precios para acreditar la viabilidad de las proposiciones económicas, en su caso.

d) Determinación de condiciones especiales de ejecución.

Además de las medidas sobre interlocución contractual (responsable del contrato), ejecución contractual; inspección, control y ejercicio de la potestad sancionadora, y seguimiento y evaluación de los contratos que deben adoptar deseablemente las entidades adjudicadoras en el ámbito de las facultades que les confiere la Directiva de referencia. En concreto, en estos contratos debe incluirse como condición especial de ejecución tanto la prohibición de «deslocalización» de servicios que pretendan una precarización laboral, como de fijación de una retribución mínima (que preserve la calidad del servicio y evite la conflictividad laboral). Posibilidad admitida por la reciente STJUE de 17 de noviembre, *Regio Post* (asunto C-115/14), al considerar legal la obligación, impuesta a los licitadores y a sus subcontratistas en el contexto de la adjudicación de un contrato público, de comprometerse a pagar un salario mínimo al personal que ejecute las prestaciones objeto de ese contrato público (el Acuerdo 80/2016 del TACPA contempla esta posibilidad). El TJUE afirma que una disposición nacional que establece que todos los licitadores y sus subcontratistas deberán comprometerse frente al poder adjudicador a pagar al personal que vaya a ejecutar el contrato público de que se trate un salario mínimo determinado por la Ley, debe calificarse de «condición especial en relación con la ejecución del contrato» referida a «consideraciones de tipo social» en el sentido del artículo 26 de la Directiva 2004/18. En consecuencia, declara que dicho artículo debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa de una entidad regional de un Estado miembro, obliga a los licitadores y a sus subcontratistas a comprometerse, mediante una declaración escrita que deberá presentarse junto con la oferta, a pagar al personal que llevará a cabo las prestaciones objeto del contrato público considerado un salario mínimo fijado por dicha normativa y que no se opone a una normativa de una entidad regional de un Estado miembro, como la controvertida en el asunto principal, que prevé la exclusión de la participación en un procedimiento de adjudicación de un contrato público a los licitadores y a sus subcontratistas que se nieguen a comprometerse, mediante una declaración escrita que deberá

presentarse junto con la oferta, a pagar al personal que llevará a cabo las prestaciones objeto del contrato público considerado un salario mínimo fijado por dicha normativa.

En definitiva, son varias, por tanto, las posibilidades jurídicas (incluso la de no hacer nada y aplicar las técnicas contractuales «ordinarias»). La opción que se adopte, en su diseño concreto, no puede desconocer las peculiaridades de una prestación de indudable trascendencia social, donde los propios matices de cómo se ha venido prestando en los últimos años aconsejan una especial atención a cómo se viene desempeñando, y se debe desempeñar, esta actividad de servicios a las personas en los ámbitos sociales y sanitarios. Y ello porque no puede desconocerse que es una actividad de interés general que se rige, principalmente, por los principios de universalidad, solidaridad, eficiencia económica y adecuación.

Interesa destacar que el Derecho europeo de la contratación pública habilita que en un contrato de prestaciones personales de carácter sanitario o social, se pueda excepcionar de las reglas de concurrencia propias de un contrato típico de servicios o productos, e incluso relacionarse directamente con entidades del tercer sector sin ánimo de lucro que colaboran, desde una óptica de solidaridad, con los fines públicos, dado el marcado carácter estratégico, desde la perspectiva de la correcta prestación, de esa colaboración.

En todo caso, parece lógico un desarrollo legal que incluya las distintas opciones jurídicas descritas, sin decantar o excluir una concreta opción, preservando la posibilidad de una aplicación práctica «complementaria».

VI. LA MOTIVACIÓN DE LA DECISIÓN DE CÓMO GESTIONAR SERVICIOS SANITARIOS A LAS PERSONAS Y LOS LÍMITES DESDE LA PERSPECTIVA DE LIBRE COMPETENCIA

Desde la perspectiva de la seguridad jurídica, toda decisión sobre la prestación de servicios sanitarios y la opción de cómo articular la colaboración público privada, cuando esta es necesaria, exige una adecuada motivación y explicación desde el paradigma de la buena administración. Como bien se ha explicado, no es suficiente un motivo político, sino que se exige que la decisión se fundamente desde el derecho a una buena administración (48).

Así lo ha recordado la valiosa sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Noviembre de 2015 (rec. 396/2014) cuando afirma: «*En este sentido, cabe significar que los principios de transparencia y buena administración exigen de las autoridades administrativas que motiven sus decisiones y que acrediten*

(48) De especial interés son las muy acertadas reflexiones de PONCE SOLÉ (2016b).

que se adoptan con objetividad y de forma congruente con los fines de interés público que justifican la actuación administrativa, tomando en consideración todas aquellas circunstancias que conforman la realidad fáctica y jurídica subyacente».

Tampoco se puede considerar un acto político o de gobierno (ni siquiera cuando es adoptada por un ayuntamiento, por ejemplo), pues se trata del ejercicio de una potestad administrativa discrecional, pero vinculada a la técnica de gestión de los servicios públicos o del demanio público (49).

La decisión de «preferencia» de entidades del tercer sector sin ánimo de lucro, vinculadas a la solidaridad, frente a otras organizaciones privadas sanitarias con interés mercantil deberá justificarse en la mayor calidad y eficiencia de la prestación que se opera por esas entidades «sociales». Esta máxima de eficiencia en la decisión, preservando obviamente la lógica de calidad, regularidad y continuidad del servicio, debe ser un parámetro clave —incluso decisivo— para justificar la decisión que se adopte (50). Decisión que, aun con marcado carácter discrecional, como también se ha señalado, podrá ser objeto de control jurídico, desde la perspectiva de que *«las obligaciones jurídicas de buena administración existentes en nuestro ordenamiento jurídico hacen que el derecho ya no pueda ser indiferente a la discrecionalidad (en este caso en la gestión de los servicios públicos), paradigma clásico de nuestra doctrina y jurisprudencia que debe ser superado, y que esta discrecionalidad no consista en una libertad omnímoda de elección entre alternativas ajenas a lo jurídico»* (51).

Ningún tipo de decisión discrecional, como se ha dicho, debe quedar sustraída al control judicial, por más que éste deba ser menos riguroso (STS de 3 de abril de 1992. Ar. 3332). Así lo opina el profesor S. MARTÍN-RETORTILLO, al afirmar que la obligada flexibilidad del actuar de la «Administración Económica», su antiformalismo, no debe entorpecer su sometimiento al ordenamiento jurídico (52). Máxime si se tiene en cuenta que, como afirma MEGRET, pocos ámbitos hay donde el intervencionismo del Estado introduce un riesgo, una potencialidad de arbitrariedad tan grande como en el sector económico (53). Por tanto, dichas actuaciones de la «Administración Económica» deberán ser

(49) Vid. PONCE SOLÉ (2016a: p. 80). Por ello, no es aceptable, por ejemplo, que un simple cambio de mayorías políticas en un gobierno local conduzca a fundamentar el rescate por razones, digamos, ideológicas.

(50) Sobre este principio, vid. GIMENO FELIÚ (2011: pp. 1255 y ss.) y VAQUER CABALLERÍA (2011: pp. 91 y ss.).

(51) Vid., en este sentido, PONCE SOLÉ (2016a: pp. 74-75).

(52) MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (2002: p. 61).

(53) La cita puede verse en el libro de FERNÁNDEZ FARRERES (1983: p. 578).

objeto de fiscalización por los Tribunales (54). Y en dicho control jugarán especial importancia, además de los principios generales de Derecho comunes a toda actuación administrativa (igualdad, proporcionalidad, racionalidad, etc.), los más específicos de justicia y eficiencia y economía en el gasto público; y también el principio o la regla de libertad de empresa y libre competencia, sin olvidar que el cumplimiento de los principios del Derecho de la Unión Europea es una forma más de hacer valer el interés público, pues también tienen como objetivo el logro de una contratación más favorable para dicho interés (55).

El juez administrativo, en definitiva, deberá vigilar si la «decisión económica» de la Administración era la mejor de las decisiones posibles y podrá modificar ésta, si su análisis le lleva a la conclusión de que aquella no era la más correcta. Y para ello atenderá, lógicamente, a la jurisprudencia del TJUE de la Unión Europea, que ha conformado un sólido y coherente «derecho pretoriano», que sirve de fuente interpretativa y que limita aquellas opciones que puedan contravenir las reglas de la Unión Europea (56).

En relación a este punto, conviene recordar que si la decisión administrativa impugnada «esconde» una actividad contractual pública procederá la utilización del recurso especial regulado en los arts. 44 y ss. de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público. Debe recordarse el concepto amplio de «decisión» utilizado por el ámbito del recurso especial, declarado de forma expresa, en cuestión prejudicial, por la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 5 de abril de 2017, Marina del Mediterráneo SL y otros contra Agencia Pública de Puertos de Andalucía, que afirma que toda decisión de un poder adjudicador al que se apliquen las normas del Derecho de la Unión en materia de contratación pública, y que sea susceptible de infringirlas, estará sujeta al control jurisdiccional previsto en el artículo 2, apartado 1, letras a) y b), de la misma Directiva (criterio utilizado por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en sus Acuerdos 75 y 117/2017 al analizar los encargos y los modificados como elemento objetivo del recurso especial).

Asimismo, en la medida en que una aplicación «excesiva» de la preferencia a favor de entidades del tercer sector afecte a las reglas de la competencia, será posible denunciar tal situación ante las autoridades de defensa de la competencia para que valoren y, en su caso, actúen para preservar las reglas de un modelo en competencia (aplicando las previsiones del Procedimiento para la garantía de la unidad de mercado, contenidas en los artículos 127 *bis*, 127 *ter*

(54) Así se expresa claramente FERNÁNDEZ FARRERES (1983: pp. 615 y ss.), quien es autor de una de las principales construcciones doctrinales sobre dicha necesidad, y cuyas ideas son hoy, como se ha visto, de especial interés.

(55) Vid. PARDO GARCÍA-VALDECASAS (2013: p. 154).

(56) Vid. GIMENO FELIÚ (2015c).

y 127 *quater* de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998). En el informe de la Comisión Nacional de la Competencia de 2008 denominado *Recomendaciones a las Administraciones Públicas para una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la competencia*, se establecen las pautas para la elaboración de las memorias de competencia, mediante un análisis en tres pasos en el que se evaluará: (i) si la medida introduce algún tipo de restricción a la competencia; (ii) su necesidad y proporcionalidad, donde se evalúa si la restricción es imprescindible para los objetivos que se pretenden y si los mismos tienen un impacto sobre el bienestar social proporcional a la restricción que se introduce; y, por último, (iii) la mínima restricción, consistente en justificar por qué se considera que no existen otras alternativas menos gravosas para el funcionamiento del mercado (57).

VII. CONCLUSIONES

Tras la argumentación expuesta en este trabajo se pueden llegar a una serie de conclusiones sobre esta cuestión (de indudable interés práctico en la actualidad).

PRIMERA.— El debate jurídico-técnico exige alejarse de posturas apriorísticas maximalistas: ni la gestión indirecta en colaboración con el sector privado es siempre más económica o eficiente, ni todos los servicios son más eficientes y sostenibles con gestión directa o mediante su «encargo» a entidades del tercer sector sin ánimo de lucro. Habrá de analizarse supuesto a supuesto con la adecuada perspectiva de respeto del equilibrio entre los distintos principios e intereses en juego. No puede desconocerse que el resultado final de la regulación de la actividad económica es una compleja interrelación entre regulación y competencia, basada en actuaciones reguladoras —unas de supervisión de

(57) Un ejemplo de tales consideraciones lo encontramos en el informe de la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía n.º I 02/10, *Informe sobre la prestación del servicio de abastecimiento de agua en el municipio de Vejer de la Frontera* (Cádiz), mediante gestión directa y efectiva ejecución en régimen de monopolio. Para la Agencia de Defensa de la Competencia, la falta de argumentos sobre los beneficios de la reserva de actividad mediante monopolio impidió a la Agencia pronunciarse sobre la misma [Dicho informe se encuentra accesible a través del siguiente enlace: http://www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/sites/all/themes/competencia/files/pdfs/Informe_I_02-10_VEJER_2.pdf (último acceso: junio de 2018)]. Decisión y motivación que podrán ser recurridas tanto por el Estado como por la CNMC, a tenor de lo previsto en el artículo 5.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, a cuyo tenor: «*en cumplimiento de sus funciones, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia está legitimada para impugnar ante la jurisdicción competente los actos de las Administraciones Públicas sujetos al derecho administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados*».

la actividad y otras de control o intervención—de carácter vertical y horizontal. Y cualquier decisión política debe cohonestar con los distintos principios regulatorios y, por supuesto, con la lógica de la mejor satisfacción del interés público. Predomina, por tanto, la visión del Estado garante de servicios públicos de calidad, que ponga atención en la prestación regular, continua y neutra y no tanto en quien lo presta (que es, en esencia, el significado de la doctrina clásica del servicio público).

En todo caso, el debate sobre la prestación de los servicios públicos en sentido estricto, debe pivotar sobre la esencia de la propia idea y función del servicio público, es decir, sobre la regularidad, continuidad y neutralidad en la prestación, garantizando la mejor calidad del servicio a los ciudadanos.

SEGUNDA.— El sistema sanitario y de servicios socio-sanitarios en España se caracteriza por ser un modelo esencialmente público, donde, desde la organización pública se da asistencia universal y de calidad a la ciudadanía. Se trata, pues, de un modelo consolidado, donde, para preservar la calidad asistencial —y su carácter universal— han existido y existen relaciones jurídicas con entidades privadas en aras a complementar (que no sustituir) el modelo. Esta colaboración del sector privado puede dividirse, a meros efectos didácticos, entre entidades privadas con finalidad de lucro, y entidades que actúan sin ánimo de lucro movidas por un objetivo de solidaridad.

Esta «dualidad» se ha articulado en las relaciones con las administraciones públicas sanitarias mediante la técnica del contrato público, lo que no siempre ha permitido cumplir de forma adecuada con la finalidad de la prestación. La experiencia existente en ámbitos como la atención de salud mental, o pacientes de larga estancia con procesos de rehabilitación o tratamiento de paliativos, entre otros, donde la colaboración de entidades del tercer sector ha permitido complementar el sistema y dotar de calidad a prestaciones tan sensibles y con importante índice de variabilidad, aconseja dar una correcta solución jurídica a «esta organización de las prestaciones». Lo que no significa, ni puede significar, en modo alguno, que pueda «expulsarse» al sector empresarial «lucrativo» en la prestación de este tipo de actividades. Como venimos defendiendo en este estudio, debe existir un adecuado equilibrio que respete efectivamente los distintos principios e intereses en juego.

TERCERA.— La incorporación de nuestro país a la Unión Europea ha tenido importantes repercusiones en la reconfiguración de los contornos y principios del Derecho Administrativo. Hasta el punto de que implica la «uniformidad» del fondo normativo en el que se contiene el marco jurídico de ordenación de la actividad de los agentes económicos que en él concurren, con el objetivo de preservar el principio básico de «igualdad de mercado» —condición sustantiva para el funcionamiento correcto de un proceso de economía de mercado— que exigirá, cuando éste se proyecte geográficamente sobre un territorio adscrito

a diferentes Estados soberanos, el aseguramiento efectivo al «ciudadano de mercado» europeo de una uniformidad sustancial de su posición jurídica, es decir, de las reglas ordenadoras por las que se rige su actuación en libre mercado, evitando así que las disparidades jurídicas se conviertan en un factor susceptible de distorsionar el buen funcionamiento del mercado interior, de enturbiar los criterios que deben guiar la libre movilidad de los factores y de falsear, en definitiva, las condiciones competitivas en el interior del mismo.

El derecho Europeo, aunque ha declarado la neutralidad sobre las formas de gestión de las competencias públicas, ha advertido la importancia de que existan equilibrios y fórmulas de colaboración público-privada para preservar el interés público. Se constata, de forma evidente, la opción europea por la colaboración público-privada como elemento que permita vertebración social e impulso a un mejor crecimiento económico (muy especialmente en sectores sensibles).

CUARTA.– Nuestra Constitución delimita un determinado sistema económico: el de coiniciativa entre el sector privado y el sector público. Evidentemente, tal sistema no es un sistema rígido sino que, por voluntad del constituyente, es un sistema flexible que permite la actuación de diversas políticas económicas de distinto signo sin que el mismo se desvirtúe. De la calificación del sistema económico constitucional como economía social de mercado derivan importantes consecuencias para los poderes públicos: supone que, obligatoriamente, deberán no sólo respetar determinadas situaciones jurídico-privadas, sino, además, adoptar las estrategias y decisiones pertinentes para llevar a efecto los objetivos que se desprenden de la Constitución. En la decisión de «conceder la gestión» de un servicio sanitario o social y la manera de hacerlo, debe estar presente la «buena Administración», la cual no consiste en el puro cumplimiento formal de la legalidad, ya que es una finalidad que ha de guiar al legislador y a los gobernantes y una manera de orientar la actividad de la Administración también cuando cede la gestión de un servicio.

QUINTA.– El proceso de transposición de la Directiva europea sobre contratación pública (Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, DOUE L 94, de 28 de marzo de 2014) a la legislación interna, permite diseñar un nuevo marco regulatorio alejado del tradicional modelo de contratación pública, pues los artículos 76 y 77, de alcance potestativo para los Estados, habilitan tanto la reserva de contratos como un régimen singular en el ámbito de la salud y de los servicios sociales prestados a las personas (y de educación). Incluso debe considerarse, de acuerdo con el artículo 76.2 de la citada Directiva, la conveniencia de adaptar el modelo sanitario y de servicios sociales a las personas, centrado en las características antes relacionadas, poniendo en valor, pero no de manera excluyente, la colaboración de entidades del tercer sector con una importante implantación social, en tanto se ha acreditado que es un

modelo de éxito, de contrastados resultados económicos y de muy elevada calidad prestacional y de responsabilidad institucional.

En todo caso, es muy importante que se respete adecuadamente las exigencias fijadas por el TJUE, pues en tanto derecho europeo con eficacia directa, ni las autoridades ni los funcionarios *públicos* pueden desconocer su significado y alcance práctico (STJUE de 2 de junio de 2005, *Koppensteiner GMBH*):

- e) se requiere que, cuando actúan en ese marco, las asociaciones de voluntariado no persigan objetivos distintos «a los de solidaridad y de eficacia presupuestaria que lo sustentan»;
- f) que no obtengan ningún beneficio de sus prestaciones, independientemente del reembolso de los costes variables, fijos y permanentes necesarios para prestarlas, ni proporcionen ningún beneficio a sus miembros;
- g) si bien es admisible el recurso a trabajadores, puesto que, en su defecto, se privaría a esas asociaciones de la posibilidad efectiva de actuar en numerosos ámbitos en los que puede ponerse en práctica normalmente el principio de solidaridad, la actividad de esas asociaciones debe respetar estrictamente las exigencias que les impone la normativa nacional al regular el voluntariado o la economía social y determinar sus específicas condiciones (sentencia Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» y otros, C-113/13, apartado 61) (58).
- h) Asimismo establece una importante cautela de ámbito general, y recuerda que el principio general del Derecho de la Unión de prohibición del abuso de Derecho (es decir, utilización indebida de esta habilitación legal para inaplicar principios como igualdad de trato o de concurrencia o favorecer a determinadas empresas nacionales), no habilita una aplicación de esa normativa que ampare prácticas abusivas de las asociaciones de voluntariado o de sus miembros.

Si no se cumplieran estos requisitos la decisión administrativa sería contraria a los principios de la contratación pública y de la gestión de las prestaciones sanitarias. Y, por ello, podría ser objeto de impugnación tanto ante la justicia administrativa como ante las autoridades competentes de defensa de la competencia. De lo que se deduce, por lo demás, que una regla de «pre-

(58) Así pues, la actividad de las asociaciones de voluntariado sólo puede ser ejercida por trabajadores dentro de los límites necesarios para su funcionamiento normal. En cuanto al reembolso de los costes, debe procurarse que no se persiga fin lucrativo alguno, ni siquiera indirecto, al amparo de una actividad de voluntariado, y que el participante pueda obtener únicamente el reembolso de los gastos efectivamente soportados como consecuencia de la prestación de la actividad, dentro de los límites establecidos previamente por las propias asociaciones (sentencia Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» y otros, C-113/13, apartado 62)

ferencia» no puede extenderse como regla general en la prestación de estos servicios, pues se quebraría la exigencia del debido respeto a los equilibrios como garantía de la correcta prestación del servicio público sanitario.

SEXTA.— La competencia de desarrollo de las técnicas de acción concertada o de «singularidad» de la contratación pública en los servicios sanitarios a las personas es de las Comunidades Autónomas. Existe una competencia compartida que exige el adecuado «equilibrio» de regulaciones (sirve de referencia la STC de 30 de abril de 2015, en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1884-2013). Lo que no debe desincentivar el desarrollo competencial, pues la opción de no regular convierte en exclusiva *de facto* la competencia del Estado, lo que supone negar, en sí mismo, las propias capacidades de la Comunidad Autónoma.

Las Comunidades Autónomas gozan de un amplio margen de maniobra para establecer un marco normativo específico en orden a regular la contratación de los servicios públicos a las personas (sanitarios y sociales), y hacerlo de forma diferenciada de los restantes servicios públicos al objeto de asegurar la consecución de los objetivos de los sistemas sanitario y social de cada uno de los Estados miembros, debiendo preservar exclusivamente la igualdad de trato entre todos los licitadores y la transparencia. La opción que se adopte, en su diseño concreto, no puede desconocer las peculiaridades de una prestación de indudable trascendencia social, donde los propios matices de cómo se ha venido prestando en los últimos años aconsejan una especial atención a cómo se viene desempeñando, y se debe desempeñar, esta actividad de servicios a las personas en los ámbitos sociales y sanitarios. Y ello porque no puede desconocerse que es una actividad de interés general que se rige, principalmente, por los principios de universalidad, solidaridad, eficiencia económica y adecuación.

Interesa destacar que el Derecho europeo de la contratación pública habilita, siempre de forma «no ordinaria», para que, en un contrato de prestaciones personales de carácter sanitario o social, se puedan adoptar reglas organizativas distintas, excepcionado de las reglas de concurrencia propias de un contrato típico de servicios o productos. Y admite, incluso, la validez de relacionarse directamente con entidades del tercer sector sin ánimo de lucro siempre que —requisito imprescindible, que exige interpretación restrictiva— colaboren, desde una óptica de solidaridad, con los fines públicos, dado el marcado carácter estratégico, desde la perspectiva de la correcta prestación, de esa colaboración.

En todo caso, parece lógico un desarrollo legal que incluya las distintas opciones jurídicas descritas, sin decantar o excluir una concreta opción, preservando la posibilidad de una aplicación práctica «complementaria». (un buen ejemplo es la Ley Balear 12/2018 de servicios a las personas en el ámbito social).

SÉPTIMA.— Desde la perspectiva de la seguridad jurídica, toda decisión sobre la prestación de servicios sanitarios y la opción de cómo articular la colaboración público privada cuando está es necesaria, exige una adecuada motivación y explicación desde el paradigma de la buena administración. Como bien se ha explicado, no es suficiente un motivo político, sino que se exige que la decisión se fundamente desde el derecho a una buena administración.

La decisión de «preferencia» de entidades del tercer sector sin ánimo de lucro vinculadas a la solidaridad frente a otras organizaciones privadas sanitarias con interés mercantil deberá justificarse en la mayor calidad y eficiencia de la prestación desarrollada por esas entidades «sociales». Esta máxima de eficiencia en la decisión, preservando obviamente la lógica de calidad, regularidad y continuidad del servicio, debe ser un parámetro clave —incluso decisivo— para justificar la decisión que se adopte. Decisión que, aun con marcado carácter discrecional, como también se ha señalado, podrá ser objeto de control jurídico, desde la perspectiva de que *«las obligaciones jurídicas de buena administración existentes en nuestro ordenamiento jurídico hacen que el derecho ya no pueda ser indiferente a la discrecionalidad (en este caso en la gestión de los servicios públicos), paradigma clásico de nuestra doctrina y jurisprudencia que debe ser superado, y que esta discrecionalidad no consista en una libertad omnímoda de elección entre alternativas ajenas a lo jurídico»*.

En relación a este punto, conviene recordar que, si la decisión administrativa impugnada «esconde» una actividad contractual pública, procederá la utilización del recurso especial regulado en los arts. 44 y ss. de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público. Debe recordarse el concepto amplio de «decisión» utilizado en el ámbito del recurso especial, declarado de forma expresa, en cuestión prejudicial, por la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 5 de abril de 2017, Marina del Mediterráneo SL y otros contra Agencia Pública de Puertos de Andalucía, que afirma que toda decisión de un poder adjudicador al que se apliquen las normas del Derecho de la Unión en materia de contratación pública, y que sea susceptible de infringirlas, estará sujeta al control jurisdiccional previsto en el artículo 2, apartado 1, letras a) y b), de la misma Directiva.

Asimismo, en la medida en que una aplicación «excesiva» de la preferencia a favor de entidades del tercer sector afecte a las reglas de la competencia (o las entidades en cuestión no cumplan los requisitos de la jurisprudencia europea para recibir un trato «preferente», como sucederá cuando solo se exija la ausencia de lucro), será posible denunciar tal situación ante las autoridades de defensa de la competencia para que valoren y, en su caso, actúen para preservar la reglas de un modelo en competencia.

En definitiva, la LCSP 2017 cumple las exigencias europeas en esta materia, al prever la posibilidad de acción concertada en servicios a las personas en el ámbito sociosanitario. En todo caso, una Ley autonómica de acción

concertada que excluya a una parte del sector sanitario o social, sin más justificación que la existencia de lucro en sus actividades, es contraria a los principios del derecho europeo y español de competencia y transparencia. Esa opción, además, no encuentra respaldo en las previsiones de la LCSP sobre acción concertada. Igualmente, una Ley que atienda a la acción concertada sobre el único criterio de ausencia de lucro es contraria al derecho europeo. Y, en consecuencia, los actos derivados de dicha Ley serían, en tanto esconden un contrato público, perfectamente impugnables (y denunciables ante CNMC y las instituciones europeas competentes).

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALBERTÍ ROVIRA, Enoch (2012): «Criterios constitucionales de la intervención pública en la economía», en libro colectivo, *La Constitución económica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 77-105.
- BAÑO LEÓN, José María y MUÑOZ MACHADO, Santiago (1989): «Libertad de empresa y unidad de mercado», en libro colectivo, *La empresa en la Constitución*, Cizur Menor, Aranzadi, pp. 211-232.
- BERNAL BLAY, Miguel Ángel (2018): «La contratación de los servicios a las personas» » en el *Tratado de Contratos del Sector Público* (Dir. E. Gamero Casado e I. Gallego Córcoles.), Tirant lo Blanch, pp. 2841-2874.
- CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco; GIMENO FELIÚ, José María; QUINTEROS OLIVARES, Gonzalo y SALA SÁNCHEZ, Pascual (2017): *Servicios públicos e ideología. El interés general en juego*. Barcelona, Profit.
- CARLÓN RUIZ, Matilde (2009): «Nuevas técnicas para nuevos tiempos: del servicio público al servicio universal», en Santiago MUÑOZ MACHADO (dir.), *Derecho de la Regulación Económica*, Tomo I, Madrid, Iustel, pp. 463-535.
- CAVALLO, Bruno y DI PLINIO, Giampiero (1983): *Manuale di diritto pubblico dell'economia*, Milán, Editorial Giuffrè Editore.
- CHINCHILLA MARÍN, Carmen (1991): «El servicio público, ¿una amenaza o una garantía para los derechos fundamentales? Reflexiones sobre el caso de la televisión», en Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (coord.), *Estudios sobre la Constitución española : Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Civitas, pp. 943-972.
- DE GISPERT PASTOR, María Teresa (1989): «La noción de empresa en la Constitución española», en libro colectivo, *La empresa en la Constitución*, Cizur Menor, Aranzadi, pp. 37-64
- ESTEVE PARDO, José (2015a): *Estado garante. Idea y realidad*, Madrid, INAP Investiga.

- (2015b): «La Administración garante. Una aproximación», en *Revista de Administración Pública*, núm. 197, pp. 11-39.
 - (2017): «Perspectivas y cauces procedimentales de la remunicipalización de servicios», en *Revista de Administración Pública*, núm. 202, pp. 305-336.
- FERNÁNDEZ FARRERES, Germán (1983): *La subvención: concepto y régimen jurídico*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales.
- (2003): «El concepto de servicio público y su funcionalidad en el Derecho Administrativo de la nueva economía», en *Justicia administrativa: Revista de derecho administrativo*, núm. 18, pp. 7-21.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón (2016): «Reflexiones sobre la sostenibilidad de los servicios públicos, un nuevo principio general en gestación», en *Revista de Administración Pública*, núm. 200, pp. 439-450.
- FONT I LLOVET, Tomàs (2016): «Organización y gestión de los servicios de salud. El impacto del derecho europeo», en *Revista de Administración Pública*, núm. 199, pp. 253-288.
- GIMENO FELLÚ, José María (1994a): «Servicio público, derechos fundamentales y Comunidad Europea», en esta REVISTA, núm. 5, pp. 127-166.
- (1994b): «Sistema económico y derecho a la libertad de empresa versus reservas al sector público de actividades económicas», en *Revista de Administración Pública*, núm. 135, pp. 149-212.
 - (2011): «El principio de eficiencia», en Juan Alfonso Santamaría Pastor (dir.), *Los principios jurídicos del Derecho administrativo*, Madrid, La Ley, pp. 1255-1274.
 - (2015a): «Servicios de salud y reservas de participación ¿una nueva oportunidad para la mejora del SNS? (Análisis de los artículos 74 a 77 de la nueva Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública)», en *Revista Derecho y Salud*, Vol. 26, núm. 2, pp. 65-85.
 - (2015b): «La Ley 3/2011, de medidas de contratos del sector público. Alcance de su contenido y valoración de sus propuestas», en libro colectivo, *eActas XXIV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Zaragoza, Justicia de Aragón, pp. 7-29.
 - (2015c): «La «codificación» de la contratación pública mediante el derecho pretoriano derivado de la jurisprudencia del TJUE», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 172, pp. 81-122.
 - (2016a): «Administración Pública y Derecho Administrativo en la Unión Europea: la consolidación de un modelo de uniformización jurídica», en José María BAÑO LEÓN (coord.), *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado*, Vol. 1, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 279-301.

- (2016b): «Reglas básicas para mejorar la eficiencia y la transparencia en la contratación pública», en *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 82, pp. 137-158.
 - (2017a) «La remunicipalización de servicios públicos locales: la necesaria depuración de conceptos y los condicionantes jurídicos desde la óptica del derecho europeo», en *Cuadernos Derecho Local*, núm. 43, pp. 31-78.
 - (2017b): «Las condiciones sociales en la contratación pública: posibilidades y límites», en *Anuario de Gobierno Local*, núm. 1/2017, pp. 241-287.
 - (2018): «El nuevo modelo concesional: hacia el necesario equilibrio entre lo público y lo privado. Las novedades de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 74, pp. 4-13.
- GOMETZ, Gianmarco (2012): *La certeza jurídica como previsibilidad*, Barcelona, Marcial Pons.
- JEZE, Gaston (1915): «Appréciation per les gouvernements et leur agents de l'opportunité d'agir: réalisation, organisation et fonctionnement des services publics», en *Revue Droit Public*, núm 1/1915.
- JOURDAN, Philippe (1987): «La formation du concept de service public», en *Revue Droit Public*, núm. 1/2017, pp. 89-118.
- LAGUNA DE PAZ, José Carlos (2009): *Servicios de interés económico general*, Cizur Menor, Civitas.
- LAZO VITORIA, Ximena (2016): «La figura del 'concierto social' tras las directivas europeas de contratación pública», en www.obcp.es (noviembre de 2016).
- LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, Lucía (2014): «La configuración poliédrica del servicio de abastecimiento de agua a poblaciones ante el mercado interior: mucho más que un servicio de interés económico general», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 163, pp. 181-215.
- MARTÍN MATEO, Ramón (2003): *El marco público de la economía de mercado*, Cizur Menor, Aranzadi.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián (2002): *Derecho Administrativo Económico I*, Madrid, La Ley.
- PAJNO, Alessandro (2016): «La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione», en Graziella DELLA TORRE (coord.), *Atti LXI. Convegno Varenna, La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Milano, Editorial Giuffrè Editore, pp. 29-74.
- PARDO GARCÍA-VALDECASAS, Juan José (2013): «El interés público y los principios comunitarios: su influencia en la modificación contractual», en Elena BILBAO

- ALEXIADES y Tomás CANO CAMPOS (coords.), *La contratación Pública: problemas actuales*, Madrid, Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, pp. 147-162.
- PAREJO ALFONSO, Luciano (1983): *Estado social y Administración pública*, Madrid, Civitas.
- PIÑAR MAÑAS, José Luis (1994): «Reflexiones sobre la privatización de empresa pública en España», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 84, pp. 557-559.
- PONCE SOLÉ, Juli (2001): *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Valladolid, Lex Nova.
- (2016a): «Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones», en *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 40, pp. 68-108.
 - (2016b): «La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 175, pp. 57-84.
- SALA SÁNCHEZ, Pascual (2014): «La garantía constitucional de los derechos económicos y sociales y su efectividad en situaciones de crisis económica», en *Revista española de control externo*, Vol. 16, núm. 46, pp. 11-122.
- SANMARTÍN MORA, María Asunción (2010): «Las competencias en materia de contratación pública en el Estatuto de Autonomía de Aragón de 2007: una oportunidad para desarrollar políticas propias», en libro colectivo, *Estatuto de Autonomía de Aragón 2007. Políticas públicas ante el nuevo marco estatutario*, Zaragoza, Gobierno de Aragón, pp. 405-428.
- TORNOS MAS, Joaquín (2008): «El principio de buena administración o el intento de dotar de alma a la Administración pública», en Iñaki AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA (col.), *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al Prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, pp. 629-641.
- (2016a): «Servicios públicos y remunicipalización», en *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 76, pp. 51-76.
 - (2016b): «La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 58-59, pp. 32-49.
 - (2016c): «El concepto de servicio público a la luz del derecho comunitario», en *Revista de Administración Pública*, núm. 200, pp. 193-211.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia (2016): «Público y Privado en la gestión de Servicios de Interés General» en Vicenç AGUADO I CUDOLÀ, Belén NOGUERA DE LA

MUELA y Vera PARISIO (coords.), *Servicios de interés general, colaboración público-privada y sectores específicos*, Valencia-Torino, G. Giappichelli Editore-Tirant lo Blanch, pp. 75-128.

Vaquer Caballería, Marcos (2011): «El criterio de la eficiencia en el Derecho administrativo», en *Revista de Administración Pública*, núm. 186, pp. 91-135.

WOEHLING, Jean-Marie (1992): «Reflexions sur le renouveau du service public», en *La Revue Administrative*, núm. 269, pp. 396-400.

WOLLMANN, Hellmut (2013): «La experiencia de los ordenamientos europeos: ¿un 'retorno' a las gestiones públicas/municipales?», en *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 31, pp. 70-80.