

## 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 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).

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 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 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 concurrencia, 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 mercado 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 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, 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 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.

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).

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.

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 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 benévolos, 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).

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 nº 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 nº 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 nº 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 conciertos concluidos con las unidades sanitarias locales conforme a la planificación y a la legislación establecida 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 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 permitírsele 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 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 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 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»;
- 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 in-aplicar 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).

**José María Gimeno Feliú** en <https://dialnet.unirioja.es/>

Notas:

- (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).

- (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.
- (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 «re-municipalizadora» 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».
- (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 ».

- (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). *ibídem*, 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. WOEHLING (1992: pp. 396-400). También CHINCHILLA MARÍN (1991: p. 964) y GIMENO FELIÚ (1994a).
- (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.).
- (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).
- (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.).
- (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 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.
- (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).
- (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 decisonal 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.
- (36) Sobre el significado de esta jurisprudencia me remito a mi opinión publicada en [www.obcp.es](http://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).
- (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).
- (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

Publicado: Sábado, 18 Mayo 2024 09:08

Escrito por José María Gimeno Feliú

---

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 FELIÚ (2017b: pp. 272-284).

- (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)