

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 (TRLCSP), 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 TRLCSP (principio de igualdad de trato y no discriminación de los licitadores) y del Derecho de la UE, así como la infracción del artículo 149.1.18ª 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 Interkommunalevoor 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 declarara 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 aquélla, 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

reconoscibilidad 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 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 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 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 FELIU, 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, uno 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).

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)

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 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:

- 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.
- 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 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 omnimoda 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 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 aquélla 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 la 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 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 la actividad y otras de control o intervención— de carácter vertical y horizontal. Y 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, 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 co-iniciativa 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):

- 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) (58).
- 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 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 socio-sanitario. 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).

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

Notas:

- (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 toda 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 FELIÚ (2015b). Lo explica también, en su obra, SANMARTÍN MORA (2010).
- (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 porqué 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 un pretensión política se defienda desde la perspectiva estrictamente legal, y merezca y requiera la necesaria respuesta jurídica)».
- (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).
- (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.
- (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 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 la tipología contractual contenida en la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público.
- (48) De especial interés son las muy acertadas reflexiones de PONCE SOLÉ (2016b).
- (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).
- (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).
- (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».
- (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)