

SERVICIOS DE SALUD Y RESERVAS DE PARTICIPACIÓN ¿UNA NUEVA OPORTUNIDAD PARA LA MEJORA DEL SNS?

**Análisis de los artículos 74 a 77 de la nueva
Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública**

José María Gimeno Feliú
Catedrático Derecho Administrativo
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. Los principios de la regulación de la contratación pública y el valor interpretativo de las nuevas directivas de contratación; II. La delimitación del tipo de contrato de gestión de servicios públicos. Su incidencia práctica en el ámbito sanitario; III. Las “especialidades” en la contratación del ámbito sanitario previstas en la Directiva 2014/24. Posibilidades de transposición; IV. Un problema de organización: los denominados medios propios y su régimen jurídico; V. Recapitulación.

I. LOS PRINCIPIOS DE LA REGULACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. EL VALOR INTERPRETATIVO DE LAS NUEVAS DIRECTIVAS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA ANTES DEL VENCIMIENTO DEL PLAZO DE TRANSPOSICIÓN

Las nuevas Directivas de contratación pública (23, 24 y 25 de 2014, de 26 de febrero), la denominada “cuarta generación”, persiguen dos objetivos complementarios: el primero es incrementar la eficiencia del gasto público, para lo cual resulta crucial aumentar la eficiencia de los procedimientos de contratación, lo que pasa por su racionalización y simplificación¹. El otro objetivo complementario es permitir que los compradores utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes, como proteger el medio ambiente, hacer un uso más

eficiente de los recursos y de la energía y luchar contra el cambio climático, promover la innovación y la inclusión social y asegurar las mejores condiciones posibles para la prestación de servicios públicos de alta calidad². Estas Directivas, cuyos principios se extienden a todas las fases de la contratación (artículo 18 de la Directiva 2014/24) vienen a superar la lógica “armonizadora” de sus predecesoras y optan, como señala G.A. BENACCHIO por prescindir del establecimiento de reglas excesivamente rígidas e invasivas en favor de la promoción de los objetivos

¹ Lógicamente, sobre esta cuestión, me remito a mi reciente monografía *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

² Vid. J.A. MORENO MOLINA, “La cuarta generación de Directivas de la Unión Europea sobre contratos Públicos”, en libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2012*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 115 a 163; J.A. MORENO MOLINA, y DOMÍNGUEZ ALONSO, “El nuevo derecho de la Unión Europea sobre contratación pública”, en la obra colectiva *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas-Thomson, Cizur Menor, 2014, pp. 139-164; M.M. RAZQUIN, “Las nuevas Directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos clave y propuestas para su transformación en España”, RAP núm. 196, 2015, pp. 97-13 y J.M. GIMENO FELIÚ, “Las nuevas Directivas –cuarta generación– en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública”, REDA núm. 159, 2013, pp. 25-89.

de simplificación y eficiencia³. Son textos, por lo demás, de mayor “densidad” que sus predecesoras y se siguen observando parecidas deficiencias técnicas que complican la correcta adaptación de sus reglas a las normas nacionales⁴. Pero a pesar de todo, en mi opinión, suponen un importante avance pues han de permitir replantear el modelo teórico y práctico de la legislación de contratación⁵.

El plazo de transposición de estas Directivas finaliza el 18 abril de 2016, lo que obligara a la adopción de una nueva norma legal (o dos, si contamos con la regulación en los denominados sectores “especiales” de agua, energía, transporte y servicios postales) que sustituirán al vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (Real Decreto Legislativo 3/2011, así como a la Ley 31/2007, de contratación en los sectores “especiales”). Y para ello ya se ha preparado un Anteproyecto, cuya fase de información pública se ha cumplimentado y que contiene importantes novedades⁶.

Ciertamente, la obligación de transposición debe ser considerada como una “nueva” oportunidad para regular correctamente una materia tan sensible y de tanta importancia económica y social⁷. Transposición que, además de simplificar y favorecer una transparencia efectiva debe preservar la idea de uniformidad jurídica como fin en si mismo, por lo que deben preverse soluciones normativas donde resulte indiferente la cuantía o importe del contrato. Los objetivos de las nuevas Directivas –y los principios que

las inspiran, que se extienden a todas las fases del contrato⁸– deben servir de modelo general para toda la contratación pública⁹.

Es momento también para actualizar los conceptos y pilares sobre los que se diseñó el modelo institucional del contrato administrativo en España, donde la idea basilar de las “prerrogativas administrativas” cede a favor de un modelo de igualdad de trato, eficiencia e integridad en la gestión de los fondos públicos¹⁰. Por supuesto, debe hacerse un esfuerzo por incorporar las nuevas categorías y conceptos, pues solo así se puede consolidar el objetivo de uniformidad jurídica pretendido por la normativa comunitaria¹¹. Lo que exige un contexto de predictibilidad de normas y de confiabilidad en el modelo de compra, vinculado a la idea o regla de la integridad. Principios alejados de una visión burocrática de la contratación pública, que lo que pretenden es modernizar y racionalizar los modelos productivos y de provisión de servicios desde una perspectiva estratégica tanto en la planificación como en la adquisición

8 Sobre el concreto significado y consecuencias de estos principios me remito a las monografías de J. A. MORENO MOLINA *Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas*, Bomarzo, Albacete, 2006 y C. VIANA, *Os principios comunitarios na contratação pública*. Coimbra Editora, 2007.

9 Vid. X. CODINA GARCÍA-ANDRADE, “La doctrina de las obligaciones positivas del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en la contratación pública: arquitectura constitucional europea y nuevas Directivas”, *Revista española de derecho europeo*, núm. 50, 2014, pp. 73-101.

10 Idea que expone con claridad el trabajo de J.L. MELLAN GIL, “Las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos: propuesta de revisión”, *RAP* núm. 191, 2013, pp. 11 y ss. Esta necesidad de actualización es evidente en los temas de los modificados contractuales (p. 30). En el fondo, se diluye la categoría del contrato administrativo, caracterizado, por un derecho exorbitante, de tal manera que el enigma del contrato administrativo (en sugerentes palabras de ARIÑO ORTIZ, “El enigma del contrato administrativo”, *RAP* núm. 172, 2007, pp.79-102) parece resolverse hacia una regulación del contrato público ya no justificada en el *imperium*, sino en la transparencia para preservar un modelo de concurrencia.

11 No puede olvidarse que, como bien recuerda J. B. AUBY (“*Comparative approaches to the rise of contract in the public sphere*”, *Public Law*, spr, 2007, p. 57), los distintos ordenamientos jurídicos nacionales se enfrentan a los mismos problemas y que lo hacen con un grado de similitud superior al que uno pueda inicialmente imaginar. Por ello, un “lenguaje único” es un objetivo irrenunciable. De ahí la importancia de la jurisprudencia del TJUE, que debe seguir siendo el principal parámetro interpretativo de esta nueva normativa comunitaria (que no se caracteriza por la técnica normativa ni fácil comprensión de lo dispuesto). Sobre esta rol de la jurisprudencia comunitaria me remito al trabajo de M. COZZIO, “La función de la jurisprudencia en el proceso de europeización de las reglas de contratación pública”, en libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos* 2012, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 89-114.

3 Vid. “Verso le Direttive di quarta generazione”, en G.A. BENACCHIO/M. COZZIO *Gli appalti pubblici: tra regole europee e nazionali*, Egea, Milano, p. 8.

4 Especialmente crítico, también con el Derecho de la Unión Europea, se manifiesta J. SANTAMARIA PASTOR, “La constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública” *Revista Española de Derecho Administrativo*, número 159, 2013, p. 35.

5 Me remito a mi monografía *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

6 Sobre las principales novedades de esta nueva normativa me remito a mi trabajo “El valor interpretativo de las directivas comunitarias sobre contratación pública y del derecho “pretoriano”. Las opciones de transposición en España en la propuesta de reforma”, en libro *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 31-46.

7 Sin olvidar el carácter estructurante del ordenamiento jurídico de esta norma, por bien ha explicado M. CARLON en su trabajo “La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y su carácter estructurante del ordenamiento jurídico”, en libro colectivo dirigido por R. GOMEZ-FERRER MORANT *Comentarios a La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 1801-1823.

y ejecución de los contratos públicos. En pleno siglo XXI, caracterizado por una globalización económica y una competencia sobre modelos diversos de productividad, la estrategia sobre cómo realizar las adquisiciones públicas, se presenta como el principal elemento diferenciador en la propia configuración del modelo económico y social.

Además, y desde la coherencia del modelo, el contenido “armonizado” que se propone en las Directivas, debe servir de referencia también en los contratos no cubiertos, sin que sea posible regulaciones que comporten efectos contrarios a las reglas y fines de la contratación pública¹². Esto significa que los principios comunitarios inherentes a la contratación pública son de directa aplicación a cualquier contrato, sea o no “armonizado”, evitando que existan en la práctica ámbitos de la contratación pública exentos en función su umbral¹³.

Como ya se ha dicho, las Directivas, que entraron en vigor a los 20 días de su publicación, conceden un plazo de transposición a los Estados de dos años (18 de abril de 2016). La transposición en España, a diferencia de otros países, se articula mediante la tramitación ordinaria de un proyecto de ley, preparado

por el Gobierno de la Nación¹⁴. Esta opción supone en la práctica que la transposición de las Directivas “agote” o supere dichos plazos, lo que plantea problemas jurídicos ya sea a nivel interpretativo, ya sea a nivel de efecto directo, una vez se cumpla el plazo de transposición si no se ha producido la incorporación de la regulación de las Directivas¹⁵.

14 Esta forma de transposición comporta problemas tanto en el cumplimiento de plazos, como de contenido (me remito a mi trabajo “La incorporación del Derecho comunitario al ordenamiento nacional”, Noticias UE núm. 267, 2007, pp. 61-67). Interesa recordar la Recomendación de la Comisión, de 12 de julio de 2004, relativa a la transposición al Derecho nacional de las Directivas que afectan al mercado interior (texto pertinente a efectos del Espacio Económico Europeo) en la que se advierte que, debido a la falta de rigor en la transposición de las Directivas relativas al mercado interior por parte de los Estados miembros, la Comisión les recomienda que adopten mejores prácticas para una transposición correcta y dentro de los plazos establecidos. En la línea de la Recomendación de la Comisión, conviene apuntar soluciones de técnica legislativa. Si la transposición requiere un acto de los Estados miembros, este acto debería ser un trámite con regulación específica que permitiera una rápida reacción y que lo distinguiera de los tramites legislativos ordinarios.

Una opción, siguiendo el modelo de derecho comparado, podría consistir en que al incorporación al derecho nacional se hiciera mediante acto o resolución de un órgano especializado. En esta línea, el profesor L. MARTIN-RETORTILLO (*La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*, Civitas, 2004, pp. 186-187) ha propuesto crear una especie de Gabinete de Vigilancia que avise al gobierno y Parlamento de la existencia de sentencias condenatorias -y entiendo que del efecto directo de las normas y de contravenciones de normas estatales de derecho comunitario en sus distintas variantes- que bien podría descansar en el Ministerio de Justicia o en el Consejo de Estado. Esta última propuesta es ciertamente sugerente y bastaría con una reforma de la Ley Orgánica del Consejo de Estado, encajando con las funciones inherentes a este órgano constitucional. También podrí a pensarse en atribuirse esta función a la Comisión Mixta para la Unión Europea, creada por Ley 8/1994, de 19 de mayo, dado que el objetivo específico de esta Comisión es participar en las propuestas legislativas de la Comisión Europea y en el seguimiento del derecho comunitario por autoridades nacionales. También podría optarse por adoptar medidas en el plano de política legislativa (como tienen en otros Estados: Por ejemplo, en Italia mediante Ley anual de transposición de normas comunitarias o en Reino Unido mediante decisión del Gobierno dando cuenta al Parlamento), que obligarían, eso sí, a una reforma constitucional. Otra opción (propuesta de G. ISAAC, *Manual de Derecho Comunitario General*, Ariel, Barcelona, pp. 236-237), sería prever un procedimiento específico de trasposición de las Directivas que fueran similar a la técnica de la delegación legislativa recepticia contenida en los artículos 82 a 86 de nuestra Carta Magna, de tal manera que una Directiva se considerase como una ley de bases con un plazo para aprobar el correspondiente Real Decreto legislativo idéntico al plazo de transposición de la Directiva, estableciendo la plena eficacia de esa “Ley de Bases Comunitaria” -coincidente con la Directiva- caso de vencerse el plazo de mandato. Desde esta perspectiva se cumpliría siempre en plazo con el derecho comunitario, sin necesidad de aplicar la doctrina del efecto directo.

15 Labor que corresponde al juez nacional como juez comunitario (por supuesto, a los órganos de recursos contractuales, en España), tal y como se pone de manifiesto en la STJUE de 2 de junio de 2005, Koppensteiner GmbH, al afirmar que cuando una norma comunitaria establece previsiones que “son

12 No en vano, la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (2006/C 179/02, de 1 de agosto de 2006) insistía en esta interpretación. Comunicación cuya legalidad y conformidad con el Derecho europeo fue confirmada por la STJUE de 20 de mayo de 2010, en el asunto T-258/06, que resolvió el recurso de anulación contra la Comunicación por Alemania, al que se adhirieron como partes coadyuvantes Francia, Austria, Polonia, Países Bajos, Grecia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Parlamento Europeo.

13 Vid. el trabajo de J. A. MORENO MOLINA “Un mundo para SARA, una nueva categoría en el Derecho español de la contratación pública, los contratos sujetos a regulación armonizada”, RAP núm. 178, 2009, pp. 175-213. Con la positivización de esta categoría se pretende, en suma, modelar la aplicación de las normas de la Directiva en los diferentes contratos del sector público, restringiéndola solo a los casos exigidos por dicha norma y diseñando para los demás, como declara la Exposición de Motivos un régimen par el que el legislador nacional tiene plena libertad. Y es que, como bien afirma J.M. BAÑO LEON, no cabe que un concepto de la legislación de contratos públicos se interprete de una forma cuando el contrato está condicionado por las Directivas comunitarias que cuando no lo está. “La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”, RAP 151, 2000, p. 13. Opinión que comparte E. CARBONELL PORRAS en su trabajo “El título jurídico que habilita el ejercicio de la actividad de las sociedades mercantiles estatales de infraestructuras viarias. ¿Convenio o contrato administrativo?”, en libro col. Estudios de Derecho Público Económico, Civitas, Madrid, 2003, p. 392.

Interesa en este momento advertir el efecto jurídico inmediato de las Directivas de 2014 -ya vigentes- sin necesidad de esperar al cumplimiento del plazo de transposición (y el eventual efecto directo)¹⁶. Así deriva de la doctrina fijada por la STJUE 4 de julio de 2006, *Adeneler* y otros (Asunto C-212/04), que recuerda que si bien resulta incuestionable que la obligación general de interpretación conforme (interpretación del Derecho interno de conformidad con la directiva) nace únicamente a partir de la expiración del plazo de transposición de ésta, una Directiva produce efectos jurídicos frente al Estado miembro destinatario a partir de su publicación (no en vano las

incondicionales y suficientemente precisas para conferir un derecho a favor de un particular que éste puede invocar, en su caso, frente a una entidad adjudicadora como BIG. En estas circunstancias, el órgano jurisdiccional competente debe dejar sin aplicar las normas nacionales que le impiden cumplir la obligación que se desprende de los artículos 1, apartado 1, y 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 89/665.” (negrita nuestra). Esto nos obliga a interpretar la legislación nacional de forma compatible a los principios e intereses públicos de las Directivas. En todo caso, conviene recordar que cuando se produzca la transposición al ordenamiento español de la citada normativa comunitaria no podremos por ese hecho “olvidarnos de ella en el día a día”, ya que desde una perspectiva estrictamente formal, la norma nacional y sus modificaciones exigen un detallado examen de sus condiciones o requisitos técnico-formales a fin de determinar su validez, pues en la medida en que se vaciara de contenido preceptos de las Directivas comunitarias sería de aplicación la jurisprudencia contenida en el Auto del TJUE de 22 de abril de 1994, en la que se afirma que el incumplimiento del contenido de una Directiva aplicable a un contrato público constituye un perjuicio grave para la legalidad comunitaria, de tal manera que en el mismo se reconoce a la Comisión, en su condición de guardiana de los Tratados, la posibilidad de incoar un procedimiento sobre medidas provisionales paralelamente a un recurso por incumplimiento vinculado a un procedimiento impugnado de adjudicación de un contrato público.

16 En extenso, sobre este valor interpretativo de las Directivas me remito a mi trabajo “El valor interpretativo de las directivas comunitarias sobre contratación pública y del derecho “pretoriano”. Las opciones de transposición en España en la propuesta de reforma”, en libro *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, ob. cit., pp. 23- 31. Como indica L. MARTIN-RETORTILLO (*La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*, Discurso leído el día XXV de octubre de 2004, en su recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, p. 100), el derecho comunitario penetra en los ordenamientos nacionales y desgarrar y descalifica cualquier opción interna que sea incompatible a través de la técnica de la inaplicabilidad. En torno a la obligación de interpretación TRLCSP conforme al Derecho comunitario, resulta de especial interés el estudio de J. A. MORENO MOLINA, “La insuficiente incorporación del Derecho comunitario de la contratación pública en la Ley de contratos del sector público”, *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. X, 2008, ob. Cit., pp. 49 – 87, recordando la importancia del principio de interpretación conforme a las exigencias del derecho comunitario –con fundamento en las Sentencias del TJUE de 5 de octubre de 1994, *Van Munster*, C -165/91 apartado 34 y de 26 de septiembre de 2000, *Engelbrecht*, C-262/97, apartado 39-, al tiempo que enfatiza el papel que éstas desempeñan al tiempo de aplicar los múltiples conceptos jurídicos indeterminados existentes en el TRLCSP.

Directivas despliegan su eficacia desde que entran en vigor). Y ello porque solo así (como bien advirtiera el profesor GARCIA DE ENTERRIA) puede preservarse el efecto útil de la normativa comunitaria. Máxime cuando las propias Directivas están imponiendo una determinada interpretación de las normas nacionales, una interpretación *secundum directivam*. Esto explica, además, la obligación de los órganos jurisdiccionales nacionales de realizar una interpretación del Derecho nacional lo más conforme posible al Derecho comunitario (existe reiterada jurisprudencia: en particular, las sentencias de 10 de abril de 1984, *Von Colson y Kamann*, apartado 26; de 5 de octubre de 2004, *Pfeiffer* y otros, apartados 113 a 119 y la jurisprudencia allí citada, y de 4 de julio de 2006, *Adeneler*, apartados 108, 109 y 111).

Desde esta perspectiva, las previsiones de las Directivas de contratación pública, durante en plazo de transposición y hasta que esta fuera efectiva, deben desplegar, cuando menos, un efecto interpretativo que preserve el efecto útil de la nueva regulación (caracterizada, no se olvide, por el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea) lo que obliga a que se reinterpreten las normas nacionales todavía no modificadas o adaptadas en el sentido de “rechazar” las que suponen ir en contra de lo que ahora se regula. Se trataría, en definitiva, de un deber jurídico de abstención, a realizar interpretaciones que puedan comprometer gravemente el éxito de las Directivas ya en vigor. Este principio de interpretación conforme, en sentido negativo de abstención, debe operar como criterio exegético desde el mismo momento de entrada en vigor de las Directivas en tanto normas directamente aplicables. Es la consecuencia que se deduce de la doctrina fijada en la STJUE la sentencia de 18 de diciembre de 1997, as. 129/96 *Inter Environment Wallonie*, al advertir que durante el plazo de transposición “debe abstenerse de adoptar disposiciones que puedan comprometer gravemente el resultado prescrito por la Directiva”. Como ha indicado M. BELLIDO BARRIONUEVO “desde que la directiva comunitaria es publicada o notificada a los Estados miembros produce efectos jurídicos, en primer lugar y tal y como indicaba el TJUE en la jurisprudencia *Kolpinguis*, las autoridades nacionales deben interpretar su Derecho nacional a la luz de la directiva comunitaria, en segundo lugar, los Estados deben abstenerse de adoptar disposiciones que puedan comprometer gravemente el resultado prescrito por la directiva comunitaria”¹⁷.

17 M. Bellido Barrionuevo, “La eficacia interpretativa de la Directiva comunitaria durante el periodo de transposición. El efecto anticipación de la Directiva en conexión con el efecto

En todo caso, el principio de seguridad jurídica será un límite, pues la interpretación conforme no puede conducir a una interpretación *contra legem*, pues en este caso ya no estamos ante una mera interpretación sino ante otro escenario diferente de desplazamiento, de forma indebida, de normas válidas. Tal opción implicaría, en la práctica, la anticipación del efecto directo derivado del deber de incumplimiento de transposición y tal opción no es admisible dentro del sistema de articulación de ordenamientos jurídicos comunitario/nacional (sirva de ejemplo la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 24 de octubre de 2013, Asunto Comisión/España c-151/12)¹⁸.

Así lo ha entendido también la Abogacía del Estado en su Informe 3/2015, de 27 de enero de 2015, en relación sobre la posibilidad de que la Empresa Nacional de Residuos Radioactivos Sa (ENRESA) utilice a la Empresa para la Gestión de Residuos Industriales SA (ENGRISA) como medio propio y servicio técnico, donde se defiende la aplicación de las previsiones del artículo 12 de la Directiva 2014/24. Similar parecer ha sido también aplicado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña en su Informe 19/2014, de 17 de diciembre, *sobre Previsiones con incidencia en materia de PYMES de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la cual se deroga la Directiva 2004/18/CE. Análisis de su aplicabilidad*. Así, en relación a la posibilidad de articular lotes (artículo 46 de la Directiva 24/2014), se defiende que:

“la opción de limitar el número de lotes al cual las empresas pueden presentar ofertas y el número de lotes a los que pueden resultar adjudicatarias, son plenamente aplicables en la actualidad, en tanto que no contravienen el régimen jurídico vigente en materia de contratación pública, tanto comunitario como interno –más teniendo en cuenta que su aplicabilidad no se deja a elección

bloqueo”, [Cuadernos de Derecho Público. 1997-2007. Número 24](#).

18 La Comisión reprochaba a España una inadecuada transposición de la directiva marco de aguas. En especial, la problemática se centraba en que la Orden ARM/2656/2008 limitaba expresamente su aplicación a las cuencas hidrográficas intercomunitarias, por lo que el argumento del gobierno español (obviamente, para evitar la condena) postulando una aplicación extensiva de la referida Orden a las cuencas hidrográficas intra-comunitarias, supondría una aplicación que excedía del tenor de la citada norma (así parece inferirse de la sentencia y, con mucha más claridad, de las conclusiones del abogado general

de los estados miembros, tal como se desprende de la dicción literal de la Directiva, al hacer referencia a que “los poderes adjudicadores podrán”, “precisarán”, “estarán facultados”.

*De hecho, estas previsiones en relación con los lotes introducidas en la Directiva 2014/24/CE no hacen más que confirmar la viabilidad jurídica y la conformidad al derecho comunitario de las posibilidades que, en relación con la división del objeto de los contratos en lotes, ya se dan en la actualidad; de manera que las previsiones sobre este aspecto de la Directiva no implican nuevas posibilidades para los poderes adjudicadores, sino **únicamente** su mención explícita para “animar a los poderes adjudicadores a, en particular, dividir grandes contratos en lotes” con la finalidad de aumentar la competencia y facilitar la participación de las PYME en la contratación pública (considerando 78 de la Directiva 2014/24/CE)”¹⁹.*

Por supuesto, se deberá aplicar ya la Directiva si son previsiones que desarrollan o refuerzan las previsiones de las anteriores Directivas o si son plasmación de doctrina del TJUE. Así, en este Informe se concluye que se pueden aplicar las previsiones de compra conjunta y que se consideran como buenas prácticas ya aplicables actualmente, la aplicación de las previsiones de la Directiva 2014/24/CE relativas a la reducción de cargas administrativas de los operadores económicos mediante, tanto los certificados de inscripción en el registro de empresas licitadoras, como la admisión de declaraciones responsables para participar en los procedimientos de contratación pública; la no exigencia de un volumen de negocios mínimo anual superior al doble del valor estimado del contrato, excepto en casos debidamente justificados; y efectuar consultas del mercado con vistas a preparar la contratación e informar a los operadores económicos sobre sus planes y sus requisitos de contratación

En definitiva, existe ya fuerza jurídica de las nuevas Directivas de contratación pública de la que deriva que, antes del plazo de transposición de las Directivas sea posible la interpretación conforme a las mismas del marco nacional vigente (como ya ha realizado en el Acuerdo 37/2014, de 30 de junio de 2014, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, o en la Resolución **núm. 143/2014**

19 Criterio igualmente aplicado –con la cita de la jurisprudencia europea expuesta– por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su Informe 7/2015.

del Tribunal administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, de 10 de septiembre de 2014 al utilizar el concepto de riesgo operacional para delimitar cuando existe una concesión de servicios, y que se regula en la Directiva 23/2014, de concesiones), siempre con el objetivo de no realizar una interpretación que puedan frustrar la finalidad (obviamente futura) de las Directiva y que no se comporte como una interpretación *contra legem*²⁰. Solo así se garantiza un efecto útil del Derecho de la Unión europea que es, por supuesto, de obligado conocimiento por cualquier operador jurídico (el reciente Acuerdo del TACPA 60/2015, de 15 de mayo, con la cita de la doctrina *Adeneler*, recuerda la vigencia de las nuevas Directivas y sus consecuencias prácticas).

Junto a este valor interpretativo de las Directivas comunitarias, no puede desconocerse la **existencia de un derecho pretoriano que vertebra el sistema**²¹. En un una materia tan sensible y a la vez tan cambiante, existe una importante “fuente de derecho”, ya que la jurisprudencia del TJUE de la Unión Europea 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 Europea²². De hecho, son, en la práctica, una especie de codificación, que dota de coherencia y seguridad jurídica al sistema. Así, los conceptos “comunitarios” deben ser interpretados

20 El Informe 7/2014, de 13 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón ya utiliza esta práctica interpretativa al determinar el valor estimado del contrato: “... el valor estimado es el importe total «a pagar» (el TRLSCP habla de «pagadero» y el artículo 5.1 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, se refiere al importe total a pagar), y no el importe «a percibir» el poder adjudicador por el uso de sus instalaciones. En segundo lugar, porque el contratista percibe un precio cierto, expresado en euros, como contraprestación de su servicio, con independencia de quien lo abone. El hecho de que el valor estimado lo determine el órgano de contratación no implica que sea éste quien deba abonarlo en todo caso. Aquí más bien resulta de aplicación la previsión del artículo 8 de la Directiva 23/2014, de concesiones: «el volumen de negocios total de la empresa concesionaria generados durante la duración del contrato, excluido el IVA, estimado por el poder adjudicador o la entidad adjudicadora, en contrapartida de las obras y servicios objeto de la concesión, así como de los suministros relacionados con las obras y los servicios.

21 Me remito en extenso a mi trabajo “La “codificación” de la contratación pública mediante el derecho pretoriano derivado de la jurisprudencia del TJUE”, próxima publicación en REDA 2015.

22 En relación con el impacto de la jurisprudencia en el proceso de creación de las reglas sobre contratación pública, vid. COZZIO M., «La función de la jurisprudencia en el proceso de europeización de las reglas de contratación pública», en Gimeno Feliú (Dir.), *Observatorio de Contratos Públicos 2012*, Civitas, 2013.

de conformidad con la doctrina fijada por el TJUE²³. Doctrina que debe ser conocida y respetada por los distintos intérpretes o aplicadores de las reglas de la contratación pública, lo que limita interpretaciones o prácticas nacionales que pretendan una visión “local” de las normas de contratos públicos²⁴. Existe, en consecuencia, una “armonización” a escala de doctrina TJUE que impide que se laminen los principios de la contratación pública y que exige una interpretación funcional (y no formal)²⁵. Esto explica porque los órganos de control nacionales, en tanto “juez comunitario”, aplican esta doctrina²⁶.

II. LA DELIMITACIÓN DEL TIPO DE CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS. SU INCIDENCIA PRÁCTICA EN EL ÁMBITO SANITARIO

En el ámbito de los servicios sanitarios resulta imprescindible la correcta delimitación de los tipos contractuales y, en concreto, el alcance y significado del contrato de gestión de servicios públicos, interiorizado como seña de identidad en la gestión de las políticas públicas sanitarias. Y ello porque – erróneamente- se ha vinculado la prestación sanitaria directa a los ciudadanos con la idea de un “servicio

23 Vid. CHINCHILLA MARÍN, C.: “La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (I). Ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de las Directivas”, en la obra colectiva *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 33-79; y M. SANCHEZ MORON, “La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (II). Adjudicación de los contratos y recursos en materia de contratación”, en la obra colectiva *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 81-102.

24 Para conocer como se ha realizado la transposición de la normativa de contratación pública en los distintos Estados miembros es de especial interés la excelente monografía anteriormente citada, dirigida por M. SANCHEZ MORON: *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Lex Nova, Valladolid, 2011

25 Como explica muy bien C. CHINCHILLA MARIN (“La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos...”, ob. cit., pp. 38-39), la interpretación del derecho comunitario de los contratos públicos debe respetar tres reglas: a) se debe realizar desde la lógica del derecho comunitario y no desde los derechos nacionales, b) la interpretación debe tener un alcance funcional/finalista y c) debe practicarse una interpretación amplia del derecho comunitario cuando se pretende determinar, en clave positiva, el ámbito de aplicación de esta normativa y, por el contrario, estricta, si se trata de “excluir” su aplicación.

26 Esta jurisprudencia es parámetro interpretativo de los derechos nacionales, pero su influencia se extiende también al cuerpo normativo. Lo destaca bien M. SANCHEZ MORON, “La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (II)...”, ob.cit., p.82.

público esencial²⁷. Así, la Recomendación 1/2011, de 6 de abril de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, advertía que resulta insuficiente el criterio de diferenciación basado en que la distinción entre los contratos de servicios y gestión de servicios públicos basado en el destinatario de la prestación, de modo que ahora los factores distintivos pueden ser mejor el régimen de la prestación del servicio y de explotación del mismo. Argumentando (con fundamento en la Sentencias del TJUE Wasser y Privater), que se está en presencia de un contrato de servicios –y nunca de un contrato de gestión de servicios públicos- cuando el contratista no asuma riesgos en la explotación.

Se constata, en suma, por influencia del derecho comunitario, el carácter enormemente amplio del contrato de servicios, que abarca ahora prestaciones

27 Especialmente relevante a estos efectos es el Informe 26/09, de 1 de febrero de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, que ha declarado que los contratos de gestión de servicios sociales evidentemente deben incluirse dentro de la figura genérica que nuestra Ley de Contratos del Sector Público denomina contrato de servicios. En efecto, de conformidad con el artículo 10 del TRLCSP, “son contratos de servicios aquéllos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro. A efectos de aplicación de esta Ley, los contratos de servicios se dividen en las categorías enumeradas en el Anexo II”. De lo cual debemos deducir que si la gestión de servicios sociales se encuentra incluida en alguna de las categorías que contiene el Anexo II de la Ley, deberá calificarse como un contrato de servicios (el mencionado Anexo en su categoría 25 se refiere expresamente a los “Servicios Sociales y de Salud”, lo que inevitablemente nos lleva a caracterizar este contrato como de servicios).

Igualmente, en su Informe 23/2010, de 23 de julio, afirmando –citando como fundamento el derecho comunitario- que: **«De las circunstancias anteriores debe considerarse que la asunción del riesgo de explotación por el concesionario resulta indispensable para atribuir a la relación jurídica que examinemos la condición de concesión de servicios. Las restantes condiciones, el hecho de que la prestación vaya destinada de forma directa a su utilización por los particulares y que la organización del servicio se encomiende en mayor o menor grado al concesionario son consecuencias, bien del mismo concepto de servicio público que tiene el objeto de la concesión, bien de la propia exigencia de asunción del riesgo derivado de la explotación del servicio.»**

De lo anterior se desprende que cuando un negocio jurídico, aunque reúna algunas características de la concesión, como es el caso de que se encomiende la organización del servicio al contratista, pero no contemple la asunción del riesgo de explotación tantas veces mencionado, no podrá considerarse a los efectos de la legislación de contratos del sector público como una concesión de servicios.

En tales casos, la configuración que deba atribuirse podrá ser la propia de un contrato de servicios cuando el objeto del mismo sean “prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro» (art. 10 TRLCSP), de las incluidas en alguno de los epígrafes que contiene el Anexo II de la misma”.

que antes constituían gestión de servicios públicos, y numerosos contratos calificados tradicionalmente como contratos administrativos especiales, por no tener cabida el objeto de prestación en las prestaciones propias del contrato de servicios.

En definitiva, que el contrato de gestión de servicios público exige ya una delimitación desde la óptica del derecho comunitario ya que sin transferencia de riesgos estaremos siempre en presencia de un contrato de servicios. Y así se expresa ahora de forma clara la Directiva 2014/23, de concesiones, al referirse a la «concesión de servicios» como “*un contrato a título oneroso celebrado por escrito entre uno o más operadores económicos y uno o más poderes o entidades adjudicadores, cuyo objeto es la prestación de servicios diferentes de los recogidos en los puntos 2 y 4, y la contrapartida de dichos servicios es, bien el derecho a explotar los servicios objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago*”²⁸.

Es preciso comprobar, por tanto, si el modo de remuneración acordado consiste en el derecho del prestador a explotar un servicio e implica que éste asume el riesgo de explotación del servicio en cuestión. Si bien este riesgo puede ser ciertamente muy limitado desde el primer momento, la calificación de concesión de servicios requiere no obstante que la entidad adjudicadora transfiera al concesionario la totalidad o, al menos, una parte significativa del riesgo que corre. Obviamente, el riesgo de explotación económica del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio. Así, riesgos como los vinculados a una mala gestión o a errores de apreciación del operador económico no son determinantes a efectos de calificar un contrato como contrato público o como concesión de servicios, puesto que tales riesgos, en efecto, son inherentes a cualquier contrato, ya

28 Por todos, los trabajos de F. HERNANDEZ GONZALEZ, “La nueva Directiva de concesiones. Un largo viaje con final esperado”, el libro col. *Las Nuevas Directivas de Contratación Pública*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 169-240; y J. PERDIGO SOLA, “Aproximación a la Directiva 2014/23 UE, de concesiones”, en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, ob. cit., pp. 89-122.

se trate de un contrato público de servicios o de una concesión de servicios.

En la práctica esto comporta no sólo una reducción del ámbito tradicional de nuestro concepto de servicio público sino también que, en su caso, la única forma de gestión indirecta sea la concesión y no la gestión interesada, ni el concierto ni la sociedad de economía mixta al no cumplir los requisitos exigidos por la jurisprudencia del TJCE²⁹. Lo que no supone negar ni la acción concertada ni la decisión organizativa de crear empresas mixtas sino solamente aclarar que estas técnicas no permiten eludir las reglas de contratación pública derivada de las Directivas. Y así se ha interpretado en el ámbito de la salud. Sirvan como ejemplo los Acuerdos 52/2013, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de 11 de septiembre, que califica como contrato de servicios la prestación de hemodiálisis —calificado en el pliego como gestión de servicios públicos—, por no existir riesgo; o el Acuerdo 37/2014, que confirma la tesis de que la calificación de un contrato como de servicios públicos exige que exista necesariamente transferencia de riesgo operacional, pues de lo contrario, es un contrato de servicios³⁰. Y que advierte - en relación a un contrato de “Gestión de servicios públicos de un centro de día de salud mental para personas con enfermedad mental”- que *“En primer*

lugar, porque un servicio sanitario como el analizado, difícilmente encaja con modalidades de tipo concesional y transferencia de riesgos, en tanto puede desvirtuarse una prestación esencial y obligatoria contenida en la cartera de servicios del Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Familia, máxime cuando ni siquiera hay inversiones iniciales que justifiquen el modelo para una adecuada financiación. Además, y en el caso concreto, no existe transferencia de riesgos, pues ésta exige capacidad de adoptar decisiones de carácter empresarial para captar usuarios, y tal opción viene negada por los propios pliegos, ya que es la Administración sanitaria la que decide cuando se envía a un paciente al centro. Asimismo, como se reconoce en el informe al recurso, en el supuesto de no alcanzarse un mínimo de pacientes (en una escala del 25 por ciento) se garantiza el reequilibrio financiero del contrato, lo que, por sí, implica la laminación del pretendido riesgo operacional. No hay, en consecuencia, transferencia del riesgo operacional al contratista, sino pago de una cantidad fija mensual por la prestación de unos servicios a unos usuarios que el propio Departamento determina”.

En definitiva, la lógica del interés público que existe en un contrato sanitario de prestación directa a ciudadanos (que forma parte de la cartera básica de servicios) difícilmente encajara en la arquitectura de un modelo de contrato de gestión de servicios públicos. Lo que no limita en modo alguno las posibilidades de gestión ni pone en riesgo el control de este tipo de contratos³¹.

El Anteproyecto de nueva Ley de Contratos del Sector Público ha optado por esta solución. Se incorpora definición contrato servicios conforme al Derecho de la Unión Europea. Así, se incluye contrato concesión de servicios que se caracteriza por la existencia de riesgo (ya no hay contrato de gestión de servicios públicos: se eliminan las figuras del concierto y de la gestión interesada). Se adopta el **criterio del riesgo operacional** como elemento para delimitar concesión de contrato³². Y el plazo concesiones

29 Debe recordarse que la STJUE de 27 de octubre de 2005, INSALUD, C-158/03, en su apartado 32 declara que el concierto no es una modalidad de gestión de servicio público encajable en el concepto concesional y que, en puridad, es un contrato de servicios cubierto por las Directivas.” En segundo lugar, procede señalar que, a diferencia de lo que sostiene el Gobierno español, el presente asunto tiene por objeto contratos públicos de servicios y no contratos de gestión de servicios calificados de concesiones. En efecto, como se ha puesto de manifiesto en la vista, la Administración española sigue siendo responsable de cualquier perjuicio causado por una eventual irregularidad en la prestación del servicio. Esta circunstancia, que implica la inexistencia de transmisión de los riesgos relacionados con la prestación del servicio de que se trata, y el hecho de que sea la Administración sanitaria española quien retribuye el servicio respaldan la citada conclusión.”

30 Idéntico criterio ha sido adoptado por el Tribunal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en Resolución 48/2014, de 19 de marzo, por el que se considera contrato de servicios la prestación del Hospital de día psiquiátrico de niños y adolescentes, negando la existencia de riesgo operacional en un contrato de estas características. En definitiva, sin riesgo no hay contrato de gestión de servicios públicos. Criterio adoptado sin fisura por todos los órganos de recursos contractuales. Entre las más recientes, Resolución **núm. 431/2015 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 8 de mayo de 2015: “el elemento decisivo para calificar un contrato como de gestión de servicios públicos es que el adjudicatario asuma el riesgo de la explotación, de forma que su mayor o menor retribución dependerá del mayor o menor uso que hagan del servicio los destinatarios. Por el contrario, en el contrato de servicios la retribución del empresario se fija en el contrato y no depende de la utilización del servicio”**.

31 Como bien se explica en el muy interesante Informe 2/2014, de 22 de enero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre *Calificación de los contratos asistenciales sanitarios y sociales. El riesgo asumido por el contratista como elemento clave para la calificación de un contrato como gestión de servicio público. Posibilidad de incorporar cláusulas propias del régimen jurídico del contrato de gestión de servicio público a los pliegos que han de regir la ejecución de un contrato de servicios*.

32 Existen problemas derivados de SEC 2010: ahora es transferencia de riesgo de demanda, o riesgo de oferta, o de

queda vinculado al plazo necesario retorno inversiones. Por ello, desaparecen el contrato de gestión de servicios públicos y sus modalidades (salvo la concesión, obviamente), y se extiende el ámbito del contrato de servicios (con un plazo general de cinco años, pero ampliable en función de las necesidades objetivas de la prestación). Y se prevé una regulación más detallada de los servicios con atención directa a ciudadanos, como los sanitarios (artículo 310).

III. REFLEXIONES SOBRE LAS POSIBILIDADES DE “ESPECIALIDADES” EN LA CONTRATACIÓN DEL ÁMBITO SANITARIO/SOCIAL. LAS PREVISIONES DE LA DIRECTIVA SOBRE RESERVA DE CONTRATOS

Interesa desarrollar la cuestión, de indudable interés práctico, de si es posible, y con que reglas, una contratación pública fijada en la idea de “estrategia social”, y, más en concreto, que posibilidades de “adaptación” se podrían incorporar a la contratación en ámbitos con la sanidad o servicios sociales, cuando se prestan servicios directos a ciudadanos.

En el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público se regulan los Contratos reservados (mediante Disposición Adicional), donde se señala que se fijará un porcentaje mínimo de reserva del derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de contratos o de determinados lotes de los mismos a Centros Especiales de Empleo y a empresas de inserción reguladas en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, que cumplan con los requisitos establecidos en dicha normativa para tener esta consideración, o un porcentaje mínimo de reserva de la ejecución de estos contratos en el marco de programas de empleo protegido, a condición de que al menos el 30 por 100 de los empleados de los Centros Especiales de Empleo, de las empresas de inserción o de los programas sean trabajadores discapacitados en situación de exclusión social.

Se prevé que exista un régimen especial servicios dirigidos a ciudadanos: educativos, sociales,

sanitarios, ya desvinculado de la idea de contrato de gestión de servicios público³³.

Sin embargo, no existe una regulación concreta, pues es una materia cuya competencia descansa en las Comunidades Autónomas, al haber asumido la gestión de estos servicios. Resulta posible, por tanto, una regulación específica sobre los contratos a ciudadanos en estas materias³⁴. La contratación pública es una materia especialmente sensible desde la perspectiva económica y, por ello, debe garantizarse la máxima eficiencia en toda licitación pública (como previene artículo 1 TRLCSP). Para ello debe preservarse la existencia de efectiva transparencia que permita la igualdad de trato, de cara a fomentar la máxima concurrencia (preservando en todo caso la relación calidad/precio de la seguridad social, como sucede con pacientes psiquiátricos) tiene un sistema de la seguridad social (calidad/precio). Sin embargo, la perspectiva de eficiencia debe ser siempre contextualizada en el concreto ámbito de la prestación que se demanda, pues las diferentes características del objeto pueden obligar a una solución jurídica distinta. El paradigma de esta necesaria contextualización y adaptación de las reglas de la contratación pública son los servicios sociales, educativos o sanitarios, 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. Opción validada, sobre la base del principio de solidaridad, por la STJUE de 17 de junio 1997 (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).

³³ Resulta de especial interés el Informe 2/2014, de 22 de enero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón sobre “Calificación de los contratos asistenciales sanitarios y sociales. El riesgo asumido por el contratista como elemento clave para la calificación de un contrato como gestión de servicio público. Posibilidad de incorporar cláusulas propias del régimen jurídico del contrato de gestión de servicio público a los pliegos que han de regir la ejecución de un contrato de servicios.

³⁴ Sirva de ejemplo la opción adoptada por la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, regula en su artículo 7 las reservas sociales de contratos a favor de Centros Especiales de Empleo. Sobre la conveniencia y posibilidades de la figura de reserva de contratos resulta de interés el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón 16/2010, de 1 de diciembre relativo a Consideraciones sobre la reserva de contratos en favor de Centros Especiales de Empleo y otros aspectos vinculados con la contratación de personas discapacitadas.

ambo (son, pues, distinto a criterios de SEC 95). Sobre la incidencia del nuevo sistema de cómputo de déficit en SEC 2010 puede consultarse el trabajo de A. B. MACHO PEREZ y E. MARCO PEÑAS, “El impacto de las colaboraciones público-privadas en los niveles de déficit y deuda pública: análisis de los criterios de EUROSTAT”, RAP núm. 194, 2014, 437-474.

Interesa destacar el componente «social» como objeto de cualquier prestación de carácter social/sanitario, como lo es la del objeto del recurso. 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 sociales (o sanitario/social, como sucede con los pacientes psiquiátricos) posibilitan una serie de medidas que pueden ser tenidas en cuenta en su licitación:

- a) funcionamiento sobre la base del principio de solidaridad, que requiere, en particular, la no selección de los riesgos o la falta de equivalencia a título individual entre cotizaciones y prestaciones;
- b) carácter polivalente y personalizado, que integre las respuestas a las distintas necesidades para garantizar los derechos humanos fundamentales y proteger a las personas más vulnerables;
- c) ausencia de ánimo de lucro, especialmente para abordar las situaciones más difíciles y que se explican, a menudo, por motivos históricos;
- e) participación de voluntarios y benévolo, expresión de una capacidad ciudadana;
- f) integración marcada en una tradición cultural (local); en particular, esto se advierte en la proximidad entre el proveedor del servicio y el beneficiario, lo que permite tener en cuenta las necesidades específicas de este último;
- g) relación asimétrica entre prestadores y beneficiarios que no se puede asimilar a una relación «normal» de tipo proveedor-consumidor y que requiere la aplicación de la fórmula del pago por terceros.

La Directiva 24/2014 habilita un tratamiento diferenciado de estas actividades, alejada de una perspectiva económica o de mercado. Así, el considerando 6

de la Directiva 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 porqué 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.

Sobre esta cuestión interesa recordar la doctrina fijada por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014 (asunto C-113/13, as. *CroceRossa Italiana y otros*) que 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 *Croce Rossa 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, *Croce Rossa 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 *Croce Rossa 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 social, 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 correcta prestación, del mismo. O adoptado modelos de licitación que atiendan, en especial, a la regla de la mayor calidad/precio. 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.

De todo lo expuesto, y como reflexión en abstracto, se deduce que la elección del procedimiento abierto, en régimen de competencia de mercado no válida, por sí mismo, su corrección (el artículo 109.4 TRLCSP exige motivación para la elección del procedimiento). Nada impide, obviamente su utilización, pero conviene explicar los motivos de su elección frente a otras posibilidades (y siempre desde la óptica de la mejor satisfacción del derecho a una buena administración al que se refiere el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea).

La Administración, para estos contratos, podrían optar, o por una reserva previa —ex Directiva 24/2014—, o por la utilización del procedimiento restringido (que permite valorar la mejor solvencia y experiencia como criterio de selección para posteriormente formular invitaciones), o un procedimiento de negociación con publicidad, donde previa

delimitación de los aspectos técnicos y económicos y efectiva negociación, se pudiera preservar de forma más óptima la mejor opción en relación calidad/precio.

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 aconseja una especial atención a cómo se viene desempeñando, y se debe desempeñar, esta actividad. Y la lógica del mercado, obviamente, debe quedar desplazada por una óptica de calidad y solidaridad³⁵.

En nada cambia esta opinión con la doctrina fijada por la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 30 de abril de 2015, en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1884-2013, interpuesto por más de cincuenta senadores del Grupo Parlamentario Socialista del Senado, en relación con los arts. 62 y 63 de la Ley 8/2012, de 28 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas de la Comunidad de Madrid. En esta Sentencia el Tribunal Constitucional ha declarado la inconstitucionalidad del artículo 63 de la Ley 8/2012, de 28 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas de la Comunidad de Madrid, que da nueva redacción al artículo 88.2 de la Ley 12 / 2001, de 21 de diciembre, de ordenación sanitaria de la Comunidad de Madrid, en el sentido de que, cuando la gestión de los centros de atención primaria se realice por cualquiera de las formas de gestión previstas en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del

Sector Público (TRLCSPP), podrá ofrecerse la gestión de estos centros preferentemente a las sociedades de profesionales con personalidad jurídica propia, que estén constituidas total o mayoritariamente por los profesionales sanitarios que prestan sus servicios en el Servicio Madrileño de Salud, a los efectos de lograr su implicación en el proceso de desarrollo, racionalización y optimización del sistema sanitario público madrileño.

En los fundamentos de derecho que justifican esta declaración de inconstitucionalidad (contenidos en el fundamento 5) se argumenta sobre la vulneración del artículo 1 del TRLCSPP (principio de igualdad de trato y no discriminación de los licitadores) y del Derecho de la UE, así como la infracción del artículo 149.1.18 de la Constitución en cuanto a la reserva de ley estatal para el establecimiento de las bases de los contratos y concesiones administrativas. El TC advierte que los artículos 3 y 8 TRLCSPP 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 art. 8 TRLCSPP 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 TRLCSPP y de la Directiva 2004/18, de contratos públicos, el TC 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 infraconstitucionales 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*”.

³⁵ Como ya se ha explicado en este trabajo, aunque es cierto que no se ha vencido el plazo de transposición de la Directiva 24/2014, y nada previene al respecto el TRLCSPP ni la normativa autonómica (existe título competencial para regular la singularidad en al prestación de estos servicios), conviene recordar que tal posibilidad se podría ya haber utilizado, pues desde la doctrina fijada por la STJUE 4 de julio de 2006, Adeneler y otros (Asunto C-212/04) resulta incuestionable que la obligación general de interpretación conforme (interpretación del Derecho interno de conformidad con la Directiva en vigor). La necesidad de garantizar el efecto útil del Derecho de la Unión Europea obliga a que se reinterpreten las normas nacionales, todavía no modificadas o adaptadas, en el sentido de «rechazar» las que suponen ir en contra de lo que ahora se regula. Se trataría, en definitiva, de un deber jurídico de abstención, a realizar interpretaciones que puedan comprometer gravemente el éxito de las Directivas ya en vigor. Este principio de interpretación conforme, en sentido negativo de abstención, debe operar como criterio exegético desde el mismo momento de entrada en vigor de las Directivas en tanto normas directamente aplicables. Es la consecuencia que se deduce de la doctrina fijada en la STJUE la sentencia de 18 de diciembre de 1997, as. 129/96 InterEnvironmentWallonie, al advertir que durante el plazo de transposición «*debe abstenerse de adoptar disposiciones que puedan comprometer gravemente el resultado prescrito por la Directiva*».

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

Sobre el fondo de la cuestión, el TC 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 relativas reglas que permiten seleccionar la oferta económicamente más ventajosa y 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 TC 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 TC 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 reconocibilidad de la institución, aquí el régimen público de Seguridad Social. La definición de las prestaciones a las que tienen derecho los ciudadanos queda en manos, en todo caso, de los poderes públicos, no habiéndose producido un traslado de esta potestad a quienes asuman la gestión —y solo la gestión— del servicio público de la sanidad; la financiación se lleva a cabo asimismo*

mediante fondos públicos, sin que las singularidades a las que pueda dar lugar aquí la preservación del equilibrio financiero del adjudicatario alcancen tal grado de intensidad que hagan inconstitucional el modelo de gestión establecido; y, finalmente, el art. 62.1 in fine alude expresamente a la garantía de —los adecuados niveles de calidad, atención y derechos de los usuarios—. No se aprecia, por tanto, que la previsión recurrida ponga en cuestión los rasgos estructurales de la institución Seguridad Social ni que se desnaturalice su esencia.” Y no existe de forma acreditada quiebra del principio de igualdad en función de que la prestación se realice mediante gestión directa o mediante gestión indirecta (fundamento 7)³⁶.

De lo expuesto se deduce que las Comunidades Autónomas, respetando la legislación básica pueden establecer posibilidades organizativas en el ámbito sanitario y social, que serán válidas mientras se respete los principios de la contratación pública. Las posibilidades que habilita tanto la nueva Directiva de 2014 como la reciente doctrina TJUE, no quedan en modo alguno condicionada por la doctrina del TC. Pero las opciones deben justificarse y ser razonadas de forma suficiente para superar el “test de constitucionalidad”.

IV. UN PROBLEMA DE ORGANIZACIÓN: LOS DENOMINADOS MEDIOS PROPIOS Y SU RÉGIMEN JURÍDICO

En el ámbito sanitario, quizá por la propia complejidad prestacional o por la necesidad de buscar fórmulas de colaboración con la sociedad civil (y, en especial, el denominado tercer sector), se han diseñado fórmulas instrumentales que, en ciertas

³⁶ Esto significa que la figura de una concesión de obra pública para construir un hospital de la red pública, como fórmula de financiación, no supone una forma de privatización del servicio. Opinión expresada en el voto particular del Presidente del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en el Acuerdo 30/2015, de 3 de marzo, al explicar el porque debería haberse entrado en el fondo del recurso: *“al margen de anomalías desde la perspectiva de participación en la tramitación del procedimiento, su configuración —en lo que consideran de forma errónea como una «privatización de servicios sanitarios», pues el objeto del contrato no es sino una obra pública (con sistema de financiación por explotación)— tendrá consecuencias presupuestarias que, desde la lógica jurídico-política, de forma razonable, pretenderían evitar. Los motivos, por lo demás, no parecen espurios, ni una estrategia de mera contienda político-ideológica (nada impide, y creo que es lo que aquí sucede, que una pretensión política se defienda desde la perspectiva estrictamente legal, y merezca y requiera la necesaria respuesta jurídica).”*

legislaciones autonómicas (es especial Cataluña), se consideran como medios propios. Tal situación merece una reflexión jurídica, por la indudable importancia práctica.

La nueva Directiva, atendiendo a las declaraciones del Parlamento europeo, intenta aclarar las distintas fórmulas de cooperación, tanto vertical (utilización de medios propios) como horizontal. En relación a la técnica auto-organizativa de *in house providing*, viene a positivizar la doctrina del Tribunal de Justicia, recogiendo en el apartado 1 del artículo 12 (relaciones entre poderes públicos) los requisitos *Teckal*³⁷. Esta técnica auto-organizativa justifica la no aplicación de la normativa contractual al existir una relación jurídico-administrativa³⁸:

«1.- Un contrato adjudicado por un poder adjudicador a otra persona jurídica quedará excluido del ámbito de aplicación de la presente Directiva si se cumplen todas y cada una de las condiciones siguientes:

a).- que el poder adjudicador ejerza sobre la persona jurídica de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios;

b).- que al menos el 80 % de las actividades de esa persona jurídica se lleven a cabo para el poder adjudicador que la controla o para otras personas jurídicas controladas por el mismo poder adjudicador;

c).- que no exista participación privada en la persona jurídica controlada...»

Obviamente, estos requisitos deben ser objeto de una interpretación estricta, y la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias excepcionales que justifican la excepción incumbe a quien

³⁷ Resultan de interés los considerandos considerandos 5, 31 y 34.

³⁸ En la bibliografía más reciente puede consultarse: F. SOSA WAGNER, “El empleo de recursos propios por las Administraciones locales”, en libro Homenaje al prof. S. Martín-Retortillo, Estudios de Derecho Público Económico, Civitas, 2013, pp. 1309-1341; M.A. BERNAL BLAY, “La problemática relativa a los negocios excluidos de la aplicación de la Ley: los encargos in house, con especial referencia al ámbito local”, en libro colectivo La Ley de Contratos del Sector Público y su aplicación por las entidades locales, CEMCI, Granada, 2008, pp. 172-175, J. PERNAS GARCIA, *Las operaciones in house y el derecho comunitario de contratos públicos*, Iustel, Madrid, 2008 y M. VILALTA REIXACH, *Las encomiendas de gestión. Entre la eficacia administrativa y la contratación pública*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, en especial pp. 313-376.

pretenda beneficiarse de ella³⁹. Y, debe tenerse en cuenta el límite de no afectar al principio de libre competencia⁴⁰. Control análogo que existirá no en función del porcentaje de participación en el capital social, sino el hecho de que el ente instrumental carezca efectivamente de autonomía desde el punto de vista decisorio respecto del ente que realiza el encargo, no existiendo en estos casos verdadera autonomía contractual⁴¹.

Eso explica que varias entidades pueden disponer de control análogo sobre un mismo ente propio como ha declarado el TJUE en su Sentencia de 13 de noviembre de 2008, *Coditel*, (apdos. 50, 52 y 54) afirmando que lo esencial es que el control ejercido sobre la entidad sea efectivo, no siendo indispensable que el control sea individual (apdo. 46).

Una de las cuestiones más controvertidas es determinar, pues, cuando, al margen de la participación

³⁹ Entre otras, las Sentencias Stadt Halle, apartado 46, y Parking Brixen, apartados 63 y 65. Vid. J.A. MORENO MOLINA, “El ámbito de aplicación de la Ley De Contratos del Sector Público”, *Documentación Administrativa*, núm. 274-275, 2006 (publicación efectiva 2008), p. 76 y M. PILLADO QUINTANS, “TRAGSA: Un caso irresuelto convertido en modelo legal de los encargos de las Administraciones a sus medios instrumentales”, *Documentación Administrativa*, núm. 274-275, 2006 (publicación efectiva 2008), p. 291. J. L. MEILÁN GIL ya advirtió, con acierto, que la interpretación de las notas que justifican la excepción a la normativa sobre contratos públicos ha de ser restrictiva por el carácter excepcional que tiene el supuesto, con el objeto, por tanto, de evitar vulneraciones del Derecho comunitario de contratos públicos, *La estructura de los contratos públicos*, Iustel, Madrid, 2008, pág. 116. También BERBEROFF AYUDA, D., “Contratación pública, Derecho comunitario y entidades locales”, *Cuadernos de Derecho Local* núm. 18, pp. 56 a 58.

⁴⁰ Sobre esta cuestión, resultan de interés el Informe de la Comisión Nacional de la Competencia “Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia”, de julio de 2013 y el Informe nº 1003 del Tribunal de Cuentas sobre encomiendas de gestión y el “Acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de junio de 2008, por el que se dan instrucciones para la atribución de la condición de medio propio y servicio técnico a sociedades mercantiles estatales cuyo capital corresponde en su integridad a la Administración General del Estado o a la SEPI y a fundaciones constituidas con aportación íntegra de esta entidad.

⁴¹ Afirmación desarrollada por la STJUE de 21 de julio de 2005 (Padania Acque) al afirmar que “el criterio del control análogo no se colma cuando el poder público adjudicador no posee más que el 0.97% del capital de la sociedad adjudicataria”, pero de la que se separa la STJUE de 19 de abril de 2007 (ASEMFO). Me remito, por todos, a M.A. BERNAL BLAY, “Un paso en falso en la interpretación del criterio del control análogo al de los propios servicios en las relaciones in house. Comentario de urgencia a la STJUE de 19 de abril de 2007 (as. c-295/05, *Asemfo vs. Tragsa*), REDA núm. 137, 2008, pp. 115-138. También Julio GONZÁLEZ GARCIA, “Medios propios de la Administración, colaboración interadministrativa y sometimiento a la normativa comunitaria de contratación”, RAP núm. 173, 2007, pp. 217-237.

en el accionariado, hay control análogo ya que «... lo esencial es que el control ejercido sobre la entidad sea efectivo...»⁴². Es decir, como puede ser válido un control conjunto en supuestos de cooperación vertical. Sobre este asunto resulta de interés la STJUE de 29 de noviembre de 2012 (asuntos acumulados C-182/11 y C-183/11, *Econord Spa*), que mantiene la misma línea que las dos precedentes (Sentencias de 10 de septiembre, *Sea Srl* y 13 de noviembre de 2008, *Coditel*). Esta doctrina admite, con los requisitos que se expondrán, la posibilidad de un control análogo colectivo sobre un medio propio siempre que haya una participación tanto en el capital como en los órganos de dirección⁴³. La cuestión, que no analiza el Tribunal de Justicia, es si el derecho a ser consultado, a nombrar a uno de los auditores de cuentas y a designar un miembro del Consejo de administración de común acuerdo con otras entidades que participan permite afirmar que un accionista minoritario (con una sola acción) ostenta un control sobre una entidad, análogo al que se dispone sobre los propios servicios. El Tribunal de Justicia, concluye que:

«...cuando varias administraciones públicas, en su condición de entidades adjudicadoras, crean en común una entidad encargada de realizar la misión de servicio público que incumbe a aquellas o cuando una administración pública se adhiera a la mencionada entidad, el requisito sentado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia –según el cual, para que tales administraciones públicas queden dispensadas de la obligación de tramitar un procedimiento de adjudicación de contratos públicos de conformidad con las normas del Derecho de la Unión, han de ejercer conjuntamente sobre dicha entidad un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios– se considerará cumplido cuando cada una de las administraciones públicas participe tanto en el capital como en los órganos de dirección de la entidad en cuestión».

Como bien ha indicado M.A BERNAL BLAY, al requisito del control sobre el medio propio, análogo

al ejercido sobre los propios servicios, se le ha ido dotando poco a poco de un cierto carácter flexible o elástico, resultado admisible su ejercicio de forma colectiva por varias entidades. Ahora bien, no conviene olvidar que, aun conjunto, el control sobre el medio propio debe ser efectivo, y ese es precisamente el punto de tensión que marca el nivel máximo de elasticidad o flexibilidad del citado requisito⁴⁴. Por ello, no ha admitido la existencia de control conjunto en la STJUE de 8 de mayo de 2014 (asunto C-15/13), que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el *Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg* (Alemania), mediante resolución de 6 de noviembre de 2012. La cuestión analiza la regularidad de la adjudicación de un contrato atribuido directamente por la Universidad de Hamburgo a *Hochschul-Informationssystem GMBH* (es una sociedad de responsabilidad limitada de Derecho privado, cuyo capital está controlado en una tercera parte por el Estado Federal alemán y en dos terceras partes por los 16 *Länder* alemanes, correspondiendo a la Ciudad de Hamburgo un 4,16 % de dicho capital) sin aplicar los procedimientos de adjudicación previstos en la Directiva 2004/18. Se alega que la adjudicación directa del contrato por la Universidad a HIS, según estas partes contratantes, está justificada por el hecho de que, aunque entre estas dos entidades no existe ninguna relación de control, el requisito de «control análogo» establecido por la jurisprudencia antes citada del Tribunal de Justicia se cumple, a su entender, porque ambas entidades se encuentran bajo el control de la Ciudad de Hamburgo⁴⁵.

El segundo requisito que se debe exigir para admitir la existencia de *in house providing* es que la entidad proveedora debe realizar –necesariamente- la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan (que no debe confundirse con las

44 M.A. BERNAL BLAY, “El control análogo sobre los medios propios y su ejercicio colectivo por varias entidades”, *Revista Contratación administrativa práctica*, núm. 124 2013, pp. 88-93.

45 En la respuesta a la cuestión el TJUE recuerda que conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el objetivo principal de las normas del Derecho de la Unión en materia de contratos públicos es la apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros en los ámbitos de ejecución de obras, suministro de productos y prestación de servicios, lo cual implica la obligación de todo entidad adjudicadora de aplicar las normas pertinentes del Derecho de la Unión cuando se cumplan los requisitos establecidos por éste (véase, en este sentido, la sentencia *Stadt Halle y RPL Lochau*, C-26/03, apartado 44). Por consiguiente, cualquier excepción a la aplicación de esta obligación debe interpretarse de manera estricta (véase la sentencia *Stadt Halle y RPL Lochau*, apartado 46).

42 Sentencia de 13 de noviembre de 2008, As C-324/07, *Coditel*, apdo. 46.

43 Resulta muy interesante la apreciación del Abogado General Sr. P. Cruz Villalón en el apartado 48 de sus Conclusiones presentadas el 19 de julio de 2012. Allí indica «...que las entidades adjudicadoras ejercerán un control análogo sobre la sociedad adjudicataria siempre que dispongan de una posición estatutaria que les permita influir conjuntamente en la adopción de las decisiones importantes y los objetivos estratégicos de dicha sociedad. En todo caso, ésta no puede estar exclusivamente controlada por la entidad pública que tiene una participación mayoritaria».

notas requeridas en el primer criterio explicado)⁴⁶. Se debe realizar por ésta la actividad en provecho de quien le realiza en encargo o encomienda (STJUE de 18 de diciembre de 2007, Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia). El requisito de que el ente instrumental realice con la entidad que lo controla la parte esencial de su actividad económica es ciertamente coherente si se considera que todo el concepto gira en torno a la falta de autonomía contractual de dicho ente controlado. En efecto, si la exención del ámbito de la contratación pública se basa en que el contrato “in house” no es sino una forma de “autoprovisión” por parte de la entidad adjudicadora, tal exención pierde su sentido si el ente instrumental se dedica a proveer también a otros operadores públicos y privados como cualquier otro agente del mercado. Dicho de otro modo, esta actuación revelaría que ese ente es algo más que un medio propio con personalidad diferenciada por lo que deberían aplicarse las Directivas Comunitarias.

El último requisito es introducido por la STJUE de 11 de enero de 2005 (Stadt Halle) -y corroborado por la STJUE 8 de abril de 2008, *Comisión Vs. República Italiana* - y la STJUE de 10 de septiembre de 2009, *Sea srl.*, al afirmar que⁴⁷:

“En el supuesto de que una entidad adjudicadora proyecte celebrar un contrato a título oneroso referente a servicios comprendidos dentro del ámbito de aplicación material de la Directiva 92/50, en su versión modificada por la Directiva 97/52, con una sociedad jurídicamente distinta de ella en cuyo capital participa junto con una o varias empresas privadas, deben aplicarse siempre los procedimientos de contratación pública previstos en dicha Directiva”.

Es decir, la participación privada en un ente público, por mínima que ésta sea, rompe el criterio

⁴⁶ Vid. Sentencia de 11 de mayo de 2006, *Carbotermo*, apdo. 70.

⁴⁷ Los motivos que llevan al Tribunal a formular esta afirmación son dos; en primer lugar, que la relación entre una autoridad pública, que es una entidad adjudicadora, y sus propios servicios se rige por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público. Por el contrario, cualquier inversión de capital privado en una empresa obedece a consideraciones características de los intereses privados y persigue objetivos de naturaleza distinta (apartado 50). En segundo lugar, que la adjudicación de un contrato público a una empresa de economía mixta sin licitación previa perjudicaría al objetivo de que exista una competencia libre y no falseada y al principio de igualdad de trato de los interesados, ya que, entre otras cosas, este procedimiento otorgaría a una empresa privada que participa en el capital de la citada empresa una ventaja en relación con sus competidores (apartado 51).

exigido en las Sentencias TECKAL y ARGE y en modo alguno puede entenderse que estas empresas con participación privada puedan ser medios propios, por lo que los encargos deben ser necesariamente objeto de licitación⁴⁸.

Así lo había ya fijado la STJUE de 8 de abril de 2008 (*Comisión/República de Italia*) al afirmar lo siguiente:

“38. En lo que atañe a la primera condición, relativa al control de la autoridad pública, debe recordarse que la participación, aunque sea minoritaria, de una empresa privada en el capital de una sociedad en la que participe asimismo la entidad adjudicadora de que se trata, excluye, en cualquier caso, que dicha entidad adjudicadora pueda ejercer sobre la citada sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios (véase la sentencia Stadt Halle y RPL Lochau, antes citada, apartado 49).

39. Sobre este particular, según demuestra el estudio anexo al escrito de contestación, relativo a las participaciones del Estado italiano en EFIM (Ente Partecipazioni e Finanziamento Industrie Manifatturiere), Finmeccanica y Agusta, esta última, que es una sociedad privada desde su creación, siempre ha sido, desde 1974, una sociedad de economía mixta, es decir, una sociedad cuyo capital está integrado por participaciones que son propiedad en parte del citado Estado y en parte de accionistas privados.

40. De la misma forma, puesto que Agusta es una sociedad abierta parcialmente al capital privado y, en consecuencia, responde al criterio expuesto en el apartado 38 de la presente sentencia, queda excluido que el Estado italiano pueda ejercer sobre esta sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.

41. En tales circunstancias, y sin que sea necesario examinar la cuestión de si Agusta desarrolla lo esencial de su actividad con la autoridad pública concedente, procede desestimar la alegación de la República Italiana basada en la existencia de una relación «in house» entre dicha sociedad y el Estado italiano.”(negrita nuestra).

⁴⁸ A lo sumo, en tanto no se falsee la competencia, podrá acudir y participar en la licitación como una empresa privada. Vid. P. VALCARCEL FERNANDEZ “Sociedades mercantiles y realización de obras públicas: incumplimiento de la normativa comunitaria de contratación, extralimitación del margen constitucional de reserva de Derecho Administrativo e incongruencia en el empleo de técnicas de auto organización para la gestión de actuaciones administrativas”, *RGDA*, núm. 12, 2006, p. 17.

En conclusión, la técnica de cooperación vertical mediante fórmulas instrumentales propias debe ser interpretada restrictivamente sin que pueda ser utilizada cuando la prestación esté comprendida en el ámbito de la aplicación de la Directiva⁴⁹, ni servir de instrumento de ayudas de Estado (por ejemplo, para favorecer una estrategia de internacionalización y captación de contratos en otros mercados), por cuanto existe el límite del artículo 107 TFUE, que debe ser muy tenido en cuenta para evitar un falseamiento de la competencia (como ha puesto de relieve la Comisión Nacional de la Competencia en su Informe *Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia*)⁵⁰. Lo que resulta también evidente es que el instrumento para realizar esta encomienda no es el convenio -por tener naturaleza jurídica distinta- y que la misma es aplicable al margen del umbral de la prestación⁵¹. Por ello, en tanto la relación jurídica no sea con las entidades “propietarias”, teniendo esta relación carácter oneroso y típica resultara de obligada aplicación las previsiones relativas a procedimientos de adjudicación, pues lo contrario sería una contravención a la regla de transparencia y concurrencia recogida tanto por la norma comunitaria como la nacional⁵².

49 Así lo ha advertido J.L. MEILAN GIL, con el fin de evitar el incumplimiento del derecho comunitario de los contratos públicos. *La estructura de los contratos públicos*, Iustel, Madrid, 2008, p. 116. Denunciaba ya como contraria al derecho comunitario esta práctica E. CARBONELL PORRAS. “El título jurídico que habilita el ejercicio de la actividad de las sociedades mercantiles ...”, ob. Cit., 393-394.

50 El informe se puede consultar en: <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Noticias/TabId/105/Default.aspx?contentid=620665>

51 En esta idea insiste la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su Informe 10/2011, de 6 de abril, afirmando que “El encargo a un medio propio deberá sustanciarse mediante ordenes, instrucciones o protocolos, sin que proceda utilizar la figura del convenio, tal y como se recoge en el Informe de esta Junta 1/2007”.

52 La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, mediante Informe 21/08, de 28 de julio de 2008. «Imposibilidad de formar convenios de colaboración entre una Corporación y una empresa para la ejecución de una obra». ha declarado que TRAGSA no puede ser considerado medio propio de una Entidad Local al no cumplir los requisitos exigidos por el artículo 4 n) y 24 LCSP ni la DA 30 LCSP. La cuestión referida a la consideración de medio propio de los órganos de las Administraciones públicas respecto de la mercantil TRAGSA ha sido objeto del pronunciamiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la sentencia de 19 de abril de 2007, en el asunto C-295/05, que declara, después de analizar si se cumplen las dos condiciones exigidas a tal fin en la sentencia Teckal del mismo Tribunal (de 18 de noviembre de 1999, en el asunto C-107/98, apartado 50), a saber que la autoridad pública que es poder adjudicador ejerce sobre la persona, que es distinta de que se trate, un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y que tal persona realice la parte esencial de

Es cierto que el artículo 12 de la Directiva prevé cierta excepción. Pero la misma se introdujo pensando en las especialidades del modelo del Reino Unido y, por ello, el Anteproyecto, no contempla tal posibilidad. Esto significa que una participación rompe con al idea del medio propio y un encargo sería un contrato público ilegal. Y no cabe flexibilización. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de junio de 2014 (asunto C-574/12, as. SUCH)⁵³, ha declarado, de forma clara, que “cuando a entidad adjudicataria de un contrato público es una asociación de utilidad pública sin ánimo de lucro

su actividad con el ente o entes públicos que la controlan. En la sentencia el Tribunal de Justicia declara la condición de medios propios de TRAGSA respecto de aquellas Administraciones que son titulares de su capital al considerar que respecto de las mismas se cumplen los requisitos. Sin embargo, no puede decirse lo mismo respecto del Ayuntamiento de Riveira, ya que al no ser titular de su capital ni disponer de ninguna acción de control sobre la actividad de TRAGSA no se cumple la primera condición, y tampoco se cumple la segunda, toda vez que TRAGSA no realiza la parte esencial de su actividad para la Corporación.

Asimismo advierte que la figura del convenio, objeto de nueva regulación en la LCSP, no posibilita la relación con TRAGSA mediante esta técnica. Y es que TRAGSA no es un organismo integrado en una Administración pública sino que, como señala su norma de creación, es una sociedad mercantil de carácter público, carácter que la excluye de toda posibilidad de poder celebrar tal tipo de convenio. Resulta de especial interés el reciente Informe de la Comisión Nacional de la Competencia “Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia (julio 2013). El informe analiza las restricciones a la competencia derivadas de las encomiendas de gestión a los medios propios, tanto aquellas inherentes a la propia utilización de la figura como aquellas otras que pueden aparecer adicionalmente. También explica los efectos sobre el aprovisionamiento público y, desde un punto de vista más general, sobre los mercados en que las Administraciones actúan como demandantes que se pueden derivar de una utilización extensiva e injustificada de las encomiendas. Finalmente, analiza las posibles justificaciones que pueden subyacer a la creación de medios propios y al propio uso de las encomiendas.

El Informe incluye una serie recomendaciones que incluyen, en particular, propuestas de cambios regulatorios, en especial de la normativa de contratación pública. Además, se recomiendan diversas buenas prácticas administrativas dirigidas a todas las Administraciones Públicas, encaminadas a reforzar con medidas concretas la justificación previa al recurso a la encomienda de gestión y a introducir, de manera específica, mayor transparencia y publicidad en relación con su utilización.

53 El Servicio de Utilización Común de los Hospitales (SUCH) fue creado por el Decreto-ley portugués 46/668, de 24 de noviembre de 1965 y conforme a sus Estatutos es una asociación sin ánimo de lucro cuya finalidad es la realización de un servicio público. Del mismo, que presta servicios fundamentalmente a sus socios y tiene limitada su actividad con terceros en un volumen de facturación inferior al veinte por ciento del total y siempre con carácter accesorio y sin perjudicar la prestación de servicios a sus asociados, pueden participar entidades pertenecientes al sector público y al sector social, entendiéndose por este instituciones de solidaridad social sin ánimo de lucro. Obviamente, fue una empresa mercantil la que suscitó el pleito que dio lugar a la cuestión con ocasión de uno de los Protocolos que canalizaban la prestación de servicios por el SUCH poniendo en duda la existencia de relación de control que ha de concurrir para la adjudicación de contratos “in house”.

que, al adjudicarse ese contrato, cuenta entre sus socios no sólo con entidades pertenecientes al sector público, sino también con instituciones privadas de solidaridad social que desarrollan actividades sin ánimo de lucro, no se cumple el requisito relativo al «control análogo», establecido en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia para que la adjudicación de un contrato público pueda considerarse una operación «in house», por lo que resulta de aplicación la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios”. Se cierra, en palabras de J. TEJEDOR BIELSA, la puerta a la consideración de estos contratos como contratos “in house”, en el sentido ya declarado para las sociedades en las que, aun ostentando participación mayoritaria una o varias entidades adjudicadoras, participa también una empresa privada, dado que mal puede haber “control análogo” sobre la misma porque, según ha explicado el Tribunal en repetidas ocasiones, “toda inversión de capital privado en una empresa obedece a consideraciones propias de los intereses privados y persigue objetivos de carácter distinto de aquellos que son de interés público” (§ 12)⁵⁴. El Tribunal, sobre la base de la jurisprudencia anterior, amplía el alcance de su anterior pronunciamiento a supuestos en que ni la entidad participada tiene ánimo de lucro ni las entidades privadas asociadas, incluso declaradas de utilidad pública, tienen tampoco dicho ánimo lucrativo. Además, el Tribunal de Justicia entendió que la circunstancia de que tanto las entidades sin ánimo de lucro asociadas como la propia entidad en la que participan con los poderes adjudicadores puedan prestar servicios a terceros, en competencia con otros operadores económicos, pone de manifiesto que “la adjudicación directa de un contrato público al SUCH puede deparar a los socios privados de éste una ventaja competitiva” (§ 40). Por tanto, el Tribunal de Justicia restringe aún más la posible adjudicación de contratos “in house” a entidades con participación privada, independientemente de que dichas entidades o las privadas que participan en las mismas tengan forma societaria o asociativa y, consecuentemente, de que tengan o no ánimo de lucro.

Este límite resulta infranqueable por la legislación nacional o autonómica. Es decir, no puede haber medio propio donde, aun en pequeña escala, existen intereses privados.

54 J. TEJEDOR BIELSA, “Entidades sin ánimo de lucro, contratos “in house” y reserva legal de contratos”, en www.obcp.es (<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.184/releategoria.208/relemenu.3/chk.0710904471eac90f5835cf55917c4c42>)

Sin embargo, tal límite no excluye cualquier fórmula de colaboración con el sector privado sanitario (es especial, el tercer sector). La decisión de cómo organizar la gestión sanitaria pública no tiene porque residenciarse en exclusiva sobre el sistema de la contratación pública y la cooperación vertical. Las posibilidades de organización y colaboración mediante medios instrumentales –como puede ser un consorcio– siempre será posible, traspasando o delegando las competencias para que se ejerzan de modo continuo y estable. Fórmula que en modo alguno es –ni puede ser calificada– de encargo a un medio propio, sino de mera organización competencial. La justificación y parámetro de las técnicas de cooperación administrativa en el ámbito de la contratación pública se encuentra, por tanto, en la mayor eficiencia. Principio esencial para poder decidir como escoger la fórmula organizativa más adecuada y de debe de servir para valorar las distintas consecuencias y efectos que determinada opción organizativa comporta. Pero debe respetarse la “esencia” de la asignación competencial, que contribuye a maximizar el principio democrático, pues de lo contrario se estarían produciendo contarioocio jurídicoel convenio, pues el mismo es ilegal si esconde un contrato ps.lo, el Anteproyecto, no contemplía produciendo un déficit democrático.

Obviamente, ese ente tendrá consideración de poder adjudicador y en sus relaciones con terceros deberá aplicar el TRLCSP y no la técnica de la subcontratación (pues sería un claro fraude legal).

Y, por supuesto, no podrá utilizar la figura –tan tradicional en este sector– del convenio, pues el mismo es ilegal si esconde un contrato público⁵⁵. No es

55 La cooperación no puede, bajo fórmulas de convenios interadministrativo ocultar contratos públicos. De especial interés es la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 19 de diciembre de 2012, C-159/11, que trae causa de una cuestión prejudicial presentada ante el Tribunal de Justicia de en relación con un contrato de consultoría celebrado entre la Azienda Sanitaria Locale di Lecce y la Universidad de Salento. El Tribunal de Justicia responde recordando, en primer lugar, que un contrato oneroso y celebrado por escrito entre un operador económico y una entidad adjudicadora cuyo objeto sea la prestación de servicios contemplados en el anexo II A de dicha Directiva constituye un contrato público. Resulta irrelevante que dicho operador sea él mismo una entidad adjudicadora o que la entidad de que se trate no tenga, con carácter principal, ánimo de lucro, carezca de una estructura empresarial o no esté presente de modo continuado en el mercado. Así, por lo que se refiere a entidades como Universidades públicas el Tribunal de Justicia ha declarado que estas tienen, en principio, en un procedimiento de adjudicación de un contrato público de servicios. Sin embargo, los Estados miembros pueden regular las actividades de dichas entidades autorizando o no que operen en el mercado habida cuenta de sus objetivos institucionales y estatutarios. En consecuencia, en la medida en que tales entidades estén facultadas para ofrecer determinados servicios en el mercado, no puede prohibírseles

posible, en suma, una adjudicación directa utilizando la técnica convencional o argumentando el carácter privado y autónomo de este negocio jurídico⁵⁶, ya carece de apoyo legal tras regulación que la figura del convenio da el artículo 4 TRLCSP⁵⁷.

V. RECAPITULACIÓN.

Como ya he venido explicando en anteriores trabajos, la contratación pública debe ser regulada desde la óptica de consecución efectiva y eficiente de la prestación demandada. Esto exige atender con especial interés la fase de ejecución del contrato, que debe ser comprendido desde esta perspectiva del fin derivado de concreta prestación que se demanda. Aquí radica el cumplimiento de los fines públicos que debe prestar la Administración Pública. Por otra parte, la contratación pública, aunque con claros componentes de naturaleza presupuestaria, no puede verse condicionada por los mismos, ya que tiene naturaleza autónoma. Es más, en muchas ocasiones son esos condicionantes presupuestarios los que obligan a una lectura o una práctica no conforme con al esencia de las reglas de los contratos públicos⁵⁸.

Esto es especialmente importante cuando afrontamos la regulación y problemática jurídica de la contratación pública en el ámbito de las prestaciones públicas de salud.

En conclusión, la nueva regulación Europea y su transposición en España obligan a repensar el modelo de la contratación en el ámbito de la salud cuando se trata de prestaciones a ciudadanos. Es cierto que se impide el uso de instrumentos tradicionales, pero existen posibilidades organizativas para implementar un nuevo modelo eficaz, eficiente y sensible al propio objeto prestacional. Y la competencia, como se

que participen en una licitación sobre tales servicios.

56 Sobre la incorrecta dimensión de la técnica del convenio se pronunció AVILA ORIVE, *Los convenios de colaboración excluidos de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 216. De especial interés resulta también el estudio de de BUSTILLO BOLADO, R., *Convenios y contratos administrativos: Transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, Aranzadi, Pamplona, 2004.

57 Y así lo recordaba, por ejemplo, el Informe la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado de 26 de marzo de 2007 sobre “Régimen jurídico de la actividad contractual de una sociedad mercantil local. Convenios de colaboración y encomiendas de gestión”.

58 Por todos, *El nuevo paquete legislativo...*, ob. cit., pp. 39-62.

ha explicado, es de las Comunidades Autónomas y, dado que las Directivas ya están en vigor y producen efectos jurídicos, no tienen porque “esperar” al acto formal de transposición estatal (que sobre esta cuestión no puede establecer regulación).

Ello exige decisión política para “innovar” y, sobretudo, una adecuada y efectiva profesionalización de la contratación pública. La profesionalización que se propugna en el ámbito de la UE se refiere, en primer lugar, a la formación y preparación de todos los sujetos implicados en la contratación. Solo así se puede conseguir una nueva actitud de los gestores que permita abandonar una posición «pasiva» y lanzarse a actuar en el mercado con una visión de sus funciones que se alejan de lo burocrático e incluyen la planificación estratégica y la gestión de proyectos y riesgos (lo que exige cambios en la organización y prospectiva de actuación)⁵⁹.

59 “La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad”, en libro colectivo *Las Directivas de Contratación Pública*, número monográfico especial *Observatorio de los Contratos Públicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.