

Resolución adoptada por la Defensora del pueblo, el 27 de junio de 2017, con motivo de la solicitud de interposición de recurso de inconstitucionalidad contra diversos artículos de la Ley de la Generalitat Valenciana 7/2017, de 30 de marzo, sobre acción concertada para la prestación de servicios a las personas en el ámbito sanitario

(Diari Oficial de la Generalitat Valenciana, núm. 8016, de 6 de abril de 2017)

Mediante escrito de D. (...), en nombre y representación de ALIANZA DE LA SANIDAD PRIVADA ESPAÑOLA (ASPE), presentado ante esta institución el día 7 de junio de 2017 se solicitó al Defensor del Pueblo que interpusiese recurso de inconstitucionalidad contra diversos artículos de la Ley de la Generalitat Valenciana 7/2017, de 30 de marzo, sobre acción concertada para la prestación de servicios a las personas en el ámbito sanitario, publicada en el *Diari Oficial de la Generalitat Valenciana* núm. 8016, el 6 de abril de 2017.

ANTECEDENTES

PRIMERO. En concreto la solicitud de interposición de recurso de inconstitucionalidad está dirigida contra los artículos 2, 5, 10 y 11 de la Ley de la Generalitat Valenciana 7/2017, de 30 de marzo, sobre acción concertada para la prestación de servicios a las personas en el ámbito sanitario, que textualmente dicen:

«Artículo 2. Prestación de servicios sanitarios a las personas

La conselleria competente en materia de sanidad podrá gestionar la prestación a las personas de servicios de carácter sanitario de las siguientes formas:

- a) Mediante gestión directa o con medios propios.
- b) Mediante gestión indirecta con arreglo a alguna de las fórmulas establecidas en la normativa sobre contratos del sector público.
- c) Mediante acuerdos de acción concertada con entidades públicas o con entidades privadas sin ánimo de lucro no vinculadas o creadas ad hoc por otra empresa o grupo de empresas con ánimo de lucro.

Artículo 5. Régimen de la acción concertada para la prestación de servicios sanitarios

1. La conselleria competente en materia de sanidad y sin perjuicio de la aplicación de formas de gestión directa o indirecta, podrá organizar la prestación de servicios sanitarios mediante acuerdos de acción concertada con entidades públicas o con entidades privadas sin ánimo de lucro, teniendo en cuenta, con carácter previo, la utilización óptima de sus recursos sanitarios propios.

2. La conselleria competente en materia de sanidad fijará a través de condiciones administrativas y técnicas los requisitos y las condiciones mínimas, básicas y comunes, aplicables a la acción concertada, así como sus condiciones económicas, atendiendo a tarifas máximas o módulos, revisables periódicamente, que retribuirán como máximo los costes variables, fijos y permanentes de las prestaciones garantizando la indemnidad patrimonial de la entidad prestadora, sin incluir beneficio industrial.
3. Podrán acceder al régimen de acción concertada las entidades públicas o privadas sin ánimo de lucro prestadoras de servicios sanitarios previamente autorizadas por la administración sanitaria.
4. Cuando la prestación del servicio conlleve procesos que requieran de diversos tipos de intervenciones en distintos servicios o centros, la administración competente podrá adoptar un solo acuerdo de acción concertada con dos o más entidades estableciendo en dicho acuerdo mecanismos de coordinación y colaboración de obligado cumplimiento.
5. Las acciones concertadas deberán establecerse con una duración temporal no superior a cuatro años. Las eventuales prórrogas, cuando estén expresamente previstas en el acuerdo de acción concertada, podrán ampliar la duración total a diez años. Al terminar dicho periodo, la conselleria con competencias en materia de sanidad podrá establecer un nuevo acuerdo.
6. El régimen de acción concertada será incompatible con la concesión de subvenciones económicas para la financiación de las actividades o servicios que hayan sido objeto de concierto.

Artículo 10. Obligaciones de las entidades

1. La acción concertada obliga a las entidades a prestar gratuitamente los servicios objeto de la misma, de acuerdo con las condiciones técnicas correspondientes y con sujeción a las normas vigentes, a menos que estas normas prevean la participación económica de quien recibe el servicio. En este caso, la entidad solo puede percibir las cuotas que haya fijado reglamentariamente la administración pública.
2. La entidad titular del servicio se obliga a cumplir las condiciones técnicas, así como las normas establecidas para el régimen jurídico del acuerdo de concertación.

Artículo 11. Pago del coste de la acción concertada.

1. La administración debe tramitar mensualmente la orden de pago de los precios por servicio que se hayan establecido, de acuerdo con las tarifas establecidas para la acción concertada, tras la presentación de una factura mensual por parte de las entidades por los servicios prestados, la administración podrá acordar el adelantamiento de un porcentaje de pago de los servicios concertados.
2. La entidad debe presentar la factura, mencionada en el apartado anterior, junto con la relación de personas atendidas, en la forma que determine la conselleria competente en materia de sanidad.

3. Las cantidades correspondientes a las cuotas abonadas por las personas atendidas, en el caso de los servicios en los que se prevea la participación económica, deben ser deducidas previamente de la factura correspondiente.
4. Ambos conceptos de gasto tienen jurídicamente la conceptualización de contraprestación por los servicios sanitarios concertados con las entidades.
5. Las cantidades abonadas por la administración por la acción concertada deben justificarse anualmente mediante la aportación, por parte de la persona titular, de un informe de auditoría externa de las cuentas de las entidades o del servicio del año anterior, así como de un informe de auditoría externa, relativo a la aplicación de los fondos percibidos por parte de la entidad en concepto de abono de la acción concertada.
6. La percepción indebida de cantidades por parte de quien es titular del servicio, de acuerdo con lo previsto en esta ley, supone la obligación de reintegro de estas cantidades, previa tramitación del procedimiento que corresponda, con audiencia de la persona interesada.»

SEGUNDO. Para ASPE la Ley 7/2017, de 30 de marzo, sobre acción concertada para la prestación de servicios a las personas en el ámbito sanitario se basa en la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/UE, pero incumple los mandatos de la misma al excluir el concierto sanitario de su aplicación.

TERCERO. Se alega que la Ley 7/2017, de 30 de marzo, sobre acción concertada para la prestación de servicios a las personas en el ámbito sanitario infringe la normativa básica del Estado. El artículo 149.1.16 de la Constitución atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre las bases y coordinación de la sanidad. Dicha vulneración se fundamenta en que la norma dispensa un trato desigual a las entidades sin ánimo de lucro respecto a las entidades con ánimo de lucro, al excluir a éstas últimas de la acción concertada sanitaria sin atender a criterios de capacidad del empresario para desarrollar las prestaciones propias del contrato.

Se invoca el artículo 90 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que establece la prioridad, no exclusividad, de los conciertos sanitarios con las entidades no lucrativas cuando existan análogas circunstancias de eficacia, calidad y costes, también incluye que las condiciones económicas se establecerán con base en módulos de costes efectivos, previamente fijados y revisables por la Administración. Los comparecientes consideran que la normativa autonómica incumple los criterios básicos señalados.

CUARTO. El segundo precepto constitucional infringido según el escrito de petición de presentación de recurso es el artículo 9.3 CE relativo a la seguridad jurídica y jerarquía normativa, pues el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa como es el caso.

Entiende que la ley autonómica no respeta la legislación básica estatal en materia de contratos, contraviniendo la jerarquía normativa.

En cuanto a la seguridad jurídica considera que la nueva regulación produce incertidumbre y confusión al destinatario, en la medida que, a su juicio no queda claro, si la sanidad concertada está sujeta a la Directiva 2014/24/UE. También fundamenta esta vulneración constitucional en la posible contradicción entre los artículos 10 y 11 de la Ley, cuya inconstitucionalidad se pretende, pues el primero de ellos «obliga a las entidades a prestar gratuitamente los servicios» y el segundo señala que «la Administración debe tramitar mensualmente la orden de pago de los precios por servicio.»

QUINTO. Se fundamenta la inconstitucionalidad de la norma en la quiebra del principio de igualdad recogido en el artículo 14 CE al dispensar un trato diferente a las entidades sin ánimo de lucro respecto a las entidades con ánimo de lucro, pues excluye a éstas últimas de la acción concertada sanitaria sin atender a criterios de capacidad del empresario para desarrollar las prestaciones propias del concierto. Esta desigualdad en el trato no está justificada de forma objetiva y razonable.

SEXTO. Se solicita también la suspensión cautelar de la Ley de la Generalitat Valenciana 7/2017, de 30 de marzo, sobre acción concertada para la prestación de servicios a las personas en el ámbito sanitario.

Valorados los antecedentes expuestos se adopta el presente acuerdo con base en los siguientes

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. En el escrito de petición de interposición de recurso de inconstitucionalidad se aduce la producción de una alteración competencial entre Estado y Comunidades Autónomas. La aprobación de la Ley de la Generalitat Valenciana 7/2017, de 30 de marzo, sobre acción concertada para la prestación de servicios a las personas en el ámbito sanitario, a juicio de los comparecientes no respeta el contenido de Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que constituye la normativa básica del Estado vulnerando así el artículo 149.1.16 CE.

En supuestos como el presente, en que la eventual tacha de inconstitucionalidad se circunscribe a la invasión de competencias del Estado por parte de una Comunidad Autónoma, la institución del Defensor del Pueblo tiene como criterio no intervenir haciendo uso de su legitimación para interponer recurso de inconstitucionalidad, a no ser que la cuestión afecte de modo directo al ejercicio de algunos derechos o libertades fundamentales que contiene el Título I de la Constitución española, ya que, de acuerdo

con el artículo 32 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, para la defensa de sus propias competencias está legitimado el Presidente del Gobierno.

En este sentido hay que traer a colación que el Gobierno de Aragón aprobó la Ley 11/2016, de 15 de diciembre, de acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario, con idéntico contenido a la Ley de la Generalitat Valenciana, que no ha sido impugnada ante el Tribunal Constitucional por quien ostenta la legitimación para ello.

SEGUNDO. Se fundamenta la inconstitucionalidad de la norma por la infracción del Derecho de la Unión Europea, en concreto, por el incumplimiento del contenido de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/UE.

En primer lugar, hay que aclarar que el Preámbulo de la Ley 7/2017, de 30 de marzo, sobre acción concertada para la prestación de servicios a las personas en el ámbito sanitario, no hace una cita literal de la Directiva 2014/24/UE, como se afirma en el escrito de solicitud de interposición de recurso de inconstitucionalidad, sino que extracta las ideas de los considerandos de la misma.

Así, la Directiva 2014/24/UE, en su considerando 6 advierte que “Conviene aclarar que los servicios no económicos de interés general deben quedar excluidos del ámbito de aplicación de la presente Directiva” y en el considerando 114 establece 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. Debe establecerse un régimen específico para los contratos públicos relativos a tales servicios, con un umbral más elevado que el que se aplica a otros servicios.

... / ...

Los 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 nº26. Al hacerlo, los Estados miembros también deben perseguir los objetivos de simplificación, reducción de la carga administrativa de poderes adjudicadores y operadores económicos; es preciso aclarar, que 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».

Este es el fundamento del artículo 77 de dicha Directiva, que establece contratos reservados, en concreto en materia de servicios sociales, culturales y de salud. Por lo tanto, tratándose ésta de una materia transferida a las Comunidades Autónomas, éstas podrán llevar a cabo la organización de su sistema sanitario de la manera que estimen adecuada siempre en el marco de la Constitución.

En cualquier caso, la posible contrariedad del contenido de la Ley 7/2017, de 30 de marzo, sobre acción concertada para la prestación de servicios a las personas en el ámbito sanitario con el Derecho de la Unión Europea carece de alcance constitucional, cuyo control corresponde a los jueces y tribunales nacionales ordinarios que deben velar por la correcta aplicación del Derecho de la Unión Europea, utilizando para ello los mecanismos que el ordenamiento jurídico prevé, sobre todo en caso de contradicción, pero quedan excluidas de los recursos de amparo y de los procesos constitucionales. Esta ha sido y es la visión acuñada por el Tribunal Constitucional que resume en la STC 58/2004, fundamento jurídico 10, que sostiene lo siguiente:

«Así pues, en principio, "la tarea de garantizar la recta aplicación del Derecho comunitario europeo por los poderes públicos nacionales es ... una cuestión de carácter infraconstitucional y por lo mismo excluida tanto del ámbito del proceso de amparo como de los demás procesos constitucionales" (STC/1991, de 4 de febrero, FJ 4) porque, "a semejanza de lo que acontece en las cuestiones de inconstitucionalidad (SSTC 17/1981, 133/1987, 119/1991, y 111/1993), la decisión sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial corresponde, de forma exclusiva e irreversible, al órgano judicial que resuelve el litigio" (SSTC 180/1993, de 31 de mayo, FJ 2; 201/1996, de 9 de diciembre, FJ 2). Por este motivo hemos afirmado que, "sin perjuicio de que el art. 177 TCEE, alegado por el recurrente, pertenece al ámbito del Derecho comunitario y no constituye por sí mismo canon de constitucionalidad (SSTC 28/1991 y 64/1991), ninguna vulneración existe de los derechos garantizados por el art. 24.1 CE cuando el Juez o Tribunal estima que no alberga dudas sobre la interpretación que haya de darse a una norma de Derecho comunitario o sobre su aplicación en relación con los

hechos enjuiciables en el litigio y decide por ello no plantear la consulta que se le solicita" (STC 201/1996, de 9 de diciembre, FJ2; y en el mismo sentido SSTC 111/1993, de 25 de marzo, FJ 2; 203/1996, de 9 de diciembre, FJ 2; y ATC 296/1993, de 4 de octubre, FJ 2). En consecuencia la decisión de no plantear una cuestión prejudicial al amparo del art. 234 TCE -al igual que ocurre con la decisión de no plantear cuestión de inconstitucionalidad al abrigo del art. 163 CE- no implica *per se* la lesión de las garantías previstas en el art. 24 CE, ni de quien pretendía dicho procedimiento y obtuvo satisfacción a su pretensión, ni de quien, sin haberlo solicitado, pueda verse perjudicado por su no planteamiento.»

Esta doctrina del carácter infraconstitucional de las normas del Derecho de la Unión Europea se ha repetido en sentencias posteriores como la 136/2011, cuyo fundamento jurídico 12 d) dice textualmente:

«En efecto, hemos afirmado con carácter general que «los Tratados internacionales no constituyen canon para el enjuiciamiento de la adecuación a la Constitución de normas dotadas de rango legal» (SSTC 235/2000 y 12/2008, y en sentido parecido, SSTC 49/1988 y 28/1991). Más concretamente, y, con relación al Derecho comunitario, tenemos dicho que “no nos corresponde controlar la adecuación de la actividad de los poderes públicos nacionales al Derecho comunitario europeo, pues este control compete a los órganos de la jurisdicción ordinaria, en cuanto aplicadores que son del Ordenamiento comunitario, y, en su caso, al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas” (STC 41/2002 y en sentido parecido, SSTC 28/1991, 64/1991, 213/1994, y 120/1998,). La contradicción entre una norma estatal y una norma europea es una tarea que este Tribunal ha excluido, en principio, de los procesos constitucionales (SSTC 64/1991 y 329/2005), habida cuenta que ni el Derecho comunitario originario ni el derivado “poseen rango constitucional y, por tanto, no constituyen canon de la constitucionalidad de las normas con rango de ley” (SSTC 292/2000 y en el mismo sentido, entre otras muchas, STC 372/1993).

Lo anterior no impide, sin embargo, que las disposiciones tanto de los tratados y acuerdos internacionales, como del Derecho comunitario derivado, a tenor del art. 10.2 CE, en la medida que “pueden desplegar ciertos efectos en relación con los derechos fundamentales” (STC 254/1993), puedan constituir “valiosos criterios hermenéuticos del sentido y alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce” SSTC 292/2000, y 248/2005; Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, y en sentido similar, STC 254/1993), convirtiéndose así en “una fuente interpretativa que contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos cuya tutela se pide a este Tribunal Constitucional” (SSTC 64/1991, y 236/2007), quien precisará su concreto contenido, entonces, “a partir de la concurrencia, en su definición, de normas internacionales y normas estrictamente internas” (Declaración 1/2004, de 13 de diciembre).

En consecuencia, siendo el vicio que la demanda imputa al art. 107 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, exclusivamente la violación del «art. 92 del Tratado de la Unión Europea» (actual art. 107 del Tratado de Funcionamiento

de la Unión Europea), y no a precepto alguno de la Constitución, no cabe sino rechazar también esta última cuestión."

Con posterioridad el Tribunal Constitucional ha reiterado los mismos argumentos en numerosas ocasiones, entre otras en STC 239/2012, fundamento jurídico 5:

«Finalmente, también hay que negar que la vulneración de estos principios constitucionales pueda provenir de una inadecuada transposición al ordenamiento jurídico interno de una directiva comunitaria. El principio de jerarquía normativa (art. 9.3 CE) no entra en juego en las relaciones entre el Derecho comunitario y el Derecho nacional que se rigen, como este Tribunal ha tenido ocasión de afirmar en anteriores ocasiones (por todas, STC 145/2012, de 2 de julio, F.5), por el principio de primada. Tampoco se produce vulneración del art. 9.1 CE, pues es doctrina reiterada (por todas, STC 120/2012, de 4 de junio, F.2) que a este Tribunal "no le corresponde controlar la adecuación de la actividad de los poderes públicos nacionales al Derecho comunitario europeo, pues este control compete a los órganos de la jurisdicción ordinaria, en cuanto aplicadores que son del ordenamiento comunitario, y, en su caso, al Tribunal de Justicia de la Unión Europea; dicho de otro modo, la tarea de garantizar la recta aplicación del Derecho comunitario europeo por los poderes públicos nacionales es una cuestión de carácter infraconstitucional". Por último, cabe recordar, que es también doctrina de este Tribunal (por todas, SSTC 13/1998, de 22 de enero, F.3, y STC 1/2012, de 13 de enero, F.9) que "cuando los procesos constitucionales "tienen por objeto disputas competencia/es que tengan su origen en la transposición al Derecho interno de una Directiva comunitaria no corresponde a este Tribunal decidir si la Directiva ha sido o no correctamente incorporada al ordenamiento interno ni, en su caso, si está siendo correctamente aplicada (SSTC 64/1991, fundamento jurídico 4, y 147/1996, fundamento jurídico 3)».

La STC 212/2014, de 18 de diciembre, reitera en su fundamento jurídico 3º idénticas palabras que la STC 58/2004, más arriba citada, a la que se remite. Por tanto el aspecto aducido por ASPE sobre la posible afección del Derecho de la Unión Europea no es una cuestión que se pueda plantear ante el Tribunal Constitucional como se pretende.

TERCERO. Se plantea la contradicción de la nueva normativa con el artículo 9.3 CE, en dos aspectos, de un lado por no respetar la jerarquía normativa, a cuyo fin se alude a la infracción de la normativa básica del Estado y, de otro, se afirma la vulneración del principio de seguridad jurídica por la incertidumbre y confusión que crea la norma al ser contradictoria en sí misma y en relación con su vinculación con la Directiva 2014/24/UE.

En cuanto a la infracción de la jerarquía normativa entre una ley autonómica y una ley estatal, el Tribunal Constitucional explicó tempranamente, en su Sentencia 5/1981, que la relación entre leyes de parlamentos distintos supone que «el conflicto habrá de resolverse en virtud del principio de competencia para determinar qué materias han quedado constitucional y estatutariamente conferidas a los órganos legislativos de las Comunidades Autónomas y cuáles corresponden a las Cortes Generales». El argumento

se refiere a una cuestión de distribución de competencias entre el Estado y la Generalidad Valenciana, que esta institución no entra a valorar según se ha indicado en el fundamento primero de esta resolución, al haber sujetos legitimados para la defensa de sus competencias en el supuesto de que consideren que están siendo invadidas.

El segundo aspecto de inconstitucionalidad invocado por ASPE en relación con el artículo 9.3 CE hace referencia al principio de seguridad jurídica que este precepto garantiza, al afirmar que la Ley 7/2017, de 30 de marzo, sobre acción concertada de servicios a las personas en el ámbito sanitario, crea incertidumbre y confusión, principalmente entre los artículos 10 y 11 en cuanto a la gratuidad o no del servicio y respecto a la aplicabilidad de la Directiva 2014/24/UE.

En primer término hay que especificar la inexistencia de contradicción entre los dos preceptos aludidos, pues el artículo 10, transcrito en el antecedente primero de esta resolución, determina las obligaciones de las entidades que formen parte de la acción concertada en su relación con los usuarios de la sanidad, para quienes el servicio es gratuito o puede estar sujeto a participación económica por dicho usuario en función de las normas vigentes en cada momento y sin embargo; el artículo 11 bajo la rúbrica "Pago del coste de la acción concertada" se refiere a la relación dentro del concierto creada entre la Administración adjudicadora y la entidad sin ánimo de lucro.

El artículo 11 contiene las reglas para el pago del coste del servicio prestado en función de las personas atendidas, con y sin participación económica por los usuarios de la sanidad. Además, el número 6 establece una cláusula de reintegro de las cantidades indebidamente percibidas, lo que evidencia que la acción concertada solo sufraga los gastos efectivamente producidos.

Tampoco produce incertidumbre la aplicabilidad de la Directiva 2014/24/UE pues el Preámbulo de la Ley es clarificador en este aspecto cuando dice:

«La Directiva 2014/24/UE, en el marco de las previsiones del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, afirma expresamente que la aplicación de la normativa contractual pública no es la única posibilidad de la que gozan las autoridades competentes para la gestión de los servicios a las personas. En consecuencia, no parece oportuno que se restrinjan las posibilidades de organización de dichos servicios con terceros, admitiéndose únicamente las que derivan de la legislación de contratos del sector público. Esta disposición de nuestro derecho comunitario, precisamente su considerando 114, avala la tesis que se plantea en esta ley, al destacar que 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, pueden acceder a la gestión de estos servicios.

Las formas de prestación de los servicios de carácter sanitario a las personas, que se establece mediante ley, se basan en una concepción

equilibrada y complementaria de gestión directa, indirecta y acción concertada garantizando la aplicación de la normativa de contratación del sector público, con las economías que genera, siempre que los operadores económicos actúen en el mercado con ánimo de lucro y, consecuentemente, incorporando a los precios beneficio industrial. Es por ello que la acción concertada se ciñe, en el marco de la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a entidades sin ánimo de lucro, de forma que su retribución se limita al reintegro de costes y siempre en el marco del principio de eficiencia presupuestaria.

De este modo, la prestación de servicios en régimen de gestión directa, objetiva de los costes; la gestión indirecta recurre al mercado para la determinación de los precios, y en la acción concertada, mediante módulos, permite un adecuado control de los costes de las diferentes prestaciones que, además, conforme a esta ley, deben ser transparentes y publicarse periódicamente.

Esta ley da cabida a la prestación de servicios a las personas mediante la acción concertada de la administración con entidades sin ánimo de lucro; no planteando duda alguna desde el punto de vista del operador económico ya que se entiende que, si este operador aspira legítimamente a obtener un beneficio empresarial, como consecuencia de su relación con la administración, ésta solo podrá hacerlo en el marco de un proceso de contratación pública.

Hay que traer a colación tanto la capacidad de organización de la prestación de servicios no económicos de interés general a las personas, reconocida por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, como la reciente normativa europea sobre contratación, y la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de enero de 2016 (asunto C-50/14). En esta última se admite la colaboración con entidades sin ánimo de lucro autorizada, por la legislación de los estados miembros, como instrumento para la consecución de los objetivos de solidaridad y de eficiencia presupuestaria, controlando los costes de los servicios a las personas siempre que estas entidades «no obtengan ningún beneficio de sus prestaciones, independientemente del reembolso de los costes variables, fijos y permanentes necesarios para prestarlas, ni proporcionen ningún beneficio a sus miembros»."

De estas afirmaciones se deduce que, dentro de lo establecido en el artículo 2 de la Ley 7/2017, de 30 de marzo, que determina la gestión de la prestación a las personas de servicios de carácter sanitario, la Directiva se aplica cuando se está en presencia de la gestión indirecta con arreglo a alguna de las fórmulas de la normativa sobre contratos del sector público y, no será así, en los casos de acción concertada en que la propia norma europea excluye su aplicabilidad y permite otras posibilidades, salvo en lo referente a los principios de transparencia y no discriminación. También en este supuesto serán los Tribunales de justicia quienes habrán de decidir el respeto al Derecho de la Unión y las obligaciones que impone, en los asuntos que conozcan.

Para el alto Tribunal la seguridad jurídica es «suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad»; es una adición de estos principios equilibrada de tal suerte que permita promover en el orden jurídico la justicia y la igualdad en libertad (STC 27/1981; 99/1987; 227/1988; 150/1990) aunque ello no quiere decir que no tenga valor en sí mismo (STC 99/1987; 225/1998).

Cuando se alude a la seguridad jurídica hay que referirse a la certeza de la norma y en la norma, así lo ha entendido el Tribunal Constitucional, en Sentencia 104/2000, cuyo fundamento jurídico 7º, dice textualmente:

«Es decir, la seguridad jurídica entendida como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados, como la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho, como la claridad del legislador y no la confusión normativa. En suma, sólo si, en el ordenamiento jurídico en que se insertan y teniendo en cuenta las reglas de interpretación admisibles en Derecho, el contenido o las omisiones de un texto normativo produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma infringe el principio de seguridad jurídica.»

El principio de seguridad jurídica constitucional, según la Sentencia 126/1987, no se puede entender como un derecho de los ciudadanos a la permanencia de una determinada regulación, en los siguientes términos:

«Ahora bien, el principio de seguridad jurídica no puede erigirse en valor absoluto por cuanto daría lugar a la congelación del ordenamiento jurídico existente, siendo así que éste, al regular relaciones de convivencia humana, debe responder a la realidad social de cada momento como instrumento de perfeccionamiento y de progreso». (Fundamento jurídico 11º)

En idéntico sentido se pronunció la Sentencia 129/1987, fundamento jurídico 5º:

«Tampoco vulnera el mismo el principio de seguridad jurídica, se afirma en el fundamento jurídico 6º apartado c), al tratarse de una norma claramente formulada y formalmente publicada, no merecedora del atributo de incierta: Las modificaciones operadas por el precepto en cuestión están en el ámbito de la potestad legislativa, que no puede permanecer inerte ni inactiva ante la realidad social y las transformaciones que la misma impone. Finalmente, y como se indica en la Sentencia mencionada, no hay tampoco indicios de arbitrariedad en los preceptos que se cuestionan, que representa la opción del poder legislativo para configurar una determinada materia, siendo necesario que aparezca, para apreciar la presencia de arbitrariedad, que la falta de proporción entre los fines perseguidos y los medios empleados implique un sacrificio excesivo e innecesario de derechos que la Constitución garantiza [fundamento jurídico 4º a) y b)]: lo que, como se ha indicado, no es aquí apreciable.»

Esta doctrina se ha mantenido en el tiempo, así la Sentencia 93/2013, el fundamento jurídico 10 dice textualmente:

“... Nuestra doctrina respecto a este principio la sintetiza la STC 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 9, en los términos siguientes: «Hemos dicho, con relación al principio de seguridad jurídica previsto en el art. 9.3 CE que ha de entenderse como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados (STC 15/1986), como la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho (STC 36/1991), o como la claridad del legislador y no la confusión normativa (STC 46/1990). De tal modo, que si en el Ordenamiento jurídico en que se insertan las normas, teniendo en cuenta las reglas de interpretación admisibles en Derecho, el contenido o las omisiones de un texto normativo produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma infringe el principio de seguridad jurídica (SSTC 150/1990; 42/1993; 212/1996; 104/2000; 96/2002; y 248/2007).»

Conforme a dicha doctrina es claro que el reproche formulado no puede ser admitido, ya que la norma no genera incertidumbre de ninguna clase que contraría el principio de seguridad jurídica previsto en el art. 9.3 CE, pues se trata de una previsión legal clara en sus términos que, por lo demás, no resulta desconocida en numerosos ámbitos de nuestro ordenamiento jurídico. En todo caso, parece que lo que preocupa a los recurrentes es el mal uso que se pueda hacer de esa norma y que pueda dar lugar a situaciones de fraude, argumento que en modo alguno puede justificar su inconstitucionalidad, correspondiendo a su aplicador, y, en último término, a los Tribunales de justicia, determinar si los medios de prueba de que intenten valerse los interesados resultan o no admisibles, y si de ellos se puede concluir la presencia efectiva de una unión estable.”

En la misma línea la STC 84/2015, que estudia el modelo establecido en la Comunidad de Madrid para la gestión del servicio de sanidad, en su fundamento jurídico 3 b) afirma:

"b) ... En la resolución de esta queja ha de tomarse en consideración que, conforme a la doctrina de este Tribunal, «la seguridad jurídica ha de entenderse como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados, procurando la claridad y no la confusión normativa (STC 46/1990), y como la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho (STC 36/1991). En definitiva, sólo si el ordenamiento jurídico en que se insertan, y teniendo en cuenta las reglas de interpretación admisibles en Derecho, el contenido o las omisiones de un texto normativo produjeran confusión o dudas que generan en sus destinatarios incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma infringe el principio de seguridad jurídica» (STC 96/2002; o STC 93/2013).

En el presente caso, la norma no parece producir el efecto alegado pues más bien se plantea en el escrito el rechazo a un modelo de gestión del servicio a las personas de carácter sanitario por las entidades que, en principio, no pueden participar en los conciertos, salvo que cumpliesen el requisito de crear una entidad sin ánimo de lucro para ello, lo que la norma claramente permite.

La aprobación de la Ley 7/2017, de 30 de marzo, sobre acción concertada para la prestación de servicios a las personas en el ámbito sanitario, ha sido debidamente publicada y no afecta a la certeza de la norma, ni a su claridad, exigencias establecidas por el Tribunal Constitucional para estimar la infracción invocada del artículo 9.3.

CUARTO. Se razona la quiebra del principio de igualdad proclamado en el artículo 14 CE al deparar un trato diferente a las entidades con ánimo de lucro respecto a las entidades sin ánimo de lucro en la acción concertada sanitaria en Valencia, pues quedan excluidas aquéllas en la prestación del servicio.

Sobre el alcance del principio de igualdad el Tribunal Constitucional ha elaborado en numerosas sentencias una detallada doctrina cuyos rasgos esenciales pueden resumirse como sigue:

- a) No toda desigualdad de trato en la ley supone una infracción del art. 14 CE, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable.
- b) El principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional.
- c) El principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas, por no venir fundadas en criterios objetivos y suficientemente razonables de acuerdo con juicios de valor generalmente aceptados.
- d) Para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable, además, que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos (por todas, SSTC 76/1990, fundamento jurídico 9A); y 214/1994, fundamento jurídico 8B).

- e) Es también doctrina reiterada de ese Tribunal que la igualdad ante o en la ley impone al legislador el deber de dispensar un mismo tratamiento a quienes se encuentran en situaciones jurídicas iguales, con prohibición de toda desigualdad que, desde el punto de vista de la finalidad de la norma cuestionada, carezca de justificación objetiva y razonable o resulte desproporcionada en relación con dicha justificación (SSTC 3/1983, fundamento jurídico 3º; 75/1983, fundamento jurídico 2º; 6/1984, fundamento jurídico 2º; 209/1988, fundamento jurídico 6º; 76/1990, fundamento jurídico 9º; 214/1994, fundamento jurídico 8º; 9/195, fundamento jurídico 2º; 164/1995, fundamento jurídico 7º; 134/1996, fundamento jurídico 5º; 117/1998, fundamento jurídico 8º; y 46/1999, fundamento jurídico 2º, por todas).

De todo ello se deduce que no hay desigualdad entre entidades que parten de situaciones diferentes pues unas persiguen la finalidad legítima de la obtención de un beneficio empresarial y otras carecen de ánimo de lucro, luego no se está en las mismas condiciones ni se ostenta la misma posición.

La cuestión por tanto se centra en si se puede proceder a comparar dos tipos de entidades con finalidades distintas, en palabras del propio Tribunal Constitucional, STC 146/2012, fundamento jurídico 3:

«En efecto, como este Tribunal tiene reiteradamente señalado, el juicio de igualdad es de carácter relacional. Requiere como presupuestos obligados, de un lado, que, como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas y, de otro, que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso. Sólo una vez verificado uno y otro presupuesto resulta procedente entrar a determinar la licitud constitucional o no de la diferencia contenida en la norma (SSTC 148/1986; 29/1987; 181/2000; 1/2001; y 200/2001, por todas).»

El Tribunal Constitucional, en Auto 166/1999, tuvo la oportunidad de analizar si el diferente tratamiento jurídico dispensado por la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita a las personas jurídicas de «interés general» y el resto de asociaciones y sociedades con interés particular, afectaba al derecho de igualdad recogido en el artículo 14 CE, llegando a la conclusión de que son realidades diferentes y que el legislador cuenta con margen en atención a los intereses públicos y privados implicados.

Además no hay que perder la perspectiva de la finalidad perseguida por la norma cual es la materialización del derecho a la protección a la salud, reconocido en el artículo 43 de la Constitución, que impone a los poderes públicos el deber de organizar y tutelar la salud pública a través de las medidas preventivas y de la prestación de los servicios

necesarios. Desde este punto de vista la posible singularización en la acción concertada sanitaria a favor de las entidades sin ánimo de lucro quedaría encuadrada en la Constitución, pues como dice el propio Tribunal Constitucional, en STC 158/1993:

«De conformidad con una reiterada doctrina de este Tribunal, el principio constitucional de igualdad exige, en primer lugar, que las singularizaciones y diferenciaciones normativas respondan a un fin constitucionalmente válido para la singularización misma; en segundo lugar, requiere que exista coherencia entre las medidas adoptadas y el fin perseguido y, especialmente, que la delimitación concreta del grupo o categoría así diferenciada se articule en términos adecuados a dicha finalidad y, por fin, que las medidas concretas o, mejor, sus consecuencias jurídicas sean proporcionadas al referido fin.»

La acción concertada tiene como objetivo prestar el servicio sanitario bajo los principios del artículo 4 de la Ley 7/2017, de 30 de marzo, entre otros «a) Subsidiaridad, conforme al cual la acción concertada con entidades públicas o privadas sin ánimo de lucro estará subordinada, con carácter previo, a la utilización óptima de los recursos propios» ... «g) Eficiencia presupuestaria ...»

Cuando lo que está en juego es la sostenibilidad del sistema, el alto Tribunal considera que esta finalidad es objetiva y razonable en la aceptación de diferencias «sin que ello pueda ser calificado de arbitrario ni haya dado lugar a desigualdades entre las empresas del sector.» (STC 30/2016)

A ello hay que añadir que la norma no excluye a las entidades con ánimo de lucro de la prestación del servicio sanitario en Valencia, ya que el artículo 2 admite la gestión indirecta y permite el acceso a la acción concertada a través de la creación de fórmulas *ad hoc* para ello.

Tras el estudio de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la materia se deduce que no existen motivos suficientes para estimar que la Ley 7/2017, de 30 de marzo, sobre acción concertada para la prestación de servicios a las personas en el ámbito sanitario, sea contraria al artículo 14 CE pues busca la materialización del derecho a la salud a través de la optimización de los recursos.

QUINTO. Conviene aclarar que el modelo del sistema de salud en España ha pasado por diversas etapas, así el utilizado durante los dos primeros tercios del siglo XX era el de gestión directa, por ser un elemento caracterizador del Estado social. A raíz de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, se establece un sistema mixto, integrado por una red pública y otra red privada de centros sanitarios, y se conforma al Estado como promotor y garante de los servicios sanitarios pero sin cerrarse a la sociedad civil cuya acción sanitaria impulsa a través de asociaciones, fundaciones y otras entidades sin ánimo de lucro y de interés social, estableciendo expresas fórmulas de colaboración. Más tarde, con la Ley 15/1997, de 25 de abril, se flexibilizan las formas de gestión directa e indirecta de centros sanitarios públicos posibilitando mayor grado de colaboración

público-privada; y finalmente la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Calidad y Cohesión del sistema Nacional de Salud, sienta como principio la colaboración entre los servicios sanitarios públicos y privados en la prestación de servicios a los usuarios del Sistema Nacional de Salud. Por tanto, el sistema sanitario es un sistema mixto, que se ha venido a denominar por la doctrina administrativa como servicio público compartido.

Una de las fórmulas de colaboración público-privada es la del concierto sanitario, para la gestión de determinados servicios o prestaciones sanitarias que el servicio público no puede cubrir directamente por sus propias carencias, sin excluir la gestión indirecta como hace el artículo 2 de la Ley de la Generalitat Valenciana 7/2017, de 30 de marzo, sobre acción concertada para la prestación de servicios a las personas en el ámbito sanitario.

Todas estas fórmulas tienen cabida en una Constitución que huye de la fijación de un modelo económico concreto para evitar imponer a los poderes públicos tener que encajar en el mismo todas sus decisiones, sin dejar libertad al legislador para su establecimiento.

El Tribunal Constitucional en la STC 84/2015 proclama la titularidad pública del sistema de salud pero admite diferentes formas de gestión del mismo.

SEXTO. Queda descartado el análisis de la solicitud de suspensión cautelar de la Ley, ya que no se ha llegado a la convicción de que la norma pueda vulnerar los preceptos constitucionales, salvo mejor criterio.

Por todo ello y en base a las consideraciones que anteceden, el Defensor del Pueblo ha estimado la conveniencia de adoptar la siguiente

RESOLUCIÓN

Sentados estos presupuestos, y de acuerdo con la opinión unánime de la Junta de Coordinación y Régimen Interior, en su reunión del día 27 de junio de 2017 y con pleno respeto a cualquier otra opinión diferente, la Defensora del Pueblo resuelve, en relación con lo contenido en el artículo 162.1 a) de la Constitución Española y el artículo 32.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, **no interponer** recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 7/2017, de 30 de marzo, sobre acción concertada para la prestación de servicios a las personas en el ámbito sanitario.