



SECCION Nº 1 DE LA SALA DE LO
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL
SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON

C/ Coso, 1, Zaragoza

Zaragoza

Teléfono: 976 208 351, 976 208 350

Email.:tribunalsuperiorcontenciosos1zaragoza@justicia.aragon.es

Modelo: PO185

Sección: A4

Proc.: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Nº: **0000280/2017**

NIG: 5029733320170000601

NOT. 28-02-24

Puede relacionarse telemáticamente con esta Admón.
a través de la sede electrónica (personas jurídicas)
<https://sedejudicial.aragon.es/>

Firmado por:
JUAN JOSÉ CARBONERO REDONDO,
JUAN CARLOS ZAPATA HIJAR,
JAVIER ALBAR GARCIA

SENTENCIA Nº 000065/2024

ILMOS. SEÑORES

PRESIDENTE

Don Juan Carlos Zapata Híjar

MAGISTRADOS

Don Javier Albar García

Don Juan José Carbonero Redondo

En Zaragoza, a 12 de febrero de 2024

En nombre de S.M. el Rey.

VISTO, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN (Sección Primera), el recurso contencioso-administrativo número 280 de 2017, seguido entre partes; como demandante, la entidad **ASOCIACIÓN ESTATAL DE ENTIDADES DE SERVICIOS DE ATENCIÓN A DOMICILIO (ASADE)**, representada por Procuradora Dña. María del Mar Pascual Obis y como demandada la **DIPUTACIÓN GENERAL DE ARAGÓN (CONSEJERÍA DE SANIDAD)**, representada y asistida por la Letrada de sus Servicios Jurídicos, según los siguientes,



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La entidad recurrente, a través de su representación procesal, por escrito que tuvo entrada en la Secretaría de esta Sala en fecha de 20 de octubre de 2017, interpuso recurso contencioso administrativo contra la Orden SAN/1221/2017, de 21 de julio, por la que se establecen los precios y tarifas máximas aplicables en la prestación de servicios sanitarios con medios ajenos al Sistema de Salud de Aragón, así como frente a la Orden del Consejero de Sanidad por la que se aprueba el expediente relativo al acuerdo de acción concertada para la atención en dispositivos asistenciales de carácter residencial para enfermos de SIDA en la Comunidad Autónoma de Aragón, de 21 de agosto de 2017, así como frente al anuncio de convocatoria del acuerdo de acción concertada antedicho y las bases del proceso de selección, de la misma fecha; asimismo, de forma indirecta se recurre el Decreto 62/2017 de 11 de abril del Gobierno de Aragón, sobre acuerdos de acción concertada de servicios sanitarios y convenios de vinculación con entidades públicas y entidades sin ánimo de lucro.

SEGUNDO.- Admitido a trámite, por la representación procesal de la entidad recurrente ASADE, se formuló demanda, y en la que tras relacionar los hechos y fundamentos de derecho que estimaba aplicables, terminó suplicando que se dicte sentencia por la que, estimando el recurso interpuesto, declare la nulidad de pleno derecho de la Ley 11/2016, de 15 de diciembre, de acción concertada para la presentación de servicios de carácter social y sanitario de Aragón en lo que hace referencia a las entidades sin ánimo de lucro y cooperativas asimiladas, del Decreto 62/2017, de 11 de abril, del Gobierno de Aragón, sobre Acuerdos de Acción Concertada de Servicios Sanitarios y Convenios de vinculación con Entidades Públicas y Entidades sin Ánimo de Lucro en lo que hace referencia a las entidades sin ánimo de lucro y cooperativas asimiladas, de la Orden SAN/1221/2017, en lo relativo a la fijación de tarifas de acción concertada para entidades sin ánimo de lucro y equivalentes, o en su caso, subsidiariamente, su anulabilidad por haberse dictado prescindiendo del trámite de audiencia e información pública, retrotrayendo las actuaciones al momento del inicio de su tramitación, así como de los actos de ejecución de las anteriores disposiciones también aquí impugnadas.

Firmado por:
JUAN JOSÉ CARONERO REDONDO,
JUAN CARLOS ZAPATA HUIAR,
JAVIER ALBAR GARCIA

Fecha: 26/02/2024 09:54

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación:
<https://psp.justicia.aragon.es/SCDD/index.html>

CSV: 5029733001-82c4db20123f6d1dfc7f326bbf2cb063LSEAQ==

Firmado por:
JUAN JOSÉ CARBONERO REDONDO,
JUAN CARLOS ZAPATA HUIAR,
JAVIER ALBAR GARCIA

Fecha: 26/02/2024 09:54

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación:
<https://psp.justicia.aragon.es/SCDD/index.html>

CSV: 5029733001-82c4db20123f6d1dfc7f326bbf2cb063LSEAQ==

TERCERO.- Se dio traslado a la Administración demandada, de la demanda para contestación, lo que así hizo, formulando escrito en el que tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó suplicando que se dicte sentencia por la que se proceda a la inadmisibilidad, o subsidiaria desestimación de las pretensiones contenidas en el primer punto del suplico de la demanda y al desestimación de las restantes pretensiones del presente recurso, por ser conformes a derecho las disposiciones impugnadas.

CUARTO.- No habiendo lugar a recibir el pleito a prueba y evacuado traslado para conclusiones por la entidad recurrente tan sólo, quedaron pendientes los autos de señalamiento para votación y fallo, que se celebró el día señalado, 10 de junio de 2020.

QUINTO.- Por providencia de 15 de octubre de 2020, con suspensión del plazo para dictar sentencia, se dio traslado a las partes para alegaciones sobre la pertinencia del planteamiento de cuestión prejudicial ante el TJUE.

SEXTO.- Evacuado traslado con el resultado que consta en autos, por auto de 23 de noviembre de 2020, esta sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo planteó cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en los términos formulados en la parte dispositiva de dicho auto, y quedó en suspenso la tramitación del procedimiento.

SÉPTIMO.- En fecha de 14 de julio de 2022, el TJUE dictó sentencia en asunto C-436/2020, promovido a instancia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que fue notificada a esta Sala, requiriendo informe sobre mantenimiento de la cuestión planteada por esta Sala. Por providencia de esta Sala de 22 de septiembre de 2022, se puso en conocimiento del TJUE que esta Sala mantenía la cuestión prejudicial planteada. Como resultado, el TJUE dictó auto de 31 de marzo de 2023,

por el que resolvió las cuestiones propuestas por esta Sala, no coincidentes con las resueltas en la sentencia de 14 de julio de 2022.

OCTAVO.- Por providencia de esta Sala de 19 de abril de 2023, se dio traslado de la resolución dictada por el TJUE a las partes para alegaciones, con el resultado que consta en autos. Por providencia de 14 de septiembre de 2023, se señaló para votación y fallo, y en el día señalado, se celebró el acto.

Ha sido Ponente de la presente resolución, el Ilmo. Sr. Magistrado D. Juan José Carbonero Redondo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La entidad recurrente ASADE, a través de su representación procesal, pretende la nulidad de pleno derecho de las disposiciones legales, reglamentarias y actos administrativos impugnados, esencialmente, porque la Orden que aprueba el expediente relativo al acuerdo de acción concertada concretamente impugnado aquí, junto con el anuncio del mismo y sus bases, excluye de los procesos de concertación sanitaria, limitando por consiguiente el acceso por esta vía a la prestación de servicios sanitarios, a toda entidad que no sea sin ánimo de lucro, con carácter general, y ello, por obligado desenlace de la aplicación de la normativa vigente en esta materia, concretamente, la Ley 11/2016, de 15 de diciembre de las Cortes de Aragón, de acción concertada para prestación de servicios de carácter social y sanitario de Aragón, así como el Decreto del Gobierno de Aragón 62/2017, de 11 de abril, sobre acuerdos de acción concertada de servicios sanitarios y convenios de vinculación con entidades públicas y entidades sin ánimo de lucro, y, en fin, la Orden SAN/1221/2017, de 21 de julio, por la que se establecen precios y tarifas máximas aplicables en la prestación de servicios sanitarios con medios ajenos al Servicio Aragonés de Salud.

Considera que la normativa nacional no puede sustraerse a la aplicación de la normativa de contratos, y en realidad lo que hace es establecer procesos de adjudicación similares a los contratos de servicios, a los que sólo pueden optar entidades sin ánimo de lucro, cuando de la Jurisprudencia del TJUE, sólo cabe concluir en la posibilidad de adjudicar

Firmado por:
JUAN JOSÉ CARBONERO REDONDO,
JUAN CARLOS ZAPATA HUIAR,
JAVIER ALBAR GARCÍA

Fecha: 26/02/2024 09:54

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación:
<https://psp.justicia.aragon.es/SCDD/index.html>

CSV: 5029733001-82c4db20123f6d1dfc7f326bbf2cb0631.SEAQ==

Firmado por:
JUAN JOSÉ CARONERO REDONDO,
JUAN CARLOS ZAPATA HUIAR,
JAVIER ALBAR GARCÍA

Fecha: 26/02/2024 09:54

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación:
<https://psp.justicia.aragon.es/SCDD/index.html>

CSV: 5029733001-82c4db20123f6d1dfc7f326bbf2cb0631.SEAQ==

contratos tan sólo a organizaciones de voluntarios y por razones de eficiencia presupuestaria y solidaridad (STJUE de 9 de junio de 2014 (C-574/12) y de 28 de enero de 2016, CASTA y Otros (C-50/14)). Sostiene que la Ley 11/2016, así como el resto de las disposiciones reglamentarias impugnadas, incurren en vulneración del artículo 49 del TFUE, y 15 de la Directiva de Servicios. Es Jurisprudencia reiterada del TJUE, dice, que sólo cabe una restricción a la libertad de establecimiento, limitando el acceso a determinadas actividades a operadores que tengan una forma jurídica específica como es el caso de entidades sin ánimo de lucro, cuando concurren concretos motivos excepcionales, relacionados con los principios de solidaridad y de eficiencia presupuestaria, y es el caso, reconocido en la jurisprudencia de la viabilidad de adjudicación directa del transporte sanitario a asociaciones de voluntarios y por concretas razones de eficiencia presupuestaria. Aquí en la normativa autonómica se extiende tal excepción a entidades, no sólo de voluntarios, sino también a entidades sin ánimo de lucro, ampliando las posibilidades de limitación. Por ello, entiende la necesidad de plantear cuestión prejudicial ante el TJUE, frente al artículo 2 de la Ley 11/2016.

Defiende la nulidad tanto del Decreto 62/2017, como de la Orden de fijación de tarifas y precios para la prestación de servicios sanitarios por medios ajenos, de 21 de julio de 2017. Respecto de esta última, sostiene que no se ha seguido el trámite previsto para la aprobación de una disposición de carácter general, habida cuenta la falta de trámite de audiencia e información pública, conforme a lo dispuesto en el artículo 133 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre y 49 de la Ley 2/2009, de 11 de mayo del Presidente y del Gobierno de Aragón, que entiende que es lo que es tal Orden, y por otra parte, que no concurre el supuesto habilitante, para exceptuar de un proceso de concertación a entidades con ánimo de lucro, al fallar el motivo de eficiencia presupuestaria y financiera, dado que la orden establece la misma tarifa de servicio, sea una entidad sin ánimo de lucro, que una empresa contratada conforme a la normativa de contratos, dado que se establecen tarifas aplicables a supuestos de prestación de servicios por medios ajenos, sin discriminar entre supuestos de acción concertada, y supuestos de contratación.

SEGUNDO.- La Administración demandada se opone al recurso interpuesto de contrario, alegando, en primer lugar, que el Reglamento impugnado, la Orden SAN/1221/2017, desarrolla el Decreto 62/17, de 11

Firmado por:
JUAN JOSÉ CARONERO REDONDO,
JUAN CARLOS ZAPATA HUIAR,
JAVIER ALBAR GARCÍA

Fecha: 26/02/2024 09:54

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación:
<https://psp.justicia.aragon.es/SCDD/index.html>

CSV: 5029733001-82c4db20123fc6d1dfe7f326bbf2cb063LSEAQ==

de abril, de modo que no es un reglamento ejecutivo que desarrolle el contenido de una Ley, sino que se ha tramitado como un reglamento organizativo, pues regula aspectos de organización de gestión de la acción concertada, de suerte que se ha excluido el trámite de información pública por ser innecesario. El contenido de la Orden, la fijación de precios y tarifas máximas para la prestación de servicios sanitarios con medios ajenos, estamos ante una mera decisión de naturaleza administrativa, ordenadora de la gestión de los servicios sanitarios, al ser la fijación de los límites económicos una facultad exclusiva de la Administración, reconocida por el artículo 32.2 del Decreto Legislativo 2/2004, de 30 de diciembre, del Servicio Aragonés de Salud. Es un reglamento organizativo y no ejecutivo.

En segundo lugar, alega que, conforme a lo dispuesto en los artículos 14 y 106 del TFUE y el protocolo 26º que acompaña al Tratado, así como atendido el considerando 114 de la Directiva 2014/24/UE, las Comunidades Autónomas que han legislado sobre el particular, y no sólo Aragón, atendía la propia potestad de organización, de autoorganización, en el terreno de los servicios sociales de interés general, opta por establecer diferentes formas de gestión de este tipo de servicios, y permite acceder a la gestión de los mismos a las entidades mercantiles por la vía de la gestión indirecta, de suerte que no cabe concluirse en la exclusión de entidades diferentes a las entidades sin ánimo de lucro de la gestión de este tipo de servicios.

En tercer lugar, sostiene que no es la Ley 11/2016 la que crea una tercera vía de gestión de servicios de interés general, sino la Directiva UE/2014/24, encargándose aquélla de trasponer al ordenamiento interno tal opción, tal alternativa. No es que la normativa de acción concertada vulnere la normativa de contratos, sino que son vías diferentes, pues la acción concertada no es un contrato.

En fin, considera que no se incurre en vulneración de la libertad de establecimiento, ni de la libertad de prestación de servicios. En fin, considera que es ajustado al Derecho de la Unión, reservar a entidades sin ánimo de lucro el ejercicio de la acción concertada en materia de sanidad y, en particular para la gestión de dispositivos residenciales de enfermos de SIDA, al considera que está suficientemente motivado por los principios del Derecho europeo de universalidad y de solidaridad, así como por razones de eficiencia económica y de adecuación, pues permite que ese servicio de interés general sea prestado en condiciones de equilibrio

económico en el orden presupuestario por organismos constituidos esencialmente para servicio al interés general según declara la jurisprudencia comunitaria.

TERCERO.- Expuesto cuanto antecede, la parte actora, ejerce una pretensión adicional, proponiendo, habida cuenta que, dice, el TJUE tanto en la sentencia ASADE I, como en ASADE II, rechaza que la acción concertada pueda sustraerse a la normativa de contratos, y que pueda entenderse como un instrumento organizativo de naturaleza no contractual, debiendo quedar sujeta a normativa contractual, le planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad frente a la ley 11/2016, por falta de competencia autonómica para regular la figura. Por otra parte, dado que el TJUE considera la acción concertada como sujeta a normativa de contratos, y por tanto a la Directiva 24/2014, como quiera que esta Directiva fue traspuesta por la Ley Estatal 9/2017, esta trasposición habría operado el desplazamiento de la autonómica o, en todo caso, habría base para el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad frente a la Ley 11/2016 al regular materia para lo que carece de competencia.

En relación con el Decreto 62/2017, dice que se aparta de la regulación de la Ley 9/2017, razón por la cual entiende que es nulo de pleno derecho, al apartarse lo que dispone la ley básica. Se regula la acción concertada prescindiendo del principio de estabilidad presupuestaria.

En fin, considera que la Orden SAN/1221/2017, no responde a un esquema de reembolso de costes, sino a un sistema de tarificación cerrado en que la tarifa se abona por precio unitario igual para todos; no se pide acreditación de costes que se van a reembolsar, y se paga por adelantado antes de que tales costes se acrediten. Se regula la misma tarifa para la gestión directa que para la indirecta.

Por su parte, la Letrada del Gobierno de Aragón, alegó que la prestación de la acción concertada pro entidades sin ánimo de lucro es conforme a la normativa y a la Jurisprudencia comunitaria, reiterando alegaciones que, entiende, se han visto confirmadas por los pronunciamientos del TJUE.

Firmado por:
JUAN JOSÉ CARONERO REDONDO,
JUAN CARLOS ZAPATA HUIAR,
JAVIER ALBAR GARCIA

Fecha: 26/02/2024 09:54

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación:
<https://psp.justicia.aragon.es/SCDD/index.html>

CSV: 5029733001-82c4db20123f6d1dfc7f326bbf2cb063LSEAQ==

Firmado por:
JUAN JOSÉ CARBONERO REDONDO,
JUAN CARLOS ZAPATA HUIAR,
JAVIER ALBAR GARCIA

Fecha: 26/02/2024 09:54

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación:
<https://psp.justicia.aragon.es/SCDD/index.html>

CSV: 5029733001-82c4db20123f6d1dfe7f326bbf2cb0631-SEAQ==

CUARTO.- A la vista de lo anterior, hemos de descartar en primer lugar, dos pretensiones de la actora en los términos en que se plantean. En primer lugar, la relativa, conforme es formulada en el suplico de su demanda, a la declaración de nulidad de la Ley 11/2016 autonómica, reguladora de la acción concertada en Aragón, pues excede de la competencia de la Jurisdicción contencioso-administrativa la fiscalización y control de disposiciones con rango de ley, más teniendo en cuenta que ni siquiera plantea en este caso, sino hasta el trámite de alegaciones respecto del Auto del TJUE de 31 de marzo de 2023, la posibilidad de cuestionar la constitucionalidad de la referida norma legal.

En todo caso, y en la misma línea en que ya resolviera la Sala de Valencia en su sentencia de 29 de junio de 2023, sec. 4ª, (rec. 170/2018) un asunto que presenta con el nuestro identidad sustancial, no cabe a nuestra jurisdicción declarar la nulidad de preceptos que integran una norma con rango de Ley, siquiera sea por exceder del límite procesalmente marcado al contenido de las sentencias contenciosas, tal y como se deriva del artículo 68 de la LJCA. Y todo ello sin perjuicio del potencial efecto desplazamiento de la norma según su ajuste a Derecho comunitario, a la luz del resultado de la cuestión prejudicial planteada por esta Sala, como asimismo, de la planteada por la Sala de Valencia en un asunto de esencial similitud al presente; ello por la primacía del Derecho de la Unión Europea, que alcanza tanto a normas con rango de Ley, como reglamentarias (entre otras sentencia Simmenthal).

En segundo lugar, como ocurre también en el procedimiento resuelto por la sentencia de 29 de junio de 2023 dictada por la Sala territorial valenciana, no puede decirse que la Comunidad autónoma carezca de competencia para la regulación de la materia relativa a acción concertada, si bien tampoco puede justificarse, contra lo pretendido por la Letrada del Gobierno de Aragón, el ajuste de la regulación contenida en la Ley 11/2016 al sistema constitucional de distribución de competencias en el hecho de que se esté ejerciendo dicha competencia exclusiva. La cuestión está en realidad más relacionada con el sentido que debemos dar a las regulaciones aquí impugnadas, una vez descartada la posibilidad y necesidad aquí de control de la Ley 11/2016, más allá de la suerte que su regulación deba correr derivada del efecto desplazamiento que potencialmente pueda imponer el resultado de la cuestión prejudicial planteada, como antes decíamos, cuestión de fondo que analizaremos a continuación.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Firmado por:
JUAN JOSÉ CARBONERO REDONDO,
JUAN CARLOS ZAPATA HUIAR,
JAVIER ALBAR GARCIA

Fecha: 26/02/2024 09:54

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación:
<https://psp.justicia.aragon.es/SCDD/index.html>
CSV: 5029733001-82c4db20123f6d1dfc7f326bbf2cb0631.SEAQ==



COMUNIDAD AUTÓNOMA
DE ARAGÓN

Pues bien, que la Comunidad Autónoma afirme que se desarrolla competencia exclusiva en materia de acción concertada no es suficiente a la hora de dotar de legalidad constitucional a la Ley autonómica y la normativa reglamentaria directamente cuestionada, pues, como dice la Sala de Valencia, no es cuestión de título competencial conforme al respectivo Estatuto de Autonomía. Ciertamente, la sentencia y el auto dictados por el TJUE dicen que la acción concertada debe quedar sujeta a normativa contractual pública, y en este sentido, la competencia en ese terreno es compartida con el Estado, de suerte que la legislación básica es la estatal, manteniendo la Comunidad autónoma competencia de desarrollo de la misma.

Lo que ocurre es que lo que hace la Comunidad Autónoma y así se desprende de la propia Exposición de Motivos de la Ley 11/2016, es trasponer siquiera sea parcialmente la Directiva 24/2014, y esto, en el terreno de la competencia propia de la Comunidad autónoma, es perfectamente admisible.

Distinto problema será el ajuste de esa inicial trasposición a los contenidos de la normativa básica estatal posterior de trasposición, que es la Ley 9/2017, y el ajuste a ésta de los contenidos del Decreto 62/2017 y, en definitiva, si la normativa autonómica, tanto de rango legal, como de rango reglamentario, directa e indirectamente impugnada, esto es la Ley 11/2016, el Decreto 62/2017 y la Orden posterior reguladora de las tarifas aplicables a la prestación de este tipo de servicios, contraviene el Ordenamiento de la Unión Europea en materia de contratación y las normas estatales de transposición. En realidad, ésta y no otra es la cuestión controvertida en la presente litis, para cuya resolución es decisiva, razón por la que fue planteada, la cuestión prejudicial objeto de, primero, la sentencia de 14 de julio de 2022 (ASADE I), que responde a la cuestión prejudicial planteada por Valencia, y luego del auto de 31 de marzo de 2023 (ASADE II), que ofrece respuesta a aquellas cuestiones específicamente planteadas por esta Sala y que, en otros momentos, significa la consolidación de lo resuelto en la primera.

Antes de entrar precisamente en el fondo de esta litis, anticiparemos ya la irrelevancia de la potencial solución al reproche formal que se realiza por la recurrente a la Orden impugnada, por la que pretende su nulidad al faltar el trámite de consulta, pues parte de que nos encontramos ante un

Firmado por:
JUAN JOSÉ CARBONERO REDONDO,
JUAN CARLOS ZAPATA HUIAR,
JAVIER ALBAR GARCIA

Fecha: 26/02/2024 09:54

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación:
<https://psp.justicia.aragon.es/SCDD/index.html>

CSV: 5029733001-82c4db20123f6d1dfc7f326bbf2cb063LSEAQ==

reglamento de desarrollo, ejecutivo. En cierto modo, planteada la cuestión prejudicial y resuelta la misma en el sentido indicado, habremos de remitirnos a las consecuencias de fondo que analizaremos más adelante sobre la pervivencia de esta Orden, por lo que se refiere a su aplicabilidad a la acción concertada. Es dudoso que la recurrente tenga legitimación para plantear un óbice procesal de la naturaleza que plantea, si finalmente resultara que la Orden impugnada no es aplicable a la acción concertada. Y esto es lo que habrá que ver y lo que más adelante analizaremos. Como es de ver, claramente, cuestión de fondo.

QUINTO.- Pues bien, como decíamos, en cuanto al fondo, se revela decisivo el resultado de las cuestiones prejudiciales resueltas por sentencia del TJUE de 14 de julio de 2022 y por Auto de 31 de marzo de 2023, y, efectivamente, conviene reproducir la doctrina que sienta a la luz de las cuestiones planteadas por las Salas tanto de Valencia, como la nuestra.

En la sentencia del TJUE de 14 de julio de 2022, recaída en asunto C-436/2020 (ASADE I), se sienta la siguiente doctrina: “1) *Los artículos 76 y 77 de la Directiva 201/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de Febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que reserva a las entidades privadas sin ánimo de lucro la facultad de celebrar, previo examen competitivo de sus ofertas, acuerdos en virtud de los cuales esas entidades prestan servicios sociales de asistencia a las personas, a cambio del reembolso de los costes que soportan, sea cual fuere el valor estimado de esos servicios, aunque dichas entidades no cumplan los requisitos establecidos en dicho artículo 77, siempre y cuando, por una parte, el marco legal y convencional en el que se desarrolla la actividad de esas entidades contribuya efectivamente a la finalidad social y a la consecución de los objetivos de solidaridad y de eficiencia presupuestaria que sustentan esa normativa y, por otra parte, se respete el principio de transparencia, tal como se precisa, en particular, en el artículo 75 de la mencionada Directiva.*

2) *El artículo 76 de la Directiva 2014/24 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional según la cual, en el marco de la adjudicación de un contrato público de servicios sociales contemplados en el anexo XIV de dicha Directiva, la implantación del operador económico en la localidad en la que deben prestarse los servicios constituye un criterio de selección de los operadores económicos, previo al examen de sus ofertas.*

Firmado por: JUAN JOSÉ CARBONERO REDONDO, JUAN CARLOS ZAPATA HUIAR, JAVIER ALBAR GARCÍA	
Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: https://psp.justicia.aragon.es/SCDD/index.html	Fecha: 26/02/2024 09:54
CSV: 5029733001-82c4db20123fc6d1dfc7f326bbf2cb0631.SEAQ==	

Por su parte, el auto de 31 de marzo de 2022, dictado en el asunto C-676/2020 (ASADE II), se declaró por la Sala Cuarta del TJUE lo siguiente:

“1) Los artículos 76 y 77 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que reserva a las entidades privadas sin ánimo de lucro la facultad de celebrar, previo examen competitivo de sus ofertas, acuerdos en virtud de los cuales esas entidades prestan servicios sociales de asistencia a las personas, a cambio del reembolso de los costes que soportan, sea cual fuere el valor estimado de esos servicios, aunque dichas entidades no cumplan los requisitos establecidos en dicho artículo 77, siempre y cuando, por una parte, el marco legal y convencional en el que se desarrolla la actividad de esas entidades contribuya efectivamente a la finalidad social y a la consecuencia de los objetivos de solidaridad y de eficiencia presupuestaria que sustentan esa normativa y, por otra parte, se respete el principio de transparencia, tal como se precisa, en particular, en el artículo 75 de la mencionada Directiva.

2) El artículo 76 de la Directiva 2014/24 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional según la cual, en el marco de la adjudicación de un contrato público de servicios sociales contemplados en el anexo XIV de dicha Directiva, la implantación del operador económico en la localidad en la que deben prestarse los servicios constituye un criterio de selección de los operadores económicos, previo al examen de sus ofertas.”.

Y a nuestros efectos, lo primero que el TJUE descarta es la calificación que la Ley 11/2016 ofrece en su artículo 3 de este tipo de acuerdos de acción concertada como “instrumentos organizativos de naturaleza no contractual”. Efectivamente, se dice en el apartado 55 de la Sentencia de 14 de julio de 2022, que “la calificación que el Derecho español da a los acuerdos de acción concertada carece de pertinencia”, y añade que la denominación que se les da en el artículo 3 de la Ley aragonesa, como antes en la Ley valenciana 5/1997, “no basta para que queden fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24” –apartado 56-.

Tal declaración, supone el desplazamiento de la regulación autonómica que concibe la acción concertada como un *tertium genus* en la gestión de servicios, como se desprende del artículo 2 de la Ley 11/2016.

Firmado por:
JUAN JOSÉ CARBONERO REDONDO,
JUAN CARLOS ZAPATA HUIAR,
JAVIER ALBAR GARCÍA

Fecha: 26/02/2024 09:54

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación:
<https://psp.justicia.aragon.es/SCDD/index.html>

CSV: 5029733001-82c4db20123f6d1dfc7f326bbf2cb063LSEAQ==

Desplaza la definición, la naturaleza que se le otorga y el esquema de gestión que se realiza en dicho artículo 2.

Por otra parte, en segundo lugar, el Tribunal señala que algunos servicios sociales de asistencia a las personas, a los que se asigna como forma de gestión la acción concertada, tienen carácter económico, y, por consiguiente, constituyen servicios en el sentido de la Directiva 2014/24, y concluye en que la normativa controvertida, la reguladora de la acción concertada, lo que hace es regular, al menos parcialmente la adjudicación de contratos públicos sujetos a la Directiva 2014/24 –apartados 58 y siguientes, en particular, los apartados 66 y 71 de la sentencia de 14 de julio de 2023-.

SEXTO.- En definitiva, como en el apartado 39 del Auto de 31 de marzo de 2023, se resume, en nuestro caso, *“por motivos análogos a los expresados en los apartados 53 a 71 de la sentencia ASADE I, (...), ...la normativa nacional controvertida en el litigio principal parece regular, al menos parcialmente, la adjudicación de contratos públicos de servicios sujetos a la Directiva 2014/24.”*.

Por consiguiente, nos encontramos ante contratos de servicios sujetos a la Directiva 2014/24/UE, independientemente de la naturaleza, denominación y contenido que la normativa nacional haya pretendido dar a este tipo de instrumentos de gestión de servicios.

Contratos sujetos a la normativa comunitaria de contratación pública en abstracto, que, no obstante, permite la excepción en los supuestos y concurriendo las condiciones que figuran en la doctrina que sienta el Tribunal en el fallo de la primera y en la parte dispositiva del auto de marzo de 2023, antes transcritos.

La diferencia de trato que supone que las entidades privadas con ánimo de lucro no tengan opción de participar en procedimientos de adjudicación de este tipo de contratos, puede venir justificada, y así debe verificarse por el órgano jurisdiccional, *“tanto por los principios de universalidad y de solidaridad, propios de un sistema de asistencia social, como por razones de eficiencia económica y de adecuación, toda vez que permite que esos servicios de interés general sean presados en condiciones de equilibrio económico en el orden presupuestario, pro entidades constituidas esencialmente para servir al interés general y cuyas decisiones no se guían, (...), por consideraciones puramente comerciales.”* –apartado 50 del Auto de 31 de marzo de 2023-. Se trata en definitiva de

Firmado por:
JUAN JOSÉ CARONERO REDONDO,
JUAN CARLOS ZAPATA HUIAR,
JAVIER ALBAR GARCÍA

Fecha: 26/02/2024 09:54

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación:
<https://psp.justicia.aragon.es/SCDD/index.html>

CSV: 5029733001-82c4db20123f6d1dfc7f326bbf2cb0631.SEAQ==

que “...dicha exclusión contribuya a la finalidad social y a la consecución de los objetivos de solidaridad y de eficiencia presupuestaria que sustentan ese sistema.” –apartado 51 del Auto de 31 de marzo de 2023-.

Y añade el apartado 53, que tal excepción vendrá justificada “...siempre que, por una parte, los eventuales beneficios que se deriven de la ejecución de dichos contratos sean reinvertidos por dichas entidades, con el fin de alcanzar el objetivo social de interés general que persiguen...”, además de cumplir con lo que ya se ha dicho.

SÉPTIMO.- Particularmente considerado, en nuestro caso, dos pronunciamientos específicos realiza el TJUE, en sus apartados 45 y, en segundo lugar, 57 y 58.

Efectivamente, en el apartado 43 se dice que sólo es posible aplicar en esos casos el procedimiento previsto en el artículo 77 de la Directiva 2014/24, si, entre otras condiciones, la duración máxima del contrato no excede de tres años, mientras que el artículo 12 del Decreto 62/2017, dice el apartado 44 expresamente, establece una duración para los acuerdos de acción concertada de cuatro años con la posibilidad de prórrogas sucesivas hasta una duración máxima de diez años. De este modo, dice el apartado 45 “una normativa como la controvertida en el litigio principal no cumple las condiciones para estar comprendida en el régimen de excepción contemplado en el artículo 77 de la Directiva 2014/24.”.

Otro tanto ocurre en relación con el cumplimiento de las exigencias que impone el principio de transparencia. Efectivamente, Dice en el TJUE en el apartado 56 del Auto de 31 de marzo de 2023 que el artículo 75 de la Directiva impone a los poderes adjudicadores que pretendan adjudicar un contrato público de servicios contemplados en el anexo XIV de la referida Directiva, la obligación de dar publicidad al hecho mediante anuncio de licitación o anuncio de información previa publicado, por la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, conforme al artículo 51 de la Directiva. Y ocurre, sigue diciendo el Tribunal en el apartado 57 de su Auto, que el artículo 4 d) de la Ley 11/2016 y el artículo 7.6 del Decreto 62/2017 tan sólo contempla la publicidad de este tipo de anuncios de licitación mediante su publicación en el Boletín Oficial de Aragón, o en el Portal de Transparencia del gobierno de Aragón, de suerte que, expresamente, concluye en el apartado 58, que, “de ser así, extremo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente, tal publicación no constituiría

una medida de publicidad conforme con el artículo 75 de la Directiva 2014/24.”.

OCTAVO.- Analizado el contenido y doctrina sentada por el TJUE tanto en la sentencia ASADE I, como en el Auto ASADE II, cabe su proyección en nuestro procedimiento, con el fin de extraer una conclusión que debe ser parcialmente estimatoria.

De momento, cabe declarar nulo de pleno derecho el artículo 7.6 del Decreto 62/2017, en tanto que vulnerador del principio de publicidad, de transparencia, al prever tan sólo la publicidad del anuncio de licitación en el Boletín Oficial de Aragón, o en el Portal de Transparencia del Gobierno de Aragón, operando el desplazamiento del artículo 4 d) de la Ley 11/2016, por la aplicación directa del artículo 75 de la Directiva 2014/24/UE. De manera expresa lo razona el Tribunal y, nada ha contradicho la Letrada del Gobierno de Aragón al respecto.

Por otra parte, en segundo lugar, unido a lo anterior, y por propia declaración del Tribunal, procede declarar la nulidad del artículo 12 del Decreto 62/2017, en tanto que contempla una duración para este tipo de acuerdos de acción concertada de cuatro años prorrogables sucesivamente hasta un máximo de diez años totales.

Ya dijimos más arriba que la consideración como contratos públicos de este tipo de acuerdos, y por consiguiente, sujetos a la Directiva de contratación 2014/24, desplaza la calificación y la sistemática que se diseña en los tres primeros artículos de la Ley 11/2016, así como el artículo 4 a) del Decreto 62/2017, en tanto que define el Acuerdo de acción concertada como “instrumento organizativo de naturaleza no contractual”.

En tercer lugar, procede, del mismo modo, declarar la nulidad del artículo 2.1 de la Orden SAN/1221/2017, aquí impugnada, en la medida en que determina la aplicación a los acuerdos de acción concertada, de idénticas tarifas por prestación de servicios sanitarios, que las que serán de aplicación a supuestos de gestión indirecta de servicios sanitarios a las personas. Y es que, difícilmente pueden ser de aplicación a la acción concertada tarifas que toman en cuenta el beneficio industrial, en supuestos de gestión indirecta de servicio público, prestado por tanto por entidades con ánimo de lucro.

En cuarto lugar, sobre la cuestión relativa a la aplicabilidad del criterio de selección contenido en el artículo 6.2 a) y c) del Decreto 62/2017 del Gobierno de Aragón, es decir, los criterios que se dicen “para valorar

Firmado por:
JUAN JOSÉ CARONERO REDONDO,
JUAN CARLOS ZAPATA HUIAR,
JAVIER ALBAR GARCIA

Fecha: 26/02/2024 09:54

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación:
<https://psp.justicia.aragon.es/SCDD/index.html>

CSV: 5029733001-82c4db20123f6d1dfc7f326bbf2cb0631.SEAQ==

Firmado por:
JUAN JOSÉ CARBONERO REDONDO,
JUAN CARLOS ZAPATA HUIAR,
JAVIER ALBAR GARCIA

Fecha: 26/02/2024 09:54

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación:
<https://psp.justicia.aragon.es/SCDD/index.html>

CSV: 5029733001-82c4db20123f6d1dfc7f326bbf2cb063LSEAQ==

las candidaturas...”, y que, como señalamos, son concernidos el primero de ellos, enunciado en la letra a) del artículo 6.2, así como el enunciado en la letra c), tanto la implantación en la localidad o área geográfica de prestación del servicio, como los años de experiencia, van intrínsecamente unidos, por principio, no a la oferta que sea presentada en cada caso, sino al concursante, al licitador, como criterio de valoración previo, por naturaleza. Que se exija o no en la concreta convocatoria es irrelevante, independientemente de que pueda entenderse, por el propio tenor del artículo 6.2 cuando al enumerar los criterios, establece que es una enumeración de mínimos, al decir que “tales criterios contemplarán, al menos,...”, que la no exigencia del mismo sea una vulneración del reglamento que regula la acción concertada, lo cual no deja de ser significativo y sintomático de una conducta administrativa consciente de la potencial vulneración de derecho comunitario en la que incurre un reglamento que impone como criterio valorativo de los potenciales candidatos la experiencia y la implantación.

Pues bien, habida cuenta la claridad del segundo de los pronunciamientos del TJUE en su sentencia de 14 de julio de 2022, reproducido más arriba, no procede sino llegar a la misma conclusión a la que la Sala de Valencia llega en su sentencia tantas veces referida ya aquí, en un supuesto análogo al presente, de suerte que declararemos que no se ajusta al Derecho de la Unión Europea el artículo 6.2 a) y c) del Decreto 62/2017 del Gobierno de Aragón aquí impugnado, siendo una clara contravención del mismo, y procederemos a anularlos también, ambos apartados del mismo artículo 6.2.

En idéntica medida habrán de verse afectados los concretos actos administrativos aquí impugnados, que rigen la específica convocatoria aquí impugnada, es decir, la Orden del Consejero de Sanidad por la que se aprueba el expediente relativo al acuerdo de acción concertada para la atención en dispositivos asistenciales de carácter residencial para enfermos de SIDA en la Comunidad Autónoma de Aragón, de 21 de agosto de 2017, así como frente al anuncio de convocatoria del acuerdo de acción concertada antedicho y las bases del proceso de selección, de la misma fecha, procediendo la anulación del proceso, por vulneración del principio de publicidad, transparencia y eficiencia presupuestaria que han de regir este tipo de procesos, en los términos interpretados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia ASADE I y el auto ASADE II.

Firmado por:
JUAN JOSÉ CARBONERO REDONDO,
JUAN CARLOS ZAPATA HUIAR,
JAVIER ALBAR GARCÍA

Fecha: 26/02/2024 09:54

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación:
<https://psp.justicia.aragon.es/SCDD/index.html>

CSV: 5029733001-82c4db20123fc6d1dfc7f326bbf2cb063LSEAQ==

NOVENO.- Consecuencia de todo lo razonado hasta ahora ha de ser necesariamente, con desplazamiento de la aplicación de los tres primeros artículos, así como del artículo 4 d) de la Ley 11/2016 de 15 de diciembre, de acción concertada para la presentación de servicios de carácter social y sanitario de Aragón, la estimación parcial del recurso interpuesto frente a la Orden SAN/1221/2017, de 21 de julio, por la que se establecen los precios y tarifas máximas aplicables en la prestación de servicios sanitarios con medios ajenos al Sistema de Salud de Aragón, respecto de la cual, procede declarar su no aplicación a la acción concertada, por la anulación de su artículo 2.1, así como frente a los artículos 4 a), 6.2 a) y c), 7.6 y 12, todos ellos del Decreto 62/2017 de 11 de abril del Gobierno de Aragón, sobre acuerdos de acción concertada de servicios sanitarios y convenios de vinculación con entidades públicas y entidades sin ánimo de lucro.

En idéntica medida habrán de verse afectados los concretos actos administrativos aquí impugnados, que rigen la específica convocatoria aquí impugnada, es decir, la Orden del Consejero de Sanidad por la que se aprueba el expediente relativo al acuerdo de acción concertada para la atención en dispositivos asistenciales de carácter residencial para enfermos de SIDA en la Comunidad Autónoma de Aragón, de 21 de agosto de 2017, así como frente al anuncio de convocatoria del acuerdo de acción concertada antedicho y las bases del proceso de selección, de la misma fecha, procediendo la anulación del proceso, por vulneración del principio de publicidad, transparencia y eficiencia presupuestaria que han de regir este tipo de procesos, en los términos interpretados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia ASADE I y el auto ASADE II.

Todo ello, en el bien entendido de que el alcance de la anulación por vulneración del Derecho de la Unión Europea, se refiere en todo caso a las acciones concertadas de servicios sociales por importe igual o superior a 750.000 Euros, conforme dispone el artículo 4 de la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, y no a las que se encuentran por debajo de ese umbral, que se regirá por su normativa especial, sin afectación del Derecho comunitario.

DÉCIMO.- La parcial estimación del recurso hace que no proceda expreso pronunciamiento en costas.

Por todo lo cual,

F A L L A M O S

Que **ESTIMAMOS PARCIALMENTE** el recurso contencioso-administrativo número 280 del año 2017, interpuesto por la representación procesal de la entidad **ASOCIACIÓN ESTATAL DE ENTIDADES DE SERVICIOS DE ATENCIÓN A DOMICILIO (ASADE)**, contra las disposiciones y resoluciones impugnadas que **DECLARAMOS NULAS DE PLENO DERECHO EN LOS TÉRMINOS, CONTENIDO Y EXTENSIÓN DEL FUNDAMENTO DE DERECHO NOVENO DE ESTA SENTENCIA**, todo ello sin expresa condena en costas a ninguna de las partes.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos principales, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Firmado por:
JUAN JOSÉ CARBONERO REDONDO,
JUAN CARLOS ZAPATA HUIAR,
JAVIER ALBAR GARCÍA

Fecha: 26/02/2024 09:54

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación:
<https://psp.justicia.aragon.es/SCDD/index.html>

CSV: 5029733001-82c4db20123fc6d1dfc7f326bbf2cb063LSEAQ==

Firmado por: JUAN JOSÉ CARBONERO REDONDO, JUAN CARLOS ZAPATA HIJAR, JAVIER ALBAR GARCIA	
Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: https://psp.justicia.aragon.es/SCDD/index.html	Fecha: 26/02/2024 09:54
CSV: 5029733001-82c4db20123fc6d1dfc7f326bbf2cb063LSEAQ==	

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.