



Roj: **STS 5757/2015 - ECLI:ES:TS:2015:5757**

Id Cendoj: **28079130072015100392**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **7**

Fecha: **23/12/2015**

Nº de Recurso: **2224/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **NICOLAS ANTONIO MAURANDI GUILLEN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ PV 2090/2013,**  
**STS 5757/2015**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Diciembre de dos mil quince.

La Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituida por los señores arriba anotados, ha visto los dos recursos de casación registrados con el número **2224/2013** interpuestos, uno, por el GOBIERNO VASCO, representado por el Procurador don Felipe Juanas Blanco, y el otro por SERVICIOS DE HOSPITALIZACIÓN DOMICILIARIA, S.L.U., representada por la Procuradora doña Silvia Vázquez Senín, contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 13 de mayo de 2013 (dictada en el recurso contencioso-administrativo 1068/2011).

Siendo parte recurrida MEDICAL DOM SL, representada por el Procurador don José Luis Martín Jaureguibeitia.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La sentencia recurrida contiene una parte dispositiva que copiada literalmente dice:

« **FALLO :**

**QUE ESTIMAMOS EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO INTERPUESTO POR LA PROCURADORA DE LOS TRIBUNALES DOÑA TERESA MARTÍNEZ SÁNCHEZ EN REPRESENTACIÓN DE "MEDICAL DOM, S.L.", FRENTE A LAS RESOLUCIONES DEL VICECONSEJERO DE SANIDAD DEL DEPARTAMENTO DE SANIDAD Y CONSUMO DEL GOBIERNO VASCO DE 3 Y 27 DE DICIEMBRE DE 2.010, QUE HAN QUEDADO ARRIBA EXPRESADAS, ASÍ COMO CONTRA LA ORDEN DEL CONSEJERO DE DICHO DEPARTAMENTO DE 4 DE MARZO DE 2.011, QUE DESESTIMÓ LA ALZADA, Y POR LAS QUE SE ADJUDICÓ EL CONCURSO 27/2.010 CONVOCADO PARA LA GESTIÓN DEL SERVICIO MEDIANTE CONCIERTO SANITARIO, DE LOS LOTES 1 Y 2 DE ASISTENCIA URGENTE DOMICILIARIA, RECAYENDO TALES ADJUDICACIONES EN LAS SOCIEDADES MERCANTILES, "EULEN SERVICIOS SOCIOSANITARIOS, S.A.", Y "SERVICIOS DE HOSPITALIZACIÓN DOMICILIARIA, S.L.U., -SHD-, Y DECLARAMOS DISCONFORMES A DERECHO DICHOS ACTOS ASÍ COMO LA NULIDAD DE PLENO DERECHO DE DICHAS ADJUDICACIONES, SIN HACER ESPECIAL IMPOSICIÓN DE COSTA S».**

**SEGUNDO.-** Notificada la anterior sentencia, las representaciones procesales del GOBIERNO VASCO y de SERVICIOS DE HOSPITALIZACIÓN DOMICILIARIA, S.L.U., -SHD- manifestaron su voluntad de plantear recurso de casación, y la Sala de instancia los tuvo por preparados y remitió las actuaciones a este Tribunal con emplazamiento de las partes.

**TERCERO.-** La representación del GOBIERNO VASCO presentó el escrito de interposición de su recurso de casación que, tras invocar los motivos en que se apoyaba, se terminaba con este suplico a la Sala:



« **A LA SALA SUPPLICO:** (...) se dicte en su día sentencia por la que se declare haber lugar al recurso, casando la impugnada, en consideración a los motivos expuestos».

**CUARTO.-** La representación de SERVICIOS DE HOSPITALIZACIÓN DOMICILIARIA, S.L.U., también presentó el escrito de interposición de su recurso de casación que, después de desarrollar los motivos en que se apoyaba, incluyó esta petición:

«SUPPLICO (...) nueva sentencia en la que, desestimando la demanda interpuesta por Medical Dom S.L, declare la conformidad a derecho de los acuerdos recurridos de adjudicación del contrato administrativo 27/2010 por parte del Departamento de Sanidad del Gobierno Vasco».

**QUINTO.-** La representación de MEDICAL DOM SL, se opuso a los dos recursos de casación con un escrito que finalizó así:

«SUPPLICO: (...) se dicte en su día sentencia por la que se desestimen los referidos recursos y se confirme la recurrida con expresa condena en costas a las recurrentes».

**SEXTO.-** Concluidas las actuaciones, se señaló para votación y fallo del presente recurso la audiencia de 9 de diciembre de 2015.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Nicolas Maurandi Guillen, Magistrado de la Sala

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El proceso de instancia lo inició la mercantil MEDICAL DOM SL mediante un recurso contencioso-administrativo dirigido contra las resoluciones del Viceconsejero de Sanidad del Departamento de Sanidad y Consumo del Gobierno Vasco de 3 y 27 de diciembre de 2.010, así como contra la Orden del Consejero de dicho Departamento de 4 de marzo de 2.011.

Las anteriores resoluciones y decidieron la adjudicación de los lotes 1 y 2 del concurso 27/2.010 que había sido convocado para la gestión del servicio, mediante concierto sanitario, de asistencia urgente domiciliaria; recayendo tales adjudicaciones en las sociedades mercantiles, "EULEN SERVICIOS SOCIOSANITARIOS, S.A.", y "SERVICIOS DE HOSPITALIZACIÓN DOMICILIARIA, S.L.U., -SHD.

La Orden que también ha sido mencionada desestimó la alzada que MEDICAL DOM SL había planteado frente a la adjudicación.

La sentencia que se recurre en la actual casación estimó el recurso jurisdiccional de MEDICAL DOM SL y declaró la nulidad de las adjudicaciones.

Los dos recursos de casación que aquí han de examinarse han sido interpuestos, uno, por el GOBIERNO VASCO, y el otro por SERVICIOS DE HOSPITALIZACIÓN DOMICILIARIA, S.L.U. -SHD.

**SEGUNDO.-** La razón principal con la que la sentencia recurrida justifica su pronunciamiento estimatorio es la acogida de la impugnación que la parte demandante dedujo en el proceso de instancia con el alegato de que los adjudicatarios carecían de autorización administrativa para prestar los servicios objeto de contratación, y mediante la invocación de lo establecido en el artículo 43.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público [LCSP].

Lo que dicha sentencia expone y razona sobre dicha impugnación es lo que seguidamente se expresa a continuación.

**1.-** Sobre los términos en que fue planteado tal motivo de impugnación declara (fundamento de derecho -FJ-primero):

«Se dice, en resumen, que esa exigencia de autorización se deriva del artículo 29 de la Ley 14/1.986, de 25 de Abril, General de Sanidad (para centros y establecimientos sanitarios) y también del artículo 27.3 de la Ley 16/2.003, de 28 de Mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, y, en su previsto desarrollo, del Real Decreto 1.277/2.003, de 10 de Octubre, de bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios, públicos y privados, aplicable y exigible por las CC.AA con carácter previo al inicio de la actividad. (Se remite al anexo II código C.2.90, sobre "otros proveedores de asistencia sanitaria sin internamiento", con clave U66, de asistencia sanitaria domiciliaria).

Se invoca Igualmente la Ley de Ordenación Sanitaria de Euskadi 8/1.997, y el Decreto 77/1.997, sobre concertación de servicios sanitarios, que en su artículo 3.a ), exige la referida autorización a las empresas, y deduce de todo ese conjunto normativo que la adjudicación resulta nula de pleno derecho en base al artículo 62.1.f) LRJ-PAC en conexión con artículo 32.a) LCSP 30/2.007».



2.- Rechaza que la omisión de la necesidad de la autorización en los Pliegos de condiciones del concurso pueda ser un obstáculo para acoger la impugnación; y declara que es la legislación autonómica, constituida por el Decreto 77/1997, de 8 de abril [por el que se establecen las bases para la concertación de servicios sanitarios por el departamento de Sanidad], la que exige la autorización en el marco de la concertación de servicios.

Lo explica así (FJ segundo, primera parte):

«Acometiendo este esencial y decisivo punto de controversia, su primera faceta es la de la influencia que pudiera tener que los pliegos de condiciones del concurso para la adjudicación del servicio por medio de concierto, no hiciesen alusión específica a la necesidad de contar con autorización administrativa sanitaria, con el correlato de que, consentidos esos pliegos y bases, la parte actora participante no pudiera ya formular queja ni impugnación al respecto, tal y como señala la jurisprudencia, y con invocación por los demandados del artículo 129.1 LCSP .

La codemandada "SHD", plantea ese óbice en claves de inadmisibilidad del recurso en lo afectante a la impugnación de las bases del concurso por dicho motivo.-Folios 353-354 de los autos-.

No obstante, la parte recurrente se remite con básico acierto al artículo 43, cuando en materia de "**Condiciones de aptitud**", después de aseverar que,

"1.-Sólo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incursas en una prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas",

añade en el número 2, que

" Los empresarios deberán contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato. " (Subrayado nuestro).

El cometido de los pliegos de condiciones administrativas generales o particulares, - arts. 98 y 99 Ley 30/2.007, de 30 de Octubre -, no es otro que el de incluir los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato y las demás menciones requeridas por la Ley y sus normas de desarrollo, pero la inclusión o la omisión en ellos de una previsión legal o reglamentaria específica sobre aptitud para ejercer una profesión o actividad reglamentada, no la excluye, desplaza, ni deroga singularmente, una vez que carecen tales pliegos de toda naturaleza normativa y potencialidad innovadora al respecto.

Ahora bien, si ese enunciado pudiera ser en alguna medida problemático cuando no se produzca un pleno encaje entre la materia contractual y las habilitaciones profesionales o administrativas al efecto, en modo alguno puede sostenerse en este caso, en el que, lejos de toda posibilidad de diversificación entre los títulos administrativos y la materia específica de contratación, se da una plena y predeterminada asimilación de objeto entre el Concierto que se va a adjudicar y el requisito de autorización administrativa sanitaria, pues es la propia legislación autonómica la que con carácter especial, a la par que habilita la formalización de tales conciertos, exige la autorización en el marco de la concertación de servicios, y así, el Decreto 77/1.997, de 8 de Abril, por el que se establecen las bases para la concertación de servicios sanitarios por el Departamento de Sanidad,

incluye en su artículo 2, como, "Servicios y prestaciones sanitarias objeto de concertación; a) Atención primaria: servicios y pruebas de carácter ambulatorio, **atención domiciliaria**, atención urgente a domicilio, rehabilitación, y otros servicios especiales de diagnóstico y tratamiento",

y, seguidamente, en el artículo 3, acerca de los requisitos que se deben reunir para poder formalizar Conciertos, indica que;

"Para poder suscribir conciertos de asistencia sanitaria, los centros, establecimientos y servicios sanitarios reunirán los siguientes requisitos mínimos: a) Estar autorizados para su funcionamiento por el Departamento de Sanidad conforme a la normativa vigente sobre apertura, funcionamiento y modificación de centros, servicios y establecimientos sanitarios, o por la Administración Sanitaria competente en el supuesto de centros ubicados fuera de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

En consecuencia, al margen de que los pliegos de condiciones o cláusulas administrativas que han de regir el concurso para adjudicar tales Conciertos, nada especifiquen ni digan al respecto, la cuestión queda fuera del arbitrio del órgano o autoridad que decide convocarlo y de su facultad de ordenar y disponer unas determinadas bases, cláusulas y obligaciones, viniendo imperativamente predeterminada por razones de régimen general, e inderogable caso por caso, de tales conciertos.



En el negativo de lo anterior se sitúa que nadie soportará la carga de tener que impugnar tal omisión de los pliegos so pena de tenerse por incondicionalmente vinculado a su previsiones como "ley del contrato", y nadie tampoco, como reverso, podrá oponer su desconocimiento de la obligación y exigencia de contar con la autorización administrativa preceptiva que proceda».

3.- Rechaza, así mismo, que pueda operar en contra de lo anterior el principio de igualdad, y lo hace en los siguientes términos (FJ segundo, párrafos finales):

«Tampoco tendrá sentido situar en el plano de la igualdad de trato entre aspirantes las consecuencias de la falta de exigencia, pues no se pregona en el recurso que se haya dado el plus de un trato de desfavor a la parte recurrente, o exigido a ella lo que no se exige a los demás, sino que, a lo sumo, existirá una tentativa de fondo de igualación en la ilegalidad, posibilitada por la propia Administración convocante, que no permite dar ninguna entrada a dicho principio constitucional, que, como huelga insistir, opera dentro de la legalidad y no fuera de ella».

4.- Se añade que aunque lo anterior sería bastante para "decantar" la cuestión debatida, debe estarse a lo que ya se establecía en el Decreto del País Vasco 31/2006, antes de su modificación por el Decreto autonómico 209/2012; y lo que a este respecto se razona es esto (FJ tercero):

«No obstante lo anterior, -que a juicio de la Sala deja ya suficientemente decantada la cuestión debatida-, se opone por partes demandadas que tal correlación del artículo 3.a) no tiene por qué corresponder siempre al régimen general de autorizaciones sanitarias, y que sería preciso que, en todo caso, la normativa general estableciese con claridad que esos servicios de asistencia médica domiciliaria se encuentran sujetos a autorización previa, lo que, a su juicio, no se ha dado en el ámbito de la C.A.E, hasta la entrada en vigor del Decreto 209/2.012, de 16 de Octubre, (BOPV nº 206, de 23 de Octubre), que modifica el anterior Decreto 31/2.006, de 21 de Febrero, de autorización de los centros, servicios y establecimientos sanitarios, trasponiendo al ordenamiento autonómico vasco el Real Decreto 1.277/2.003, de 10 de Octubre.

Pero tampoco esa proposición resulta acogible.

El Real Decreto estatal de naturaleza básica en el que ambas partes principales sitúan atinadamente la clave de la cuestión, en su artículo 2, de "Definiciones", ya señaló que

"1. A los efectos de este real decreto, se entiende por: b) Servicio sanitario: unidad asistencial, con organización diferenciada, dotada de los recursos técnicos y de los profesionales capacitados, por su titulación oficial o habilitación profesional, para realizar actividades sanitarias específicas. Puede estar integrado en una organización cuya actividad principal puede no ser sanitaria.

Luego, en efecto, el Anexo II R.D 1.277/2.003, respecto de "Definiciones" de los centros servicios y establecimientos que sometía a régimen de autorización, incluyó el código C.2.90

"Otros proveedores de asistencia sanitaria sin internamiento: prestadores de asistencia sanitaria a pacientes no ingresados que no se ajustan a las características de ninguno de los grupos anteriores".

Y dentro de las ofertas de servicio, consta incluida la U.66.

"Atención sanitaria domiciliaria: unidad asistencial pluridisciplinar que, bajo la supervisión o indicación de un médico, desarrolla actividades para prestar atención sanitaria a personas enfermas en su propio domicilio".

Pues bien, en desarrollo de esa norma básica se dictó el aludido Decreto del País Vasco 31/2006, de 21 de febrero, de autorización de los centros, servicios y establecimientos sanitarios, cuyo objeto, -art. 1 -, era,

"a) Regular las autorizaciones sanitarias de los centros, servicios y establecimientos sanitarios, tanto públicos como privados, que estén ubicados en la Comunidad Autónoma del País Vasco".

Pero, es fundamental para la solución de la controversia entre las partes de este proceso, que seguidamente, el artículo 2, respecto de "Ámbito de aplicación", indicaba que;

**" 1.- A los efectos de este Decreto, se consideran centros, servicios y establecimientos sanitarios los definidos y relacionados en el Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre."**

Es decir, la inclusión del tipo de servicio sobre el que se debate, vino miméticamente adoptada por la normativa autonómica de desarrollo con respecto a la legislación básica, sin que, contra lo que se dice, contara el poder normativo de la CAE, - ya en el año de 2.012-, con la facultad discrecional de decidir si tales servicios iban o no iban a estar sujetos a autorización, pues lo estaban ya claramente en origen y bajo la vigencia del Decreto propio de 2.006, sin que sea ahora necesario siquiera plantearse la cuestión, (que excede del objeto de la duda suscitada), de si pudieron en aquel primer momento o no quedar excluidos sin contravenirse la normación básica.



La consecuencia influyente para el presente litigio es que el Decreto 209/2.012, no innova el régimen anterior ni estatuye una autorización sanitaria para los servicios de asistencia domiciliaria que no existiese ya con anterioridad, y la sola concreción y especificación de supuestos que ese nuevo apartado 2 realiza, solo puede ofrecer un real dimensión interpretativa o a modo de circular interna que, si se quiere, será oportuna para superar las dudas que los órganos de la propia administración sanitaria vasca dicen profesar, pero que no vincula en manera alguna la interpretación de este Tribunal, que es la que acaba de hacerse en base a los hitos y antecedentes normativos expresados».

5.- Razona cuáles han de ser las consecuencias de la omisión de la autorización sanitaria así (FJ cuarto):

«Una vez confirmado que resultaba exigible, conforme al Artículo 4 del repetido Decreto de 2.006, tal autorización sanitaria, abarcando a los servicios integrados en organizaciones cuya actividad principal no sea sanitaria, que deberían contar con las autorizaciones sanitarias de instalación y de funcionamiento, llega el momento de incardinar las consecuencias de su omisión en el marco del concurso cuyo resultado se impugna en este litigio.

El contrato de gestión de servicio público, (en modalidad de concierto sanitario), que se lícita y adjudica, en sus cláusulas administrativas particulares ya indicaba en cuanto a su régimen y normativa reguladora, (cláusula 2, al folio 37 del expediente), que entre las leyes y disposiciones contractuales y sectoriales sanitarias a regirlo, se encontraba, precisamente, el Decreto de la CAPV 77/1997, de 8 de Abril, de bases de concertación de los servicios sanitarios, en que hemos puesto la premisa fundamental de la exigencia de autorizaciones sanitarias a los concursantes, y su canalización procedimental debería operarse en el ámbito del "sobre A" sobre capacidad y solvencia, por más que no exista en tales cláusulas un precisión suficiente al respecto.

Nos impone situar en dicho marco de la capacidad y solvencia técnica el problema de las previas autorizaciones, el propio tenor del artículo 7 del referido Decreto , respecto de las causas de resolución de los Conciertos Sanitarios, pues en su apartado 2 considera causa de incumplimiento del concierto, entre otras, f) la "Pérdida sobrevinida de la solvencia técnica, económica y financiera o **revocación o caducidad de la autorización de apertura y funcionamiento** o de la resolución de homologación".

En definitiva, centrada la revisión actual, en base al artículo 31 de la Ley de Contratos del Sector Público de 2.007, no directamente en el contrato incumplido o su hipotética resolución, sino sobre la invalidez de origen por causa de los actos preparatorios o de adjudicación, por concurrir en los mismos alguna de las causas de derecho administrativo o de derecho civil a que se refieren los artículos siguientes, la causa de nulidad de derecho administrativo del artículo 32 que se hace aplicable, sin necesidad de remitirse a las generales del artículo 62.1 LRJ-PAC , (como hace la parte recurrente) es la de "falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional, debidamente acreditada, del adjudicatario, o el estar éste incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el artículo 49". Esta es, por demás, la causa que se amolda a la calificación general como "empresas incapaces" que la parte recurrente desarrolla argumentalmente como fundamento de su pretensión.

Ante ello, las discrepancias calificadorias quedan marcadas por la innecesidad de examinar si, en cualquier caso, concurrió o no la causa de invalidez común del artículo 62.1.f) sobre la que debaten las partes, y no alteran en la instancia jurisdiccional, primera o única, el sentido decisivo de la infracción, decantada en función del principio iuranovit curia , - artículo 218.1 LEC -, como tampoco impedirían dichas discrepancias que la cuestión se residenciase finalmente en las meras causas de anulabilidad del artículo 33 LCSP ».

**TERCERO.-** El recurso de casación del GOBIERNO VASCO invoca en su apoyo dos motivos, ambos amparados en la letra d) del artículo 88.1 de la Ley reguladora de esta jurisdicción (LJCA ).

I.- El primero denuncia la infracción del Real Decreto 1277//2003, de 10 de octubre [de bases generales de autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios], en relación con los artículos 29.1 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, de Sanidad , y 27.3 de la Ley 26/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud .

El desarrollo argumental de este motivo se sustenta con unas ideas y planteamientos cuya esencia se puede resumir en lo que continúa.

1.- La cuestión principal del litigio de instancia giró (se dice) sobre el objeto al que debe ser referida la autorización sanitaria regulada en el Real Decreto 1277/2003; y sobre dicha cuestión es posible esta alternativa: (a) esa autorización es necesaria para la prestación de servicios de asistencia sanitaria urgente a domicilio (tesis de la sentencia recurrida), y (b) dicha autorización solo es exigible a los centros sanitarios y a los servicios sanitarios que constituyan la oferta asistencial de tales centros sanitarios (tesis del recurso de casación).



2.- Los servicios de asistencia urgente a domicilio no requieren en las empresas prestatarias de los mismos la previa disponibilidad de un centro sanitario; y las razones son estas: (i) tales servicios se prestan en el domicilio del paciente; (ii) tan sólo necesitan el personal médico o de enfermería que los desarrolla (vinculado con la empresa prestataria a través de una relación de servicio); y (iii) esa empresa prestataria tan sólo realiza una actividad de gestión o coordinación de los medios humanos y materiales puestos a disposición de la prestación del servicio sanitario.

3.- En el modelo del Real Decreto 1277/2003 lo determinante y sobre lo que gira la exigibilidad de la autorización sanitaria es el centro sanitario.

4.- La sentencia recurrida interpreta erróneamente el Real Decreto 1277/2003 al exigir autorización sanitaria a las empresas que presten servicios sanitarios urgentes a domicilio. La razón de su error es, de un lado, equiparar los conceptos normativos de "*actividad sanitaria*" y "*servicio sanitario*" que se contienen en el artículo 2 de dicho Real Decreto ; y de otro, no tener en cuenta que la realidad sanitaria sobre la que opera la intervención administrativa es aquella que tiene lugar en el marco de una organización de medios técnicos y profesionales en el que se realizan las actividades sanitarias, denominada "*centro sanitario*", y que puede estar integrado por uno o varios servicios que constituyen su oferta asistencial.

5.- El Código C.2.90 contenido en el Anexo II del Real Decreto 1277/2003 [*"Otros proveedores de asistencia sanitaria sin internamiento: prestadores de asistencia sanitaria a pacientes no ingresados que no se ajustan a ninguna de las características de los grupos anteriores"*], al que alude la sentencia recurrida, no puede separarse del concepto "centro sanitario".

Y el Código U66 del anexo II [*"Atención sanitaria domiciliaria"*] se ubica dentro del epígrafe "oferta asistencial", lo que demuestra que los servicios sanitarios son equivalentes a la oferta asistencial de los centros sanitarios y no existen al margen de los mismos.

6.- Ha de admitirse como factible la prestación de la actividad controvertida ( *atención sanitaria en urgente domicilio* ) sin que esté soportada en una estructura organizativa calificable de centro sanitario; y si ello es así ha de concluirse que es conforme a Derecho la no exigibilidad de autorización sanitaria a las sociedades mercantiles que fueron adjudicatarias del concierto sanitario aquí litigioso.

II.- El segundo señala como infringidos el artículo 149.1.16 de la Constitución y el artículo 18.1 del Estatuto de Autonomía del País Vasco.

Lo argumentado para defender este reproche es que la sentencia recurrida ha negado carácter normador e innovador al Decreto del Gobierno Vasco 209/2012 [que modifica el Decreto autonómico 31/2006, de 21 de febrero].

Se dice al respecto que lo planteado en este reproche está subordinado a la conclusión a que se llegue sobre esa cuestión suscitada en el anterior motivo (sobre la exigibilidad o no de la autorización sanitaria en las actividades de asistencia sanitaria urgente a domicilio); y que así es porque, de ser la conclusión negativa o contraria a esa exigibilidad, se habría negado carácter innovador al Decreto 209/2012 (que quedaría limitado a una mera circular interpretativa) y, con ello, se desconocería la facultad normativa reconocida en el artículo 18.1 de Autonomía del País Vasco para el desarrollo y ejecución de las bases del estado en materia de sanidad.

**CUARTO.-** El recurso de casación de SERVICIOS DE HOSPITALIZACIÓN DOMICILIARIA, S.L.U. desarrolla cuatro motivos, todos ellos formalizados por el cauce de la letra d) del artículo 88.1 de la Ley reguladora de esta jurisdicción (LJCA ).

I.- El primero señala la infracción del artículo 29.1 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, de Sanidad [LGS], en conexión con los artículos 3 del Código Civil y 39 bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común [LRJ/PAC].

La argumentación desarrollada para justificar estas infracciones es sustancialmente coincidente con la del otro recurso de casación, pues descansa sobre la idea principal de que la autorización administrativa del artículo 29.1 de la Ley General de Sanidad está referida a centros y establecimientos y no a actividades sanitarias; y a ello se añade que el artículo 3 del Código civil llama a aplicar el anterior artículo 29.1 de la LGS según su sentido literal, y que el artículo 39 bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común [LRJ/PAC], llama a elegir la medida menos restrictiva con ocasión de la aplicación de medidas limitativas de derechos.

II.- El segundo sostiene la infracción del artículo 43.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público [LCSP ], en relación con los artículos 1.4 y 3.2 del Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre [de bases generales de autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios], y 29.1 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, de Sanidad.



En él se combate la argumentación de la sentencia recurrida, que viene a calificar la autorización sanitaria como equivalente a la habilitación empresarial o profesional exigida por el artículo 43.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público [LCSP] y, por tal razón, la considera una condición de aptitud imperativa para los licitadores y no disponible para la voluntad del órgano de contratación.

Y se viene a esgrimir para apoyar el reproche anterior lo preconizado en el primer motivo de que no precisan autorización las actividades sanitarias desarrolladas por entidades que no cuentan con un centro o establecimiento sanitario (que sería el caso de SERVICIOS DE HOSPITALIZACIÓN DOMICILIARIA).

**III.-** El tercero aduce la infracción del artículo 129.1, en relación con el 99.2, ambos de la Ley 39/2007 (LCSP); así como la jurisprudencia recaída sobre ellos que declara que los Pliegos que rigen en la contratación constituyen una verdadera ley contractual y contienen el complejo obligacional al que han de someterse de manera inquebrantable las partes, Administración y licitadores.

Se afirma que el artículo 99.2 de la LCSP llama a incluir en los Pliegos las condiciones definidoras de los derechos y obligaciones de las partes del contrato, y el artículo 129.1 del mismo texto legal impone a las proposiciones de los interesados ajustarse a dichos Pliegos; y se censura el criterio seguido por la sentencia recurrida de que no era necesario que los Pliegos incluyeran la autorización sanitaria porque esta era exigible por la vía del requisito de aptitud y capacidad regulado en el artículo 43.2.

Para esta censura se reitera de nuevo el argumento de que la autorización administrativa no era exigible a SERVICIOS DE HOSPITALIZACIÓN DOMICILIARIA S.L.U. por no disponer de centro o establecimiento sanitario.

**IV.-** El cuarto reprocha la infracción de los artículos 1 y 123 de la Ley 39/2007 (LCSP), en lo que proclaman como principios rectores del régimen de contratación del servicio público el de igualdad y no discriminación en el trato, así como el de libre competencia.

Para sostenerlo se parte de nuevo de esa idea de que las actividades sanitarias desarrolladas sin centro sanitario están fuera del alcance aplicativo propio de la autorización administrativa contemplada en el artículo 29.1 de la LGS; y desde este presupuesto se aduce que el criterio de la sentencia recurrida comporta una discriminación, porque significa aplicar una restricción derivada de una norma autonómica a quienes sí observan las exigencias de actividad y capacidad según la ley estatal básica y común.

**QUINTO.-** Abordando ya el estudio de los dos recursos de casación, debe decirse que no es de compartir esa idea principal, en que uno y otro se apoyan, de que es posible desarrollar una actividad sanitaria que no sea referible a un centro sanitario y, consiguientemente, en tales casos no es exigible la autorización sanitaria a las entidades que lleven a cabo la actividad sanitaria.

No es de compartir, en primer lugar, porque donde se proyecta el intervencionismo administrativo que formaliza la autorización sanitaria es en todas y cada una de las concretas actividades relacionadas con la salud de las personas que sean realizadas por cualquier persona o entidad pública o privada, pues la finalidad de dicha autorización es que esas actividades se lleven a cabo siempre con las exigencias que resulten necesarias para que la salud resulte debidamente tutelada. Así resulta de la prescripción general del artículo 1 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que viene a proclamar que la efectividad del derecho a la salud, reconocido en el artículo 43 y concordantes de la Constitución, es el objeto de todas acciones públicas en esta materia.

Y lo que acaba de afirmarse comporta lo siguiente: que el eje central de la autorización sanitaria son las actividades directamente relacionadas con la protección y mejora de la salud de las personas; que los centros sanitarios son tan sólo los distintos marcos organizativos, cualquiera que sea su modalidad, en que se lleven a cabo esas actividades; y que, a los efectos de la autorización sanitaria, no cabe hablar de actividades curativas o de mejora de la salud exentas de dicha autorización.

Lo que en segundo lugar ha de señalarse es que el apartado 2 de ese artículo 29 de la Ley General de Sanidad, en lo que hace a la previa autorización administrativa previa contemplada en su apartado 1, dispone lo siguiente: *"Las bases generales sobre calificación, registro y autorización serán establecidas por Real Decreto"*; y que esa habilitación de regulación reglamentaria es la que ejercita el Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, *por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios*.

Y la lectura de este Real Decreto 1277/2003 confirma esa afirmación de que de que la actividad sanitaria es el eje central de la autorización administrativa por lo siguiente:

(I) la directa relación que establece en su artículo 2.1, apartados d) y e), entre *"actividad sanitaria"* y *"autorización sanitaria"* al exigir la autorización administrativa de los centros o servicios sanitarios para *"su instalación, su funcionamiento, la modificación de sus actividades sanitarias o, en su caso, su cierre"*;



(II) lo que dispone su artículo 3.2 sobre que la autorización faculta a los centros "para realizar su actividad" y les será concedida "para cada uno de los servicios que constituyen su actividad asistencial"; y

(III) la gran amplitud y exhaustividad con la que configura el concepto normativo de "centro sanitario", pues el Código C.2.90 del anexo II incluye en las definiciones de Centros sanitarios la siguiente: "Otros proveedores de asistencia sanitaria sin internamiento: prestaciones de asistencia sanitaria a pacientes no ingresados que no se ajustan a las características de los grupos anteriores".

Abundando en lo que antecede, debe decirse que, si la autorización administrativa es exigida a los centros cuando "modifiquen" sus actividades sanitarias, es obvio que el objeto principal de la autorización no es el centro sanitario sino sus actividades; y que el Código C.2.90 del Anexo II demuestra que la condición de centro sanitario se reconoce a cualquier entidad o persona que establece una estructura de medios personales y materiales, por mínima que sea, dirigida a prestar una asistencia sanitaria.

Siendo de rechazar, pues, esa idea principal de los dos recursos de casación, también lo han de ser las infracciones que con base en ella se denuncian en uno y otro.

Por tanto, ambos recursos deben ser desestimados.

**SEXTO.-** Procede, de conformidad con todo lo antes razonado, declarar no haber lugar a los recursos de casación; y, al ser desestimatorio el recurso, todas las costas deberán abonarlas las partes recurrentes, por no concurrir circunstancias que justifiquen apartarse de la regla general de la imposición del artículo 139.2 de la LJCA .

Pero la Sala, haciendo uso de la facultad reconocida en el apartado 3 de ese artículo 139 de la LJCA , señala como cifra máxima a que asciende la imposición de costas por honorarios de abogado la de seis mil euros, a repartir por mitad entre ambas partes recurrentes; y para la fijación de la expresada cantidad se tienen en cuenta los criterios seguidos habitualmente por esta Sala en atención a las circunstancias del asunto y a la dedicación requerida para formular la oposición.

## FALLAMOS

1.- No haber lugar a los recursos de casación interpuestos por el GOBIERNO VASCO y por SERVICIOS DE HOSPITALIZACIÓN DOMICILIARIA, S.L.U contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 13 de mayo de 2013 (dictada en el recurso contencioso-administrativo 1068/2011 ).

2.- Imponer a la parte recurrente las costas correspondientes a este recurso de casación con la limitación que se expresa en el último fundamento de derecho de esta sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior Sentencia, por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente en estos autos, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal Supremo, lo que como Letrado de la Administración de Justicia, certifico.-