

El derecho de los contratos públicos y las competencias asistenciales de las Diputaciones provinciales¹

María Victoria Mayorga Rubio

RESUMEN

La expansión del concepto de contrato público obliga a revisar las tradicionales relaciones asistenciales de la provincia al municipio desde nuevas ópticas. Ni la nueva Directiva 2014/24/UE, ni el Derecho nacional logran dar una respuesta adecuada al negocio jurídico que subyace en este tipo de relaciones. Se analizan en este trabajo cuáles de estas relaciones pueden ser consideradas verdaderos contratos y cuáles han de quedar excluidas del ámbito contractual proponiendo, desde el derecho local y el derecho de los contratos públicos, algunas soluciones para una adecuada y racional prestación de asistencia a los municipios, utilizando de manera más eficiente todos los recursos provinciales.

Palabras clave: Diputación, Asistencia a municipios, Colaboración, Cooperación, Contrato público, Autonomía local, Potestad reglamentaria, Potestad de autoorganización.

ABSTRACT

The broadening of the notion of “public contract” calls for a re-examination of the long standing assistance-based relationships between provinces and municipalities. Neither the newly enacted Directive 2014/24/EU nor domes-

.....

1 Trabajo Fin de Máster presentado en la Quinta Edición del Máster de Contratación Pública Local de la Universidad Autónoma de Madrid, bajo la Dirección Académica de la Profesora de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid, Silvia Díez Sastre. Madrid, junio 2017.

tic legislation provide an appropriate response to the legal transaction underlying this kind of relationships. This paper examines which of these relationships can be deemed as actual contracts and which ones are to be excluded from a contractual scope. Furthermore, from the perspective of local law and public procurement law, this work draws up several responses aimed at a rational and appropriate assistance to be provided to municipalities, so that provincial resources are more efficiently allocated.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. 1. Planteamiento general. 2. Competencias asistenciales de las Diputaciones provinciales. 3. El modelo andaluz de asistencia provincial a los municipios. II. LAS RELACIONES ENTRE MUNICIPIOS Y PROVINCIAS A LA LUZ DEL DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS. 1. La asistencia provincial como contrato. A. Aspectos generales. B. Las administraciones públicas locales como contratistas y contratantes, el aspecto subjetivo. C. El objeto del contrato, el contrato de servicios. D. La onerosidad, el elemento teleológico. E. El elemento formal. F. El fin del contrato, el interés público. G. Conclusión. 2. Las relaciones de asistencia provincial que no tienen carácter contractual. A. Las transferencias de competencias y responsabilidades del art. 1.6 de la Directiva 2014/24/UE. B. La asignación no contractual de tareas a servicios técnicos. III. LAS RELACIONES ASISTENCIALES DE LA PROVINCIA DE CARÁCTER CONTRACTUAL EXCLUIDAS DEL ÁMBITO DE LAS DIRECTIVAS. 1. La cooperación horizontal no institucionalizada. A. Colaboración y cooperación en el Derecho europeo de los contratos. B. Convenios de colaboración y contratos en el Derecho español. 2. Los contratos *in house* y la potestad de autoorganización. A. La asistencia provincial y la potestad de autoorganización local, problemática general. B. Potestad de autoorganización y contratos *in house* en el derecho de los contratos públicos. C. ¿La Diputación como medio propio municipal? D. La relación de los municipios con los medios propios provinciales. IV. CONCLUSIONES FINALES. V. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

La Directiva 2014/24/UE y la jurisprudencia del TJUE han ampliado el concepto de contrato público tanto en sus aspectos objetivos como subjetivos. Sin embargo, esta expansión no siempre encaja con los derechos nacionales de la organización administrativa. Y en el ámbito local español las fricciones son más que evidentes, pues no resulta nada fácil conjugar contratos, organización administrativa y relaciones entre entidades públicas locales de forma operativa.

La Carta Europea de la Autonomía Local (CEAL), elaborada en el seno del Consejo de Europa en 1985 y ratificada por España el 20 de enero de 1988, recoge en su art. 3 «el derecho y la capacidad efectiva de las entidades locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos, en el marco de la Ley, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes». Lo que en términos de potestades ordenadoras y reguladoras de los entes locales entronca, a los efectos que nos ocupan, con la potestad de autoorganización de las entidades locales, e, indirectamente, con sus medios propios y entes instrumentales.

El art. 4.3 CEAL establece que «el ejercicio de competencias públicas debe, de modo general, incumbir preferentemente a las autoridades más cercanas a los ciudadanos. La atribución de una competencia a otra autoridad debe tener en cuenta la amplitud o la naturaleza de la tarea o de las necesidades de eficacia o economía». Principio de subsidiaridad, que ha guiado la atribución de competencias a las Diputaciones, sobre todo tras la llamada de atención del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de la Ley 27/13. La subsidiaridad, como tal, aparece también recogida en el art. 5 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea para impedir que una entidad superior desempeñe funciones que pueden realizarse con igual eficacia a nivel local, conectando así con la capacidad de gestión de las entidades locales.

Pese al reconocimiento comunitario de la autonomía local a su máximo nivel y del principio de subsidiaridad como guía y norte en las posibles relaciones entre los municipios y provincias, hay que convenir² que el Derecho europeo de la contratación se ha convertido en un auténtico derecho pretoriano en las relaciones interadministrativas. El concepto de contrato público utilizado por el Derecho europeo se ha expandido de tal manera que penetra en ámbitos que los Derechos nacionales mantenían tradicionalmente al margen del Derecho contractual.

La Comisión Europea, consciente de la problemática, publicó en el año 2011 el *Documento de trabajo relativo a la aplicación de la normativa sobre contratación pública de la UE a las relaciones entre poderes adjudicadores*³. En dicho documento se sistematizaban diferentes conceptos que hasta entonces se encontraban dispersos en diversas sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Apenas un par de años después, el esquema relacional contenido en el mencionado Documento, se traslada a la nueva Directiva 24/2014/UE

.....

2 GALLEGO CÓRCOLES, Isabel (2012): pp. 111 y ss.

3 *Documento de Trabajo de los servicios de la Comisión relativo a la aplicación de la normativa sobre contratación pública de la Unión Europea a las relaciones entre poderes adjudicadores* [SEC(2011) 1169, de 4 de octubre de 2011].

de 26 de febrero, con la intención de clarificar a nivel normativo en qué casos los contratos celebrados entre poderes adjudicadores o poderes públicos no están sujetos a las normas de contratación pública.

No obstante, el Considerando 31 de la Directiva de 2014, sigue conteniendo una remisión a la Jurisprudencia, al establecer que, si bien hace falta precisar en qué casos los contratos celebrados en el sector público no están sujetos a la aplicación de las normas de contratación pública, esta precisión debe guiarse por los principios establecidos en la correspondiente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La determinación *ad casum* de estas excepciones, a golpe de interpretaciones jurisprudenciales del TJUE, ha generado, y va a seguir generando, una enorme inseguridad jurídica⁴. En cualquier caso, y por si existiera alguna duda, insiste la Directiva, al igual que ya hizo el Documento de 2011, en que el hecho de que las dos partes de un acuerdo sean poderes públicos, no excluye por sí mismo la aplicación de las normas de contratación.

A nivel europeo no existe ninguna previsión, ni normativa ni jurisprudencial, sobre las relaciones interadministrativas de asistencia que marcan el mundo local español, de difícil encaje en el esquema relacional de las Directivas y que, con demasiada frecuencia como veremos, parecen encubrir auténticos contratos. Y pese a que el tradicional papel asistencial de las Diputaciones al servicio de los municipios, se ha visto reforzado tras la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (en adelante LRSAL), ni nuestra recién estrenada Ley de Contratos 9/2017 ni las, también recientes, Leyes 39/2015 y 40/2015 han avanzado nada en clarificar estas cuestiones, más bien todo lo contrario.

Sin pretender abarcar todo el ámbito relacional local, analizaremos en este trabajo aquellas relaciones interadministrativas locales con mayor trascendencia para el Derecho de los contratos públicos para comprobar cómo, pese a que la provincia tiene un deber legal de asistencia al municipio, eludible o ineludible según los casos, ni el Derecho europeo de los contratos públicos, ni la normativa nacional son capaces de dar una respuesta clara al tipo de relación que se establece entre ellos, lo que complica mucho el panorama local español, tanto en aspectos organizativos, como financieros y técnicos. Se examinarán algunas cuestiones generales relativas a las competencias asistenciales con especial referencia al modelo andaluz, y siguiendo el esquema conceptual del Documento de la Comisión de 2011 y de la Directiva 24/2014UE, analizaremos qué presta-

.....

4 DÍEZ SASTRE, Silvia (2017): pp. 319 y ss.

ciones asistenciales provinciales no tienen carácter contractual, qué prestaciones pueden considerarse auténticos contratos y qué negocios jurídicos de carácter contractual han de considerarse excluidos del ámbito de la normativa de los contratos públicos, para terminar proponiendo, con y desde el Derecho de los contratos, algunas soluciones para una adecuada y racional prestación de asistencia a los municipios, utilizando de manera más eficiente todos los recursos provinciales. El que se utilice, en ocasiones, como hilo conductor del trabajo la normativa local andaluza no impide que las conclusiones finales sean extrapolables al resto del ámbito local nacional, como veremos.

2. COMPETENCIAS ASISTENCIALES DE LAS DIPUTACIONES

Los municipios se han considerado tradicionalmente como la Administración más cercana al ciudadano. Por esta razón, la legislación local ha sido pionera en contemplar las prestaciones de servicios destinadas a satisfacer las necesidades de sus vecinos. Pero el mundo local no se agota en los municipios. Es más, normalmente estos, dado el sistema latino de fragmentación, requieren de un complemento que, históricamente ha venido siendo la entidad supramunicipal de carácter local por excelencia, la provincia⁵.

Los instrumentos legales que rigen la actuación de los municipios para gestionar servicios o para contratar la realización de obras, la prestación de servicios o la obtención de bienes no difieren, en sustancia, de las que disponen otras entidades públicas de mayor envergadura y capacidad. De igual modo, las normas y exigencias procedimentales son prácticamente idénticas para un pequeño municipio que para uno de gran tamaño. La diferencia se encuentra en los medios, tanto económicos como técnicos o personales, de los que disponen nuestras administraciones más pequeñas. Sin embargo, el legislador no siempre ha sido consciente de estas deficiencias⁶, y cuando lo ha sido, no siempre ha sabido cómo acometerlas⁷.

Hay que tener en cuenta, además, que las entidades locales se han convertido en «sujetos pasivos de la crisis económica» frente a la que disponen de escasos instrumentos de respuesta⁸. Por ello, o pese a ello, en la búsqueda de soluciones legislativas para paliar las deficiencias municipales, parece que la su-

.....

5 GARCÍA RUBIO, Fernando (2014): «Las entidades...», pp. 162 y ss.

6 CARBONELL PORRAS, Eloísa (2011): pp. 57 y ss.

7 Dictamen del Consejo de Estado al Proyecto de LRSAL 567/2013.

8 VELASCO CABALLERO, Francisco (2010): pp. 25 y ss.

pramunicipalidad, y, con ella la asistencia provincial al municipio, ha sido la opción que se ha impuesto con más fuerza⁹, aunque no exenta de críticas.

Pero por encima de críticas políticas, sociales y doctrinales, varias Sentencias del Tribunal Constitucional, derivadas sobre todo de pretensiones de desaparición o sustitución de las Diputaciones en algunos territorios históricos, han despejado, cualquier duda sobre la necesaria presencia de las Diputaciones en el mundo local español¹⁰.

No es posible negar que la LRSAL, sin dejar de ser una respuesta coyuntural a la situación de crisis económica, aborda una reforma más profunda que otras modificaciones de la normativa local básica. Y no se puede negar, tampoco, que el tradicional papel asistencial de las Diputaciones como garante de la prestación de servicios mínimos municipales se ha visto reforzado con su promulgación. En este sentido la LRSAL, sigue un curioso proceso en el que «toda propuesta de supresión de la provincia, termina con un reforzamiento de la misma»¹¹. Pero no es menos cierto que la LRSAL, lejos de reestructurar, se limita a «clarificar o racionalizar» las competencias municipales desde una óptica fundamentalmente económica y bajo los principios de eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera, garantizando el control financiero y presupuestario más riguroso y abriendo puertas a la iniciativa económica privada¹², convirtiendo a las Diputaciones en eje central de esa racionalización, fortaleciéndolas según su propia Exposición de Motivos.

Cabe reseñar que los sucesivos borradores de Anteproyecto de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad preveían un reforzamiento de las Diputaciones aún mayor que el finalmente alcanzado¹³. Hasta el punto de atribuir directamente a las Diputaciones Provinciales el ejercicio de la competencia de los servicios mínimos de los municipios de población inferior a 20.000 habitantes «cuando la prestación en el ámbito municipal...no cumpla con el coste estándar de los servicios...o sea ineficiente en atención a las economías de escala». El Dictamen del Consejo de Estado de 26 de junio de 2013, puso freno a esta atribución so pena de inconstitucionalidad, por lo que la redacción final de la LRSAL renun-

.....

9 FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio (2015): pp. 25 y ss.

10 STC 28 de julio 1981, sobre Ley de Transferencia urgente y plena de las Diputaciones Provinciales a la Generalitat y STC 31/2010 de 28 de junio sobre el nuevo Estatuto de Cataluña).

11 RIVERO YSERN, José Luis (2014).

12 MARTÍNEZ PALLARÉS, Pedro Luis (2014): pp. 70 y ss.

13 GARCIA RUBIO, Fernando (2014): «La provincia...», pp. 263 y ss.

cia a alterar *ope legis* el ejercicio de la competencia, atribuyendo a la Diputación solo la coordinación de la prestación de una serie de servicios obligatorios siempre con la conformidad de los municipios afectados, pudiendo ser recuperada la gestión por el municipio si acredita su prestación con un coste efectivo inferior que el derivado de la forma de gestión propuesta por la Diputación. Pero, incluso en esa coordinación, cabe observar un matiz asistencial.

De hecho, puede decirse que la renuncia a atribuir competencias municipales directamente a las Diputaciones no fue completa. Así el apdo. g) del citado art. 36, asigna directamente a las Diputaciones otras tareas, como la prestación de los servicios de administración electrónica y la contratación centralizada en los municipios con población inferior a 20.000 habitantes. Y fue declarado constitucional¹⁴ al amparo, precisamente, del deber genérico de asistencia al municipio que tiene la provincia.

En este orden de cosas, aun cuando el catálogo competencial provincial es fundamentalmente asistencial, tras la reforma operada por la Ley 27/2013¹⁵, es posible distinguir entre las funciones coordinadoras, las funciones estrictamente asistenciales y las prestacionales de las Diputaciones Provinciales.

Sin entrar en detalles respecto de las funciones coordinadoras, donde también existe un claro componente asistencial, resulta más interesante a los efectos de este trabajo las funciones prestacionales y las que pudiéramos llamar asistenciales en sentido estricto. Entre las funciones prestacionales de la Diputación, que antes se circunscribía a la genérica «prestación de servicios de carácter supramunicipal y, en su caso, supracomarcal», que aún se mantiene, se añaden algunas otras, como la competencia en el tratamiento de residuos en los municipios inferiores a 5000 habitantes, cuando el municipio no lo preste; los de prevención y extinción de incendios, en idénticas circunstancias en los municipios de menos de 20.000 habitantes; la tramitación de procedimientos administrativos y la realización de actividades materiales y de gestión cuando así se lo encomiende cualquier municipio o la prestación de los servicios de administración electrónica y la contratación centralizada en los municipios de población inferior a 20.000 habitantes. Y, entre las funciones, que pudiéramos llamar, estrictamente asistenciales de las Diputaciones, se mantiene y desarrolla la genérica de asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica a los municipios, especialmente los de menor capacidad económica y de gestión.

.....

14 Sentencia TC (Pleno) 111/2016, de 9 de junio.

15 MEDINA GUERRERO, Manuel (2014): pp. 147 y ss.

Si consideramos que las prestaciones provinciales están, en definitiva, destinadas a garantizar el acceso de la población provincial al conjunto de los servicios mínimos de competencia municipal y la mayor eficacia y economía en la prestación de estos, podría plantearse otra clasificación, distinguiendo entre:

- una asistencia por «imposición legal», casi de «sustitución», en términos de la Ley Andaluza de Autonomía Local, como la relativa a administración electrónica y contratación centralizada antes mencionada, en la que se podría decir que se «presupone» la incapacidad municipal;
- una asistencia a demanda del municipio, vinculada a la asistencia en sentido estricto de la clasificación anterior: asistencia y asesoramiento técnico o jurídico, elaboración de planes y proyectos, etc.;
- y, lo que podríamos llamar, una asistencia por «ineficacia» vinculada normalmente a funciones coordinadoras.

Dentro de las funciones asistenciales generales que se están analizando, cabría distinguir también entre aquellas prestaciones de la provincia al municipio vinculadas a las funciones y potestades públicas, de aquellas otras tareas asistenciales vinculadas a prestaciones materiales, como el asesoramiento jurídico, técnico o económico o la elaboración de proyectos o estudios, por citar algunas. Las primeras habrán de ser analizadas desde el ejercicio de las competencias públicas y el Derecho administrativo local y los principios de coordinación, cooperación y colaboración; mientras que las segundas muestran, como se verá a lo largo de este trabajo, aspectos coincidentes con el ámbito contractual y responde a prestaciones que se pueden obtener en el mercado y podrán verse mediadas por el Derecho de los contratos, aun cuando la colaboración y la cooperación o la coordinación no sean descartables.

3. EL MODELO ANDALUZ DE ASISTENCIA PROVINCIAL A LOS MUNICIPIOS

Partiendo de la concepción constitucional de la provincia como agrupación de municipios, el Estatuto de Autonomía de Andalucía recoge en su art. 96, 3 las competencias de la Diputación manteniendo los criterios tradicionales de asistencia, asesoramiento y cooperación con los municipios, especialmente los de menor población. El art. 60 reconoce a la Comunidad Autónoma Andaluza, competencia exclusiva en materia de régimen local respetando el art. 149.1.18 CE y el principio de autonomía local. En desarrollo del art. 98 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, la Ley 5/2010 de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía, (en adelante LAULA) establece el marco competencial en el ámbito andaluz de las Diputaciones provinciales de su territorio, reconociendo, la autonomía provincial al servicio de la autonomía municipal,

de modo que autonomía municipal exige, para ser efectiva, de la asistencia y apoyo provincial¹⁶.

Aun cuando esta norma es anterior a la LRSAL, no se opone a ella, pues en esencia respeta, casi más que la LRSAL, la institución provincial. Incluso doctrinalmente¹⁷ se ha lamentado que la LRSAL no se haya inspirado en esta y otras normas autonómicas en algunos aspectos como los referidos a las relaciones entre municipios y provincias, donde no se trata de imponer la Diputación al municipio, sino de establecer un marco de voluntariedad en la cooperación que respete la autonomía municipal y a su vez garantice los servicios locales básicos.

La legislación local andaluza establece un pormenorizado catálogo de prestaciones asistenciales de la provincia a sus municipios. Dejando de lado el art. 13 que se ocupa de la asistencia económica, el art. 11 LAULA recoge que las competencias asistenciales que la provincia preste a los municipios podrán consistir en asistencia técnica de información, asesoramiento, realización de estudios, elaboración de planes y disposiciones, formación y apoyo tecnológico, asistencia económica y asistencia material de prestación de servicios municipales. Y ya prevé, a diferencia de la legislación básica estatal, que la asistencia se preste a los municipios, por sí o asociados.

Precisa el art. 11, a los efectos que nos ocupan, que la asistencia provincial podrá ser obligatoria, cuando la provincia deba prestarla a solicitud de los municipios, o concertada. Lo que no determina la ley de modo taxativo es cuándo «debe prestarla» de forma obligatoria y cuándo no. En este sentido se establecen solo unos pocos supuestos a los que se reconoce el carácter de prestación obligatoria, sobre la base del principio de subsidiariedad y remitiendo a una norma provincial la regulación de la forma de prestación. Estos están recogidos en el art. 14: inspección, gestión y recaudación de tributos, disciplina urbanística y ambiental, disciplina del personal funcionario y laboral, representación y defensa judicial y suplencias en el ejercicio de funciones públicas necesarias de secretaría, intervención y tesorería en municipios menores de cinco mil habitantes. Se trata de supuestos que implican el ejercicio de autoridad y/o funciones públicas y para los que los municipios no podrán recurrir al mercado para obtenerlas (salvo las referidas a representación y defensa judicial) por lo que las Diputaciones se ven obligadas a prestarlas, previa solicitud municipal.

Existen otros casos de prestación obligatoria de asistencia contemplados en el primer apartado del art. 14 de la LAULA. Se trata de supuestos en lo que no

.....

16 RIVERO YSERN, José Luis (2014).

17 *Ibidem*.

se menciona expresamente su carácter obligatorio, pero la obligatoriedad de la asistencia en estos casos deriva de su vinculación a los servicios básicos municipales del art. 92.2.d) del Estatuto de Andalucía, en caso de incapacidad o insuficiencia de medios de los Ayuntamientos. En estos casos, corresponderá a la provincia la determinación de la forma de gestión del servicio y las potestades inherentes a su ejercicio. Además, se prevé, también en el art. 14 que, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación específica, cuando un municipio incumpla con su obligación de prestar servicios básicos, la Diputación, previo requerimiento, actuará por «sustitución».

A partir de ahí, el carácter obligatorio de la asistencia provincial a los municipios, se diluye. Así el art. 12 de la misma Ley regula monográficamente las competencias provinciales en materia de asistencia técnica a los municipios, con un amplio catálogo, no exhaustivo, de prestaciones técnicas asistenciales que la provincia puede ofrecer al municipio. Muchas de ellas, son perfectamente encuadrables en un contrato de servicios al uso: elaboración de estudios, planes y proyectos, asesoramiento jurídico, técnico y económico, incluida la representación y defensa jurídica en vía administrativa y jurisdiccional, asesoramiento técnico y estudios previos, redacción de proyectos, estudio de mercado, diseño de condicionados técnicos, etc.

De reseñar resulta, a los efectos de este trabajo, que el art. 12 LAULA establece que una «norma provincial» determinará los «requisitos de asistencia y las formas de financiación», que en cada caso correspondan, de acuerdo, al menos, con los criterios de atención preferente a los municipios de menor población y a los municipios de insuficiente capacidad económica y de gestión, así como la urgencia de la asistencia requerida. Aparece aquí una nota de voluntariedad en la prestación de la asistencia, o al menos de no obligatoriedad en la prestación. En todo caso, la solicitud de asistencia técnica se tramitará, según el precepto, mediante un procedimiento basado en los principios de eficacia, transparencia y celeridad y la decisión que adopte la Diputación será motivada «con referencia a los criterios normativos establecidos» lo que deja a la Diputación una puerta abierta a la posibilidad, motivada, eso sí, y más o menos reglada, de denegar la asistencia solicitada.

Al amparo del mencionado art. 12 LAULA, varias Diputaciones andaluzas han regulado normativamente la asistencia a municipios. No todas las Diputaciones andaluzas tienen ordenanza de asistencia, y no todas contienen el mismo grado de regulación. Algunas solo se ocupan de aspectos parciales, como la defensa jurídica. Otras tienen Ordenanzas diferentes para regular la asistencia y su financiación, como la de la Diputación de Almería. Sin embargo, todas ellas ofrecen un marco normativo muy interesante para entender las relacio-

nes asistenciales locales y sus implicaciones con la regulación de los contratos públicos.

II. LAS RELACIONES ENTRE MUNICIPIOS Y PROVINCIAS A LA LUZ DEL DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS

1. LA ASISTENCIA PROVINCIAL COMO CONTRATO

A. Aspectos generales

La definición de contrato público, tanto nacional como europea, incluye una serie de elementos esenciales (sujetos, objeto, causa, onerosidad...) que, en los términos en los que los ha interpretado la jurisprudencia europea, fácilmente pueden aparecer en las relaciones interadministrativas locales, sin que interfiera en la calificación contractual el hecho de que las partes intervinientes sean dos entidades públicas. Aunque no en todas las relaciones municipio-provincia cabe entender que existe un contrato¹⁸, el Derecho europeo de los contratos públicos va ganando terreno a las legislaciones nacionales al definir qué debe formar parte del mercado y qué margen queda a los poderes públicos para la autoorganización administrativa, las formas de gestión de los servicios públicos y el ejercicio de las competencias legalmente atribuidas¹⁹. Analicemos la presencia de los elementos básicos de un contrato en las relaciones asistenciales.

B. Las administraciones públicas locales como contratistas y contratantes, el aspecto subjetivo del contrato

La Directiva 2014/24/UE, en su considerando 14, ya deja sentado que el concepto de «operador económico» debe interpretarse en un sentido amplio. Y más concretamente el considerando 31 deja meridianamente claro que el hecho de que las partes de una relación jurídica sean poderes adjudicadores no excluye, al menos de forma automática, la aplicación del derecho de los contratos²⁰. Por eso el art. 2.1.10, mantiene la definición de la Directiva 18, considerando operador económico a una persona física o jurídica, una entidad pública, o una agrupación de tales personas o entidades, incluidas las agrupaciones temporales de

.....

18 DÍEZ SASTRE, Silvia (2017): pp. 319 y ss.

19 *Ibidem*.

20 Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 13 de enero de 2005. Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España. C-84-03.

empresas, que ofrezca en el mercado la ejecución de obras o una obra, el suministro de productos o la prestación de servicios.

Siguiendo nuestra tradición normativa, la nueva Ley de Contratos no contempla expresamente la posibilidad de que las administraciones públicas puedan ser, no solo contratantes, sino también contratistas. Sólo por vía interpretativa, por ejemplo, sacando conclusiones de la regulación de los convenios y encomiendas en el art. 6 de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, podríamos llegar a tal conclusión.

Si consideramos las relaciones asistenciales entre la provincia y el municipio desde una perspectiva contractual, y siguiendo la vigente Directiva, aparecería como poder adjudicador, el municipio. Pero también en algunos casos, como ocurre con la Ordenanza Reguladora de la Asistencia a Municipios de la Diputación de Sevilla, art. 2²¹, las entidades de gestión descentralizada de los municipios y las entidades locales de las que los municipios formen parte. De otro lado, ocuparían la posición del operador económico la Diputación provincial, pero también, como veremos, los organismos públicos, sociedades provinciales y otros entes provinciales descentralizados con potencialidad de asistir técnica, económica o jurídicamente al municipio.

Así pues, por lo que se refiere al aspecto subjetivo de las relaciones asistenciales de la provincia al municipio y sus entidades dependientes, no existe inconveniente alguno para considerar tal relación como contractual.

C. El objeto del contrato, el contrato de servicios

Según la Directiva 2014/24/UE, el elemento objetivo del contrato debe coincidir con los objetos contractuales típicos: obras, servicios y suministros.

Centrándonos en la asistencia técnica, jurídica o material, se podría decir que, en los términos en los que están planteadas normativamente, muchas de las prestaciones asistenciales de la provincia al municipio son perfectamente encuadrables en un contrato de servicios en los términos de la Directiva. Y muchas de ellas externalizables en el mercado. Así, por ejemplo, siguiendo el RDL 781/86 que aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local, entre estas prestaciones se encuentran el asesoramiento jurídico, económico y técnico, la ayuda técnica para la redacción de estudios y proyectos o la ejecución de obras e instalación de servicios, pudieran responder a contratos de servicio. En la norma local andalu-

.....

21 Ordenanza Reguladora de la Prestación de Asistencia Técnica de la Diputación de Sevilla a las Entidades Locales de la Provincia, *BOP Sevilla*, 230 (2 de octubre de 2012).

za, la LAULA o, bajando aún más en el sistema de fuentes, en las Ordenanzas provinciales andaluzas de asistencia, el grado de detalle en la definición de las prestaciones susceptibles de ser calificadas como contratos típicos, es aún mayor.

Aunque la mayoría de estos supuestos pueden considerarse como contratos de servicios, se podría mencionar la posibilidad de encuadrar alguna prestación asistencial de la provincia hacia el municipio como contrato de gestión de servicio público. Es solo una mención sin mayor calado porque actualmente la figura, que la Directiva 2014/23 había colocado en vías de extinción, ha de considerarse extinguida con la nueva Ley de Contratos recién aprobada y el esquema de traslación de riesgos de la nueva regulación de las concesiones tiene difícil encaje en las relaciones asistenciales.

D. La onerosidad, el elemento teleológico

Las relaciones gratuitas son irrelevantes para el Derecho europeo de contratos. De hecho, ni siquiera en términos civiles podrían calificarse como contratos. Sin embargo, la jurisprudencia comunitaria no exige que el contratista obtenga necesariamente un beneficio económico, basta con el que el poder adjudicador sí lo haga²². Tampoco es necesario que las partes involucradas tengan ánimo de lucro, de hecho pueden existir un contrato²³ aunque el operador económico no tenga ánimo de lucro²⁴. Incluso es posible que la contraprestación de un contrato consista únicamente en el reembolso de los gastos soportados por la prestación del servicio pactado de modo que el concepto remuneración debe comprender también las meras compensaciones²⁵.

Muy interesantes a los efectos que nos ocupan, resultan los argumentos de la Abogada General Trstajak en sus conclusiones de 23 de mayo de 2012, en el asunto de la Ingegneri della Provincia di Lecce, donde concluye que «se puede sostener que solo una interpretación amplia del concepto «oneroso» satisface el objetivo de las Directivas sobre contratación pública...».

No parece que la nueva Ley de Contratos del Sector Público acoja estas tesis, no al menos de forma clara. El art. 2.1 de la Ley 9/2017, lejos de acercarse a

.....

22 Sentencia *Helmut Müller GbmH y Bundesanstalt für Immobilienaufgaben* C 451/08.

23 Sentencia *Azienda Sanitaria Local di Lecce y Università de Salerno y Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce y otros*, C-159/11).

24 DÍEZ SASTRE, Silvia (2017): pp. 319 y ss.

25 Sentencias *Helmut Müller GbmH y Bundesanstalt für Immobilienaufgaben* C-451/08, y *Sentencia Piepenbrock Dienstleistung GmbH*, C-386/11.

la jurisprudencia expuesta da un paso atrás, más allá incluso de las previsiones del TRLCSP, al señalar que un contrato tiene carácter oneroso cuando el contratista obtiene algún tipo de beneficio económico, ya sea de forma directa o indirecta. Recoge, así, el tradicional y restrictivo concepto de onerosidad del Derecho privado español y pasa por alto ese concepto amplio de onerosidad que viene avalando la jurisprudencia europea, en el que el beneficio es predicable tanto del contratista como del poder adjudicador.

En lo que se refiere a las relaciones asistenciales provinciales, la legislación básica local no contiene previsiones expresas sobre la financiación de tales prestaciones. Por el contrario, como ya adelantamos, la normativa local andaluza sí que incluye una mención expresa sobre la financiación de la asistencia. El art. 12.2 LAULA, establece que la misma norma provincial que determine los requisitos de la asistencia a los municipios establecerá las formas de financiación. El tratamiento que las distintas regulaciones provinciales han dado a las cuestiones de financiación no ha sido uniforme, si bien todas ellas vienen a responder al concepto de «compensación de costes».

E. El elemento formal

El contrato debe formalizarse por escrito. Aunque la normativa local básica no impone ningún requisito formal, la normativa local andaluza examinada establece que tanto la tramitación de las solicitudes de asistencia como la resolución estimatoria de la asistencia solicitada, han de formularse por escrito. El art. 12.3 LAULA establece expresamente que la solicitud de asistencia técnica se tramitará mediante un procedimiento regido por los principios de eficacia, transparencia y celeridad, y la decisión expresa que adopte la Diputación será motivada conforme a los criterios normativos establecidos. En cualquier caso, todas las ordenanzas mencionan el convenio de colaboración como uno de los posibles instrumentos de formalización. En definitiva, podría sintetizarse que existe una solicitud escrita que es aceptada también por escrito o bien un convenio, pero en ambos casos hay una concurrencia de voluntades que se manifiesta por escrito.

F. El fin del contrato, el interés público

La finalidad del contrato, que sirva o no a un fin público, no es relevante. Según el art. 1.2 de la Directiva se entenderá por contratación la adquisición mediante un contrato público, de obras, suministros o servicios por uno o varios poderes adjudicadores a los operadores económicos elegidos por dichos poderes adjudicadores, con independencia de que las obras, los suministros o los servicios estén o no destinados a un fin público.

G. Conclusión

Si analizamos algunas de las prestaciones más típicas de la asistencia provincial a los municipios, podemos afirmar que concurren todos y cada uno de los elementos analizados anteriormente, por lo que cabría entender que nos encontraríamos ante verdaderos contratos en términos de la Directiva. En tales casos el objeto sería, normalmente, el de un contrato típico de servicios, cuyas peculiaridades están a veces incluso recogidas en la Ley de Contratos del Sector Público (defensa jurídica, redacción de proyectos y dirección de obras...). Los servicios obtenidos también pueden conseguirse en el mercado a través de un procedimiento de licitación. El hecho de que los sujetos sean dos entidades públicas no supone un obstáculo a tal consideración. Es más, exista o no exista compensación económica por la asistencia prestada, lo cierto es que el municipio obtiene un beneficio económico por la asistencia recibida, ya que de haber recurrido al mercado para obtener el mismo servicio debería haber pagado por ello. Y, por último, el procedimiento de solicitud municipal y aceptación provincial es escrito, la concurrencia de voluntades es patente aun cuando no se formalice en un único documento, o se articule en un convenio.

En un contexto de crisis económica como la actual donde las Administraciones no disponen de recursos suficientes para prestar directamente sus servicios y las condiciones del mercado tampoco son las idóneas para cubrir sus necesidades, es lícito que las administraciones menores recurran, a fin de mejorar los niveles de calidad, eficacia y eficiencia en su funcionamiento, a otras administraciones que puedan, o deban, ayudarles²⁶. Sin embargo esta postura se enfrenta al auge de visiones procompetitivas de la contratación pública que consideran que una prestación de servicios en el mercado es más eficiente que la llevada a cabo en el seno de una administración²⁷. No siempre es así, y no siempre los recursos de las administraciones permiten recurrir al mercado.

Es más, hay veces que el mercado o la regulación normativa que nos permite acudir al mercado no es la más adecuada para conseguir unos servicios de calidad. Son muy significativas, en este sentido, las conclusiones del Dictamen del Consejo de Estado de 10 de marzo de 2016, sobre el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, y más concretamente sobre la desaparición de nuestro tradicional contrato de gestión de servicios públicos. El Dictamen advierte que «la configuración de los contratos de servicios y de concesión de servicios y la supresión del contrato de gestión de servicios públicos... no asegura un régimen

.....

26 SANTIAGO IGLESIAS, Diana (2015).

27 DÍEZ SASTRE, Silvia (2017): pp. 319 y ss.

adecuado para garantizar los principios de igualdad, universalidad y continuidad de los servicios públicos o de interés general». El Consejo de Estado está avisando que el mercado, y sus reglas, no siempre son la solución más adecuada para garantizar el acceso de los ciudadanos a unos servicios de calidad. Por eso el art. 36.2.b) LBRL establece que es la Diputación la que, en última instancia, asegura el acceso de la población de la Provincia al conjunto de los servicios mínimos de competencia municipal y la mayor economía y eficacia en la prestación de estos mediante cualquier fórmula de asistencia y cooperación.

Pese a todo, y como venimos señalando, nuestra más reciente legislación local y contractual no se ha ocupado de dar una calificación adecuada a estas relaciones, dejando al operador jurídico haciendo verdaderos malabarismos para sortear, la «intromisión» del Derecho europeo de los contratos en el mundo local español.

2. LAS RELACIONES DE ASISTENCIA PROVINCIAL QUE NO TIENEN CARÁCTER CONTRACTUAL

A. Las transferencias de competencias y responsabilidades del art. 1.6 de la Directiva 2014/24/UE

Según el art. 1.6 de la Directiva 2014/24/UE, los acuerdos, las decisiones y los demás instrumentos jurídicos mediante los cuales se organiza la transferencia de competencias y responsabilidades para desempeñar funciones públicas entre poderes adjudicadores o agrupaciones de los mismos y que no prevén que se dé una retribución por la ejecución de un contrato, se consideran un asunto de organización interna del Estado miembro de que se trate y, en ese sentido, en modo alguno se ven afectados por la Directiva. Por la ubicación del precepto no estamos ante contratos excluidos del ámbito de la Directiva, sino ante supuestos en los que no existe contrato, por tanto ningún precepto de la Directiva de Contratos le atañe, más allá del 1.6²⁸.

Del artículo citado se pueden extraer dos requisitos para su aplicación: que se trate de un instrumento jurídico mediante el cual se organiza la transferencia de competencias y responsabilidades para desempeñar funciones públicas, y que no se dé una retribución por la ejecución del contrato.

a) *La transferencia de competencias y la traslación responsabilidades*

Una vez más es difícil conectar el Derecho europeo con el Derecho nacional, a la hora de entender qué se entiende por transferencia de competencias o res-

.....

28 DÍEZ SASTRE, Silvia (2017): pp. 319 y ss.

ponsabilidades. Conforme al Derecho administrativo nacional, art. 8 de la Ley 40/2015 de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, la competencia es irrenunciable y se ejercerá por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia, salvo los casos de delegación o avocación. En los supuestos de delegación, el ente delegante mantiene la responsabilidad sobre las actuaciones que se lleven a cabo y tiene capacidad para dirigir la actuación del delegante o avocar la delegación.

En el ámbito local, la transferencia de responsabilidades tendría sentido para aquellas prestaciones que la Diputación debe asumir de forma obligatoria para garantizar la prestación de los servicios municipales mínimos entroncando con el Derecho administrativo básico, la autonomía local y el principio de subsidiariedad por tratarse de funciones de garantía en la prestación de estos servicios, quedando fuera de su ámbito las prestaciones de asistencia técnica en sentido estricto.

No obstante, en los supuestos que se analizarán a continuación es difícil hablar de una transferencia de competencias en sentido estricto. Pero tampoco puede decirse que exista una delegación de su ejercicio o una desconcentración. Sí cabe hablar de un «traslado o traslación de responsabilidades», y en algunos casos de una «sustitución» en el ejercicio de las mismas. Creo que, en estos casos, la imposición legal para que el traslado de responsabilidades opere y las implicaciones con la organización administrativa interna nos debe llevar a excluir del ámbito contractual las relaciones que nos ocupan. Se trata, en definitiva, de manifestaciones del principio de subsidiariedad reconocido en la Carta Europea de Autonomía Local.

El principio básico que ha de regir este trasvase es el contenido del art. 26.3 LBRL al señalar que la asistencia de las Diputaciones o entidades equivalentes a los municipios, prevista en el art. 36, se dirigirá preferentemente al establecimiento y adecuada prestación de los servicios mínimos municipales. De modo que ante lo que pudiéramos llamar, groseramente, «irresponsabilidad» municipal, asumida por el municipio o presumida por la ley, la provincia asume, *ex lege*, la responsabilidad en la prestación de los servicios básicos municipales. La vinculación con la prestación de los servicios obligatorios básicos de competencia municipal implica, a su vez, el cumplimiento de otro de los requisitos del art 1.6 de la Directiva: el ejercicio de funciones públicas que ha de entenderse de forma amplia, como el ejercicio de las atribuciones que legalmente correspondan a una entidad pública, es decir, con sus competencias.

En este sentido, me parece muy significativa la declaración de intenciones contenida en el art. 6.3 de la LAULA, que viene a señalar que el ámbito competencial local puede considerarse, en cierto modo, único, de forma que, más que

transferencia de competencias entre los municipios y las provincias, lo que parece existir es una «confusión» entre ambos ámbitos competenciales: «La determinación de competencias locales se rige por el principio de mayor proximidad a la ciudadanía. La legislación tomará en *consideración, en su conjunto, a la comunidad política local*, integrada por municipios y provincias, al valorar la amplitud o naturaleza de la materia o actividad pública, la capacidad de gestión de las entidades locales o las necesidades de eficacia o economía». No existe una declaración de intenciones tan esclarecedora en la legislación básica estatal, pues en la LRSAL priman los criterios económicos²⁹. Esa puede ser la razón de que en la normativa andaluza es mucho más clara y más contundente que la nacional a la hora de regular el trasvase de responsabilidades o el ejercicio de competencias municipales derivada de la ineficacia o falta de capacidad del municipio. Si se apura la interpretación del art. 6.3 LAULA, la Diputación es tan responsable de los servicios municipales mínimos como el propio municipio, de ahí su obligación de intervenir supliendo sus deficiencias. Como hemos reseñado en otros apartados de este trabajo, se trataría de supuestos de asistencia-deber vinculados a la prestación de servicios mínimos obligatorios de los municipios, pero que no darían cobertura a otras asistencias técnicas o materiales.

Entre estos supuestos de transferencia/traslación de responsabilidades podrían incluirse, por ejemplo, la competencia en el tratamiento de residuos en los municipios inferiores a 5000 habitantes; los de prevención y extinción de incendios para los de menos de 20.000 habitantes, o la prestación de los servicios de administración electrónica y la contratación centralizada, previstos en el art. 36.1 LBRL, avaladas estas últimas por el Tribunal Constitucional³⁰ al señalar que el citado artículo se ha limitado a incluir atribuciones nuevas que especifiquen la más general de «asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica a los municipios, especialmente los de menor capacidad económica y de gestión».

Otra fórmula que podría tener encaje en estos supuestos sería la prevista en el apdo. 2 del art. 26 LBRL, para los municipios con población inferior a 20.000 habitantes, según la cual será la Diputación provincial la que coordine la prestación de algunos servicios mínimos municipales, proponiendo, con la conformidad de los municipios afectados la forma de prestación más eficiente, consistente en la prestación directa por la Diputación o la implantación de fórmulas de gestión compartida. En estos casos, solo cuando el municipio justifique ante la Diputación que puede prestar estos servicios con un coste efectivo menor que el

.....

29 SALVADOR CRESPO, Mayte (2014): pp. 126-144.

30 Sentencia TC (Pleno) 111/2016, de 9 de junio.

derivado de la forma de gestión propuesta por la Diputación provincial, podrá asumir la prestación y coordinación de estos servicios siempre que la Diputación lo considere acreditado. Evidentemente hay transferencia de responsabilidades, pues el municipio por sí mismo, ni siquiera puede recuperar su servicio, debiendo acreditar ante la Diputación que puede hacerlo con costes menores que los derivados de los modelos propuestos por ella.

En este orden de cosas, cabría señalar también, como excluido del ámbito contractual conforme al art. 1.6 de la Directiva, las previsiones del art. 14.1 de la LAULA al establecer que la provincia prestará los servicios básicos municipales en caso de incapacidad o insuficiencia de un municipio cuando este así lo solicite, correspondiendo a la provincia «la determinación de la forma de gestión del servicio y las potestades inherentes a su ejercicio». O la referencia, aún más tajante, del apdo. 3 del mismo art. 14, según la cual en el caso de que el municipio incumpla su obligación de prestar los servicios básicos, la Diputación Provincial, actuará, previo requerimiento, por «sustitución».

Podría decirse que nos encontramos no exactamente ante supuestos de transferencias, pero sí de traslación de responsabilidades y hasta de asunción de competencias municipales, con todas sus potestades, que opera, en virtud de ley, ante la incapacidad o ineficacia, reconocida o presumida, del municipio titular de las mismas y por evidentes razones de interés público.

b) *La ausencia de retribución*

El segundo de los requisitos del art. 1.6 Directiva 24/2014, es la ausencia de retribución de estos negocios jurídicos. No existen previsiones expresas en la normativa local básica, más allá de la referencia del art. 26. 2 LBRL cuando la Diputación asuma la prestación de los servicios mínimos municipales de alumbrado público, recogida y tratamiento de residuos, pavimentación, limpieza viaria, abastecimiento y depuración de aguas y accesos a núcleos de población en municipios de menos de 20.000 habitantes.

Sea como fuere, la retribución prevista en el 26.2 LBRL no es una retribución lucrativa sino una compensación o reembolso por costes efectivos, que no impediría la calificación de estos negocios jurídicos como transferencia de responsabilidades en la línea marcada por la STJUE de 9 de junio de 2009, C-480/06, Hamburgo para las relaciones interadministrativas de cooperación horizontal. Sólo en el caso de que la retribución fuese más allá del coste real del servicio, incluyendo por ejemplo un porcentaje de beneficio industrial, o algún tipo de beneficio añadido, nos podríamos encontrar ante un contrato público. Sin embargo, la posible retribución, debe ser analizada en conjunción con otros elementos y entre ellos resulta fundamental, la atribución *ex lege* de un interés

público común municipio-provincia en la prestación del servicio, o como, hemos avanzado, un ámbito competencial casi compartido entre municipio y provincia derivado de la declaración del art. 6.3 LAULA.

En cuanto a la normativa andaluza, el art. 14 LAULA, no hace ninguna referencia a la posible financiación de las situaciones antes mencionada, a diferencia de lo que ocurre con el art. 12 referido a la asistencia técnica estricta que remite a una norma provincial la regulación de tal financiación.

B. La asignación no contractual de tareas a servicios técnicos

Se centrará este apartado en lo que venimos llamando asistencia técnica en sentido estricto, no vinculadas a la garantía en la prestación de los servicios públicos municipales de carácter obligatorio.

El Considerando 34 de la Directiva 24 reconoce que se dan casos en los que una entidad jurídica actúa, con arreglo a las disposiciones pertinentes del Derecho nacional, como un instrumento o servicio técnico para determinados poderes adjudicadores, y está obligada a cumplir las instrucciones recibidas de estos poderes adjudicadores, sin ejercer influencia sobre la retribución de su ejecución. Concluye la Directiva, que estas relaciones no tienen carácter contractual, sino administrativo y que, por tanto, deben quedar fuera del ámbito de aplicación de los procedimientos de contratación pública. La relación de la entidad instrumental con el poder adjudicador debe articularse a través de actos unilaterales para aplicar la exclusión de la Directiva. Es decir, la entidad instrumental debe carecer de cualquier margen de decisión en la aceptación de las tareas y en la fijación de la retribución.

Para llegar a este reconocimiento, la Directiva acoge las conclusiones de la muy cuestionada Sentencia TRAGSA³¹. En esta sentencia el Tribunal de Justicia de la Unión resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo español en relación con la atribución *ex lege* a TRAGSA de un régimen jurídico que le permite realizar obras y servicios para determinadas Administraciones sin someterse a la normativa de contratos. Si bien, como señala casi unánimemente la doctrina, la consideración de TRAGSA como medio propio no solo de la Administración del Estado sino también de las Comunidades Autónomas que poseen un ínfimo porcentaje de su capital social, es harto discutible, lo cierto es que el Tribunal dejó aquí sentadas las bases del reconocimiento de unos negocios jurídicos que ahora han tenido reflejo en las Directivas como un supuesto diferenciado de los llamados contratos domésticos o contratos *in hou-*

.....

31 Sentencia TJUE C-295/05, de 19 de abril de 2007.

se. Las consideraciones de esta emblemática sentencia, que además es «única en su especie» suponen una clara desviación de la línea marcada en resoluciones anteriores del Tribunal. Es más, las conclusiones de la misma tampoco parecen responder a la evolución de la jurisprudencia comunitaria hacia el control conjunto. En este sentido el TJUE, fundamenta su decisión en que TRAGSA «no goza de libertad alguna ni con respecto al curso que debe dar a un encargo formulado por las autoridades competentes ni en cuanto a la tarifa aplicable a tales prestaciones» (apdo. 54).

Analizaremos las relaciones asistenciales de las provincias y sus municipios, con especial referencia al modelo andaluz, siguiendo los requisitos del Considerando 34 de la Directiva, para concluir que la Diputación no puede ser considerada un ente instrumental al servicio del municipio.

a) *El reconocimiento en Derecho nacional de la consideración como ente instrumental o servicio técnico de determinados poderes adjudicadores*

No vamos a insistir en este punto en lo que llevamos avanzado a lo largo de este trabajo. Las Diputaciones tienen reconocido, por ley, el papel de servicio y asistencia técnica de los municipios de su territorio, incluso, como hemos visto, de otros entes locales municipales o agrupaciones de municipios. La Diputación vive por y para el municipio. Debe estar a su servicio y esa es la razón última de su existencia.

b) *El objeto de la relación subyacente, el servicio técnico*

Nos remitimos a lo ya expuesto en cuanto a las competencias de asistencia técnica que la normativa local reconoce a las Diputaciones provinciales.

c) *La obligación por parte del ente instrumental de cumplir con las instrucciones que le dieran los poderes adjudicadores*

Es en este requisito donde las Diputaciones se apartan de los entes instrumentales del art. 1.6 de la Directiva. Ya que, como hemos visto al analizar el modelo andaluz de asistencia a municipios, el art. 12.2 de la LAULA establece que las Diputaciones, tienen la potestad de regular mediante una norma provincial los requisitos para la prestación de la asistencia, añadiendo el párrafo tercero que la solicitud se tramitará mediante un procedimiento basado en los principios de eficacia, transparencia y celeridad y la decisión que se adopte será motivada con referencia a los criterios normativos establecidos. Es decir, aun motivadamente y de forma más o menos reglada, la Diputación puede rechazar la solicitud de asistencia técnica del municipio, no está obligada a atenderla. Es más, siguiendo el modelo andaluz, es la provincia y no el municipio, la que lleva las riendas de

la relación al regularla mediante ordenanzas provinciales. Para otros supuestos asistenciales la Diputación carece de tanto margen de decisión, y debe prestar asistencia material obligatoriamente al municipio. Serían, por ejemplo, los supuestos del art. 14 de la LAULA a los que antes nos referimos y que remite a una norma provincial la forma de prestación, pero no los requisitos para prestarla.

d) *La imposibilidad de ejercer influencia sobre la retribución fijada por los poderes adjudicadores*

Al igual que deja en manos de una normativa provincial la determinación de los requisitos para la prestación de asistencia, el art. 12 LAULA prevé que la financiación de la misma se regule en dicha normativa provincial. Con lo cual, más allá de puntuales convenios de colaboración con objeto asistencial, lo cierto es que el municipio poco va a poder influir en la financiación de las tareas y ello con independencia de que la retribución sea un mero reembolso o compensación de costes.

Sea como fuere, podemos concluir que habrá relación administrativa y no contractual cuando una de las partes carece de margen de decisión para cumplir las instrucciones de la contraparte o para determinar la cuantía de su retribución³². Y ese margen de decisión no existe para aquellos supuestos de prestación de asistencia provincial obligatoria en el sentido del art.14 de la LAULA, pero sí que es apreciable en los supuestos de asistencia técnica en sentido estricto del art. 12 LAULA, por donde se colaría el derecho de los contratos

III. LAS RELACIONES ASISTENCIALES DE LA PROVINCIA DE CARÁCTER CONTRACTUAL EXCLUIDAS DEL ÁMBITO DE LAS DIRECTIVAS

La Directiva 2014/24, regula una serie de supuestos que, aun considerándose contratos conforme al art. 1.5 Directiva, quedan excluidos de su ámbito de aplicación. Así el art 12 regula los contratos entre entidades del sector público, ampliando el número de supuestos que quedan fuera de la Directiva respecto a la regulación anterior. El mencionado art. 12, sigue el esquema del Documento de los Servicios de la Comisión del año 2011, de modo que sus dos primeros apartados se ocupan de los contratos *in house*. El tercero hace referencia a los supuestos de cooperación vertical. Y el apdo. 4 se refiere a la cooperación horizontal.

.....

32 DÍEZ SASTRE, Silvia (2017): pp. 319 y ss.

1. LA COOPERACIÓN HORIZONTAL NO INSTITUCIONALIZADA

A. Colaboración y cooperación en el Derecho europeo de los contratos

El art. 36.2 b) LBRL establece que la Diputación asegura el acceso de la población de la provincia al conjunto de los servicios mínimos de competencia municipal y a la mayor eficacia y economía en la prestación de estos mediante cualesquiera fórmulas de asistencia y cooperación municipal. Así pues, la cooperación, tradicionalmente materializada en convenios de colaboración, entra a formar parte del entramado de relaciones entre municipios y provincias.

El reconocimiento a nivel comunitario de la exclusión de las fórmulas de cooperación horizontal no institucionalizada de la normativa de contratos es relativamente reciente. Podría decirse que arranca de la STJUE de 9 de junio de 2009, C-408/06, Hamburgo. En dicha sentencia, el TJUE entendió que una autoridad pública puede realizar las tareas de interés público que le correspondan con sus propios medios sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios, y puede también hacerlo en colaboración con otras entidades públicas³³, fijando una serie de requisitos para determinar cuándo existe cooperación y cuándo existe contrato.

En nuestro ámbito local, la cooperación interadministrativa presenta algunas singularidades. Pues como hemos adelantando, si bien la voluntariedad es la nota característica de las relaciones de cooperación, las Diputaciones se sitúan ante una cooperación que tiene su origen en una atribución legal. Lo que la coloca ante una «competencia-deber», de modo que el ordenamiento jurídico asigna determinadas funciones a la administración provincial para que las ejerza en beneficio de los municipios, siguiendo un doble criterio selectivo: el tamaño de los municipios o su capacidad económica o de gestión y la calidad y eficiencia de los servicios mínimos obligatorios³⁴ conforme al principio de subsidiaridad. Desde este planteamiento, la Diputación «debe responder» a las demandas de asistencia de los municipios necesitados en determinados casos, cuando actúan garantizando la prestación de servicios públicos obligatorios, pero también «puede rechazarlas», de forma más o menos reglada, imponiéndose así una cierta nota de «voluntariedad», no total, en las relaciones de asistencia técnica y asesoramiento.

Aunque la cooperación horizontal no institucionalizada se encuentra regulada en el art. 12 Directiva 2014/24/UE, es el Considerando 33 de la Directiva

.....

33 GALLEGO CÓRCOLES, Isabel (2012): pp. 11 y ss.

34 FERNÁNDEZ MONTALVO, Rafael (2010): pp. 63 y ss.

24/2014 el que nos sitúa en el contexto adecuado³⁵. Los condicionantes impuestos por la Directiva para excluir del ámbito contractual las relaciones entre poderes adjudicadores son:

a) *Cooperación al servicio de la consecución de objetivos comunes*

Aunque el precepto se refiere a la garantía de la prestación de servicio público, este concepto ha de entenderse en sentido amplio³⁶ sin limitarlo a la prestación de un servicio público, sino que, tal y como recoge el Considerando 33, la cooperación puede abarcar todo tipo de actividades relacionadas con la ejecución de los servicios y «responsabilidades» que hayan sido asignadas a los poderes participantes o que estos hayan asumido, como «tareas obligatorias o facultativas» de las autoridades locales o regionales o los servicios conferidos a organismos específicos de Derecho público. Si conectamos estos conceptos, tanto el de responsabilidades como el de tareas obligatorias y facultativas, entrarían en este punto las relaciones de asistencia de la provincia tanto en su vertiente asistencia-deber, como en la de asistencia con margen de respuesta o asistencia técnica en sentido estricto.

Por lo que respecta al elemento esencial de cooperación real entre las partes, habría que traducirlo siguiendo la Sentencia Hamburgo, a prestaciones recíprocas. Lo que no quiere decir que las distintas partes deban realizar presta-

.....

35 Recoge este Considerando que los poderes adjudicadores han de poder optar por prestar de manera conjunta sus servicios públicos mediante cooperación sin verse obligados a adoptar una forma jurídica particular. Dicha cooperación puede abarcar todo tipo de actividades relacionadas con la ejecución de los servicios y responsabilidades que hayan sido asignadas a los poderes participantes o que estos hayan asumido, como las tareas obligatorias o facultativas de las autoridades locales o regionales o los servicios conferidos a organismos específicos de Derecho público. Los servicios prestados por los distintos poderes participantes no han de ser necesariamente idénticos; también pueden ser complementarios. Los contratos para la prestación conjunta de servicios públicos no han de estar sujetos a la aplicación de las normas establecidas en la Directiva, siempre que se hayan celebrado exclusivamente entre poderes adjudicadores, que la aplicación de dicha cooperación esté guiada únicamente por consideraciones de interés público y que ninguna empresa de servicios privada se encuentre en una situación ventajosa frente a sus competidores. Con el fin de cumplir esas condiciones, la cooperación debe estar basada en un concepto cooperador. Mientras se hayan contraído compromisos de contribuir a la ejecución cooperativa del servicio público de que se trate, no es necesario que todos los poderes participantes asuman la ejecución de las principales obligaciones contractuales. Además, la ejecución de la cooperación, incluidas todas las transferencias financieras entre los poderes adjudicadores participantes, debe únicamente regirse por consideraciones de interés público.

36 GALLEGO CÓRCOLES, Isabel (2012): pp. 111 y ss.

ciones que tengan carácter de principal. Así el Considerando 31 de la Directiva menciona que los servicios prestados no han de ser necesariamente idénticos, también pueden ser complementarios. Ello no supondría un obstáculo para que sea la provincia la que asumiera más carga prestacional en la realización de un servicio público, ante la falta de medios del municipio, complementando aquello de lo que este disponga.

b) *Finalidad de la cooperación. El interés público*

El Considerando 33 de la Directiva 24/2014 exige que la ejecución de la cooperación, incluidas todas las transferencias financieras, debe regirse por consideraciones de interés público.

En la propuesta de Directiva, este requisito se veía fortalecido al exigir que el acuerdo de cooperación no debiera implicar transferencias financieras entre los poderes adjudicadores, más allá del reembolso de los costes reales del contrato. Aunque esta condición no se haya recogido expresamente en la versión finalmente aprobada de la norma, puede suponer un importante indicio de que el acuerdo no tiene carácter comercial. Ya que allí donde exista un beneficio industrial es difícil entender que habrá verdadera³⁷ cooperación. Lo relevante para determinar la existencia de una relación contractual es que exista un beneficio económico para el adjudicador, no necesariamente para el adjudicatario³⁸.

c) *El criterio de la actividad*

Recoge el art. 12 de la Directiva que los poderes adjudicadores implicados en el acuerdo de cooperación no podrán realizar en el mercado más del 20% de las actividades objeto de cooperación. Este criterio no había sido contemplado antes por la jurisprudencia del TJUE. En todo caso, el criterio de actividad se limita a las actividades objeto de cooperación y no al resto de actividades de los entes participantes. El art. 12.5 establece los criterios para el cálculo de los porcentajes de actividad.

Este requisito, que pudiera no tener mucho sentido para las relaciones de cooperación entre municipios y provincias, puede tener algunas implicaciones si la cooperación se da entre administraciones y entes descentralizados del municipio o la provincia que pudieran actuar en el mercado.

.....

37 En esta línea, la jurisprudencia española (STS Sala Contencioso-Administrativo Sección 7^o de 13 de octubre de 1999) ha entendido que la inexistencia de contraprestación económica puede ser un indicio del carácter no contractual del convenio.

38 DÍEZ SASTRE, Silvia (2017): pp. 319 y ss.

d) *La prohibición del falseamiento de la competencia*

Aun cuando pudiera deducirse del principio de igualdad de trato consagrado en el art. 18, en el articulado de la Directiva no se ha recogido el requisito jurisprudencial según el cual, para que un acuerdo de cooperación quede fuera de la normativa de contratos, ninguna empresa debe quedar en situación de privilegio respecto a sus competidores. El Considerando 31 sí contiene una referencia a esta prohibición. Y del mismo modo aparece en el Considerando 33.

La jurisprudencia TJUE había extraído esta exigencia de la limitación de la participación, tanto directa como indirecta, de operadores privados en la cooperación. Así las Sentencia Hamburgo o Piepenbrock, negaban la participación de empresas privadas en los acuerdos de cooperación. Sin embargo, la exigencia, aunque sí ha estado en distintas versiones de la Directiva, no ha tenido reflejo en el articulado final. No se trata de una omisión involuntaria³⁹, sino que la puerta abierta a la participación privada se encuentra en el Considerando 32. Por consiguiente, cuando se cumplan todas las demás condiciones relativas a la cooperación horizontal, la excepción por cooperación horizontal debe aplicarse a dichos poderes adjudicadores.

En lo que se refiere a la posibilidad de que un tercero pueda realizar alguna prestación de forma indirecta en el marco de la cooperación, vía subcontratación, por ejemplo, la jurisprudencia tampoco ha sido demasiado contundente. En este punto, cabría entender que el hecho de que el acuerdo de cooperación permitiese subcontratar prestaciones en el marco de la cooperación, no debe llevar sin más a entender que existe contrato sometido a Directiva, pudiendo quedar el acuerdo en el marco de la cooperación estricta siempre y cuando el subcontratista sea elegido a través de una licitación en condiciones de igualdad con el resto del mercado⁴⁰. Si las relaciones que hoy nos ocupan se dan entre administraciones públicas locales o entre poderes adjudicadores, es lógico pensar que las partes del convenio se verán obligadas a recurrir a una licitación para la elección de posibles subcontratistas.

B. Convenios de colaboración y contratos en el Derecho español

El art. 4.1.c) del TRLCSP excluía los convenios de colaboración interadministrativos del ámbito de la normativa de contratos, salvo «que por su naturaleza tengan la consideración de contratos». El art. 6 de la Ley de Contratos de 2017 da un giro más, excluyendo del ámbito de la Ley, los convenios «cuyo contenido

.....

39 GALLEGO CÓRCOLES, Isabel (2012): pp. 111 y ss.

40 *Ibidem*.

no esté comprendido en el de los contratos regulados por esta ley». Cabe pensar que la referencia a «contenido del contrato» es más amplia que la de la «naturaleza» prevista en la anterior regulación, con lo que se reduciría infinitamente los convenios excluidos de la Ley de Contratos. Sin embargo, una interpretación en este sentido supondría hacer desaparecer prácticamente los convenios de colaboración del mundo jurídico español, pese a que el art. 31.1 de nuestra recién estrenada Ley de Contratos sigue considerando el convenio de colaboración, junto con los contratos *in house*, como los instrumentos de cooperación básicos entre entidades del sector público, y el Considerando 5 de la Directiva recuerda que ninguna disposición de la Directiva obliga a los Estados miembros a subcontratar o a externalizar la prestación de servicios que deseen prestar ellos mismos o a organizarlos de otra manera que no sea mediante contratos públicos en el sentido de la Directiva.

El análisis de lo que podría considerarse como «contenido» de un contrato excede el ámbito de este trabajo, pero sin duda se trata de una cuestión de extrema importancia para el estudio de las relaciones interadministrativas en el Derecho español, no solo en el mundo local. Solo una interpretación conforme a las Directivas y la jurisprudencia europea, que prime el fin y la causa sobre el objeto en las relaciones de cooperación administrativa⁴¹, en los términos examinados en los apartados anteriores, permitiría sacar a los convenios de colaboración interadministrativos del camino a la extinción.

2. LOS CONTRATOS *IN HOUSE* Y LA POTESTAD DE AUTOORGANIZACIÓN

A. La asistencia provincial y la potestad de autoorganización local, problemática general

Uno de los fenómenos más relevantes de los últimos tiempos en el ámbito de la Administraciones Públicas ha sido el proceso de descentralización funcional consistente en la creación de entidades dependientes de ellas, pero con autonomía para prestar los servicios encomendados. Estas entidades permiten a la Administración estar más cerca de los ciudadanos y conocer mejor sus necesidades y preferencias. Las Diputaciones provinciales no han sido ajenas a este proceso de descentralización que vivió su auge a partir de los años 90. Y en estos años, al amparo del art. 85 LBRL o de las diferentes normas autonómicas, como el art. 33 de la LAULA, han multiplicado sus organismos autónomos, sus agencias, entidades públicas empresariales o sus sociedades mercantiles. El resultado de es-

.....

41 DÍEZ SASTRE, Silvia (2017): pp. 319 y ss.

te proceso no siempre ha sido satisfactorio, sobre todo desde el punto de vista del control y la fiscalización, o de la asunción de competencias que no les eran propias. Quizás por esta razón, y siguiendo también razones economicistas y de eficacia del gasto público, la Ley 27/2013 también ha puesto freno a esta descentralización, con limitaciones de diversa índole.

Además, y aprovechando la evolución jurisprudencial de la doctrina *in house* muchos de estos nuevos entes provinciales descentralizados se han convertido en medios propios o servicios técnicos para las Diputaciones provinciales. Pese a su especialización, estos organismos y sociedades desempeñan, normalmente, funciones de ámbito provincial, es decir, supramunicipal, en el sentido del art. 86.1 c), y solo puntualmente se ha aprovechado su especialidad técnica o competencial para servir de apoyo o asistencia a los municipios, incluso en aquellos casos en los que directamente han asumido las competencias provinciales en la materia. Y si alguna vez han servido como instrumentos de asistencia en manos de las Diputaciones, no siempre ha quedado claro el negocio jurídico que subyacía en tales relaciones asistenciales, o si estos se adecuaban a la normativa contractual.

De hecho, a veces, estas entidades provinciales descentralizadas en su condición de medio propio de la Diputación, prestan servicios a los municipios, indirectamente, por «encargo» de la Diputación, no del propio Ayuntamiento, estableciéndose una relación en cascada en la que el municipio solicita asistencia a la Diputación y la Diputación se la pide a su entidad descentralizada. Así es al menos teóricamente, porque lo que realmente suele ocurrir es que el municipio a quien acude es a la entidad descentralizada demandando asistencia y con esa entidad es con la que realmente interactúa. Pero, formalmente lo que existe es un expediente de asistencia a municipios tramitado en la Diputación. Sin embargo, en no pocas ocasiones, ante la dificultad para articular relaciones asistenciales a los municipios, más allá del socorrido convenio de colaboración con un trasfondo contractual más que sospechoso, las entidades instrumentales de la provincia, responden a los requerimientos municipales de apoyo, asistencia o asesoramiento sin ningún tipo de formalidad, y a demanda casi «telefónica».

Efectivamente, aun en estos casos en que la asistencia no se «formaliza», los municipios reciben la cooperación y ayuda provincial demandada. Los problemas surgen de la responsabilidad que pueda derivar de la actuación cooperativa no formalizada, o las implicaciones que pueda tener la cuestión a nivel de mercado y competencia. Si el contrato en cuestión se hubiese sacado al mercado las respuestas estarían en la normativa contractual. Sin embargo, cuando nos movemos a nivel de entes públicos, sin que quede claro cuál es el negocio jurídico subyacente, sin que ese negocio jurídico esté formalizado y sin que existan pre-

visiones explícitas sobre ejecución de tareas, coordinación o responsabilidad, la cuestión es mucho más compleja, sobre todo porque termina mediatizada por consideraciones políticas.

Además, este cuadro relacional puede complicarse todavía más, porque los municipios también han recurrido en los últimos años a la descentralización de servicios. Por esta razón algunas normas provinciales andaluzas reguladoras de la asistencia a municipios, otorgan derecho a la asistencia provincial, no solo al municipio, sino también a sus entes descentralizados. Y más aún, en ocasiones también se otorga asistencia a las «entidades locales de las que los municipios formen parte», es decir, las distintas agrupaciones de municipios, conforme a los designios del art. 11 de la LAULA.

En atención a que la Ley 5/2010 de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía, obliga a las Diputaciones provinciales andaluzas a regular la asistencia a los municipios mediante una norma provincial, utilizaremos como hilo conductor estas normas provinciales. Y veremos como una adecuada regulación de la asistencia en estas normas provinciales permitiría, no solo una adecuada prestación de la misma, sino una correcta coordinación entre los sujetos intervinientes, una correcta delimitación del ámbito de responsabilidades y una eficiente utilización de los recursos técnicos y económicos disponibles.

B. Potestad de autoorganización y contratos *in house* en el derecho de los contratos públicos

Recoge la Directiva 2014/24/UE en su art. 12.1 una serie de contratos que quedan excluidos de su ámbito en base a la relación existente entre el poder adjudicador y el ente adjudicatario. Son los llamados contratos *in house providing* o contratos domésticos. La razón última de la exclusión deriva de su vinculación con el derecho de autoorganización de las Administraciones Públicas.

El apdo. 1 del art. 12 de la Directiva 24, señala que un contrato adjudicado por un poder adjudicador a otra persona jurídica de Derecho público o privado quedará excluido del ámbito de aplicación de la Directiva si se cumplen acumulativamente tres condiciones:

- a) que el poder adjudicador ejerza sobre la persona jurídica de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios;
- b) que más del 80% de las actividades de esa persona jurídica se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que la controla o por otras personas jurídicas controladas por dicho poder adjudicador, y
- c) que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica controlada, con la excepción de las formas de participación de capi-

tal privado sin capacidad de control mayoritario ni minoritario que estén impuestas por las disposiciones legales nacionales, de conformidad con los Tratados, y que no ejerzan una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada.

En la medida en que la normativa europea extiende el concepto de contrato a fórmulas de organización interna de la Administración y somete a estas últimas a un severo test de compatibilidad con el mercado interior, la Administración solo puede dejar los contratos «en casa» cuando se cumplan las exigencias que al efecto establece el Derecho europeo⁴². Pero estas exigencias no han sido estáticas, han ido evolucionando en el tiempo. Más aún, el Considerando 31 de la vigente Directiva deja expresamente abierta una puerta a nuevas interpretaciones de la norma positivizada, al amparo de la jurisprudencia europea.

En la evolución jurisprudencial de las relaciones *in house*, es posible distinguir varias etapas. La primera abarca desde la Sentencia Teckal, que fija por primera vez los requisitos de los contratos domésticos, hasta la Sentencia TRAGSA que se podría decir que desnaturaliza algunos de ellos, como el del control análogo. La segunda etapa evolutiva retoma los requisitos Teckal y los relaja permitiendo pasar del concepto «control análogo» eminentemente individual a un control conjunto, que también ha sido acogido por la Directiva 24. La fórmula se ha ido ampliando para permitir las adjudicaciones ascendentes y horizontales que han tenido también su reflejo en el art. 12.2 de la Directiva. La clave de la exclusión del ámbito de la Directiva no está ni en la naturaleza contractual, ni en el tipo de entidades que se relacionan, sino en el tipo de relación que se establece y que es de dependencia hasta el punto de que materialmente puedan ser consideradas como una única entidad.

A nivel nacional, el art. 4.1.n) del TRLCSP excluía de su ámbito de aplicación los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación. Por su parte, el art. 24.6 TRLCSP establecía las características que ha de reunir una entidad para ser considerada medio propio de otra. La norma incorporaba, a los llamados «requisitos Teckal», la necesidad de reconocimiento expreso de la condición de medio propio en la norma de creación del ente o en sus estatutos y la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas.

.....

42 DÍEZ SASTRE, Silvia (2017): pp. 319 y ss.

El art. 86.2 de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJ-SP) añadió dos requisitos más: que sea una opción más eficiente que la contratación pública resultando sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica, y que resulte necesario por razones de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico.

Aliándose con la sostenibilidad financiera, la nueva Ley de Contratos 9/2017 parece insistir en la línea marcada por la Ley 40/2015. Añadiendo algunas novedades respecto a las ya incorporadas por la LRJSP: la necesidad de que el medio propio disponga de los medios necesarios, suficientes e idóneos, para la ejecución del contrato evitando que se conviertan en meros instrumentos de subcontratación. La nueva Ley, pese a los vaivenes que sufrió durante su tramitación en cuanto a porcentaje de subcontratación admitido para determinar la suficiencia de medios, ha optado por un criterio objetivo de capacidad, realmente de solvencia: el haber obtenido clasificación respecto de los Grupos, Subgrupos y Categorías correspondientes en su art. 32.2.d). Este mismo artículo añade otros requisitos formales: el que los poderes adjudicadores respecto a los que vaya a ser medio propio presten su autorización o conformidad, y contemplen de forma obligatoria en sus estatutos otra serie de previsiones respecto al procedimiento para llevar a cabo los encargos. Evidentemente estos requisitos, que se unen a los ya existentes en la Ley 40/2015, van a suponer un nuevo recorte al recurso a los medios propios al suponer para estos una adaptación con la que muchos no contaban o, incluso, que no pueden alcanzar como en el caso de la clasificación.

En definitiva, podemos concluir que nos encontramos ante «supuestos en los que las entidades públicas encargan directamente a entes instrumentales de ellas dependientes la realización de determinadas prestaciones y operaciones propias de los contratos públicos sin seguir el procedimiento de adjudicación contractual. Su justificación estriba en el ejercicio de la potestad de autoorganización, pues se opta por un sistema de autoprovisión o gestión directa mediante formas descentralizadas, sin que el encargo obedezca a la lógica contractual, pues no existe en verdad autonomía del ente instrumental respecto de la entidad encomendante, al primar la dependencia e instrumentalidad respecto de la persona jurídica distinta»⁴³. Quizás por eso, mientras que para la Directiva 24 se trata de contratos excluidos (art. 12.1), para la Ley de Contratos del Sector Público de 2017 no «tendrá la consideración de contrato» (art. 32.1 LCSP).

.....

43 RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio (2009): pp. 39 y ss.

C. ¿La Diputación como medio propio municipal?

Podría plantearse, aunque fuera con un simple efecto dialéctico, la posibilidad de considerar a la Diputación como un medio propio de los municipios. Opción que pudiera parecer descabellada, o al menos arriesgada, aunque existen algunos puntos de encuentro, ya que siguiendo los requisitos del art. 12 de la Directiva, es posible pensar, *a priori*, que la Diputación realiza más del 80% de su actividad para el poder adjudicador (ayuntamiento o ayuntamientos), y no tienen participación privada.

Hasta aquí las coincidencias. Porque sería difícil entender que los municipios ejercen sobre la Diputación un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios. Cierto es que las Diputaciones provinciales son órganos de elección indirecta y que la composición de su Pleno se realiza mediante elección por los concejales electos de todos los ayuntamientos del partido judicial. Cierto es también, que la Directiva permite ejercer un control análogo al que se ejerce sobre los propios servicios de forma indirecta. Y tampoco cabe duda de que es precisamente ese Pleno, con representación de los municipios, el que aprobará, al menos en el caso andaluz, la norma provincial que determine los requisitos de la asistencia y su forma de financiación. Ahora bien, deducir de ahí que los municipios ejercen sobre las Diputaciones un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios es, en cualquier caso, muy aventurado. Quizás pudiera plantearse, aunque con muchas dudas como hemos visto, respecto de aquellas prestaciones asistenciales de carácter obligatorio, pero quedarían descartadas, para las prestaciones de asistencia técnica que el municipio tiene la facultad de rechazar.

Pero es que hay, por encima de todo, una razón de base para rechazar este planteamiento: la autonomía de municipios y provincias, que impide considerar a ambas entidades como una sola desde el punto de vista organizativo. En términos del art. 4.2 de la LAULA, aun cuando pudieran citarse aquí también el art. 137 de la Constitución o la Carta Europea de Autonomía Local, la autonomía de municipios y provincias comprende, en todo caso, la ordenación de los intereses públicos en el ámbito propio de municipios y provincias, la organización y gestión de sus propios órganos de gobierno y administración, la organización y ordenación de su propio territorio, la regulación y prestación de los servicios locales, la iniciativa económica, la gestión del personal a su servicio y de su patrimonio, y la recaudación, administración y destino de los recursos de sus haciendas. Y la gestión de los asuntos que constituyen el contenido esencial de la autonomía local exige que estos se lleven a cabo bajo «la propia responsabilidad» del ente local⁴⁴. Como señalan las SSTC 159/2001 y 240/2006 por «au-

.....

44 FERNÁNDEZ MONTALVO, Rafael (2010): pp. 63 y ss.

tonomía local se entiende el derecho y la capacidad efectiva de las entidades locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos, en el marco de la ley, bajo su propia responsabilidad».

En otras palabras, la potestad de autoorganización del municipio no puede interferir en la potestad de autoorganización de la provincia. Cualquier injerencia de la organización del municipio respecto del de la provincia, y viceversa, pudiera considerarse una vulneración de su autonomía. Y esto ha de ser así, aun cuando se considere a ambos miembros de la misma comunidad local en su conjunto, según la singular declaración del art. 6.3 de la Ley Local Andaluza.

La garantía institucional de la autonomía local no asegura un contenido concreto ni un determinado ámbito competencial, «sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar», de suerte que solamente podrá reputarse desconocida dicha garantía «cuando la institución es limitada, de tal modo que se le priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre» (SSTC 32/1981, 109/1998 y 159/2001). De este punto de vista, la Diputación no puede ser un instrumento en manos de los Ayuntamientos. Dicho esto, y negada la mayor, no tiene sentido entrar a valorar posibles fórmulas de control, como el control conjunto de los municipios sobre la provincia, ni por vía directa ni por vía indirecta.

D. Las relaciones de los municipios con los medios propios provinciales

Ya se ha mencionado que a partir de los años 90 las Diputaciones han vivido un considerable proceso de descentralización. Además, algunos de estos entes provinciales descentralizados se han convertido en medios propios o servicios técnicos para las Diputaciones provinciales, a los que estas recurren en el ejercicio de sus competencias. Puede ocurrir incluso que, con el proceso de descentralización, los servicios centrales de la Diputación se hayan quedado sin medios técnicos especializados en determinadas materias para atender demandas de asistencia municipal.

Sea como fuere, lo cierto es que, para el desempeño de sus competencias asistenciales respecto de los municipios, las Diputaciones recurren a sus medios propios por cuestiones en muchos casos de especialización técnica. De este modo se establece una relación en cascada en la que el municipio solicita asistencia de la Diputación y la Diputación se la pide a su medio propio. Y a la inversa, el medio propio responde a la solicitud de la Diputación que lo controla, y esta la traslada al Ayuntamiento. Es decir, mucha burocracia, muchos trámites, varios negocios jurídicos enlazados, varios sujetos y poca claridad en su conceptua-

ción. Si a eso se añade la posibilidad, de que el Ayuntamiento financie de algún modo la asistencia que pide, como ocurre en Andalucía, y la Diputación tenga que retribuir a su medio propio el servicio que este le presta, es posible que incluso se produzcan sobrecostes que vayan más allá de la compensación por costes efectivos de la asistencia.

Pero no es fácil articular una relación del municipio con el medio propio provincial que pudiera quedar al margen de la normativa de contratos o excluida de su ámbito de aplicación, aun cuando exista una misión de servicio público tras ella. El medio propio provincial forma parte de la organización de la provincia y ha sido configurado como tal en base a la potestad de autoorganización de esta. Pero es muy difícil entender que el medio propio provincial pudiera configurarse como un medio propio municipal. No solo por la falta de control municipal sobre el ente instrumental provincial, sino, sobre todo y como hemos dicho respecto a la provincia, por sus implicaciones con la autonomía local que impediría que el medio propio provincial, que es «uno» con la provincia que lo controla, se convirtiese en medio propio del municipio. Siempre se podría recurrir al socorrido convenio de colaboración, pero el carácter contractual de su objeto impediría calificarlo como auténtico convenio.

Ahora bien, cabría pensar siguiendo el modelo andaluz de asistencia, que la ordenanza provincial reguladora de la asistencia a municipios se pronunciasse al respecto. Ya hemos avanzado en este trabajo cómo la nueva Directiva de contratos parece distinguir entre los llamados «medios propios» o «entes controlados por poderes adjudicadores», en los términos del Considerando 32 de la Directiva y el art. 12, de los llamados entes instrumentales o «servicios técnicos» a que se refiere el Considerando 34. Si en algún momento ambas figuras tuvieron un origen común, parece que la peculiaridad del tratamiento otorgado por el TJUE al asunto TRAGSA ha justificado una regulación diferente en la vigente Directiva.

La conceptualización de un ente como instrumento o servicio técnico de determinados poderes adjudicadores deriva de una disposición normativa de Derecho nacional. Mientras que el llamado medio propio se configura como tal en virtud de la potestad autoorganizativa del ente que lo controla. Por tanto, el origen de ambas figuras es diferente.

La potestad reglamentaria y la potestad de autoorganización son manifestaciones de la autonomía local, reconocida constitucionalmente y a nivel europeo. El Tribunal Supremo, en Sentencias como la de 27 de marzo de 1985, consideró que la potestad reglamentaria atribuida por la ley a los entes locales está implícitamente reconocida por el art. 137 de la CE, al dotarles de autonomía para la gestión de sus intereses propios. En la misma línea, el Tribunal Supremo, en la

Sentencia de 11 de mayo de 1998 razona sobre las relaciones entre la potestad reglamentaria en materia de organización y la legislación básica del Estado o la de desarrollo de las comunidades autónomas, diciendo que: «En relación con la organización municipal, la distribución de competencias se asienta en el reconocimiento de tres ámbitos normativos correspondientes a la legislación básica del Estado (art. 149.1.18 de la CE), la legislación de desarrollo de las comunidades autónomas, según los respectivos estatutos, y la potestad reglamentaria de los municipios, inherente a la autonomía que garantiza el art. 140 de la CE... Potestad esta singularizada respecto de la potestad reglamentaria local que comprende el establecimiento y la regulación de la organización y de las relaciones en el ámbito interno, funcionalmente requeridas para el desenvolvimiento de la actividad cuya gestión autónoma se encomienda al ente local, dentro del marco que diseñan los principios de competencia, reserva de ley, legalidad y jerarquía normativa que articulan el carácter plural y complejo de nuestro ordenamiento jurídico».

Reconocido, pues, el carácter normativo de la ordenanza provincial para la regulación de su organización interna, podría ser esta la que determinase qué entes pertenecientes a su organización podrían convertirse en servicios técnicos de los municipios de su territorio, a efectos asistenciales. Como ya ha quedado dicho en otros apartados de este trabajo, la LAULA deja en manos de una «norma provincial» la regulación de los requisitos, forma de prestación y financiación de la asistencia. En este sentido no creo que existiera problema en que esa norma provincial atribuyese a sus medios propios especializados la prestación de la asistencia demandada por el municipio en base a esa especialidad técnica, y determinara la financiación de la misma en base a la tarificación que hubiese acordado la Diputación para su medio propio. Realmente, con una regulación en este sentido, la Diputación estaría ejerciendo potestades de autoorganización, mediante un Reglamento, para el ejercicio de sus competencias asistenciales siguiendo los condicionantes impuestos por la norma autonómica que le precede en el sistema de fuentes. No se trataría entonces de convertir al medio propio provincial en un medio propio municipal, pero sí en convertirlo en un ente instrumental de los municipios, a efectos de la prestación de asistencia técnica. No se puede olvidar que el Considerando 5 de la Directiva establece que «ninguna disposición de la presente Directiva obliga a los Estados miembros a subcontratar o a externalizar la prestación de servicios que deseen prestar ellos mismos o a organizarlos de otra manera que no sea mediante contratos públicos en el sentido de la presente Directiva».

Esta posible conceptualización nos lleva a replantearnos algunas de las figuras que hemos venido analizando hasta ahora. Así, recapitulando sobre nuestra paradigmática Sentencia TRAGSA y al Considerando 34 de la Directiva, cabría

plantearse si concurrirían en estos medios propios provinciales «reconvertidos» en servicios técnicos instrumentales para los municipios, los requisitos para entender que existe una asignación no contractual de tareas a un servicio técnico, de carácter no contractual.

Estos requisitos de los que ya nos hemos ocupado son:

- a) El reconocimiento con arreglo a las disposiciones pertinentes del Derecho nacional, como un instrumento o servicio técnico para determinados poderes adjudicadores. En este caso la disposición pertinente del Derecho Nacional que reconoce el carácter de servicio técnico para determinados poderes adjudicadores, es una norma reglamentaria, la Ordenanza de asistencia a municipios, dictada al amparo de la normativa autonómica que desarrolla la normativa estatal básica. Su fundamento se encuentra en la autonomía local, y en la potestad de autoorganización y la potestad reglamentaria que de ella deriva.
- b) El objeto de la relación subyacente, el servicio técnico. Efectivamente, se trata de prestar asistencia técnica a los municipios, a demanda de estos. Ciertamente que algunas competencias asistenciales vinculadas a servicios públicos municipales obligatorios pudieran superar el concepto de «servicio técnico». En cualquier caso, será la norma provincial la que determine qué prestaciones asistenciales de carácter técnico, pueden encomendarse a sus medios propios.
- c) La obligación por parte del ente instrumental de cumplir con las instrucciones que le dieran los poderes adjudicadores. Esta obligación deriva, en última instancia, de su consideración como medio propio provincial y del control que ejerce la Diputación sobre el ente descentralizado. De ahí que, a semejanza con lo que ocurre respecto a su consideración como medio propio, sería recomendable que los estatutos de la entidad reflejasen su consideración como servicio técnico para los municipios de la provincia, así como la obligación de dar cumplimiento a los encargos técnicos que formulen los municipios, en base a la ordenanza provincial de asistencia, articulándose un procedimiento a tales efectos.
- d) La imposibilidad de ejercer influencia sobre la retribución de su ejecución. La determinación de la retribución vendrá fijada en la Ordenanza provincial de asistencia, que será impuesta al ente instrumental provincial al igual que la retribución que le corresponde como medio propio provincial.

Realmente se entremezclan dos tipos de relaciones, pues la provincia, ejerciendo sobre su medio propio un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, está configurándolo, por vía reglamentaria y en ejercicio de sus potes-

tades de autoorganización, como un servicio técnico al servicio del municipio, no como un medio propio municipal. Y ello porque, según recoge el Considerando 31, la aplicación de las normas de contratación pública no debe interferir con la libertad de los poderes públicos para ejercer las funciones de servicio público que le han sido conferidas utilizando sus propios recursos.

La posibilidad que otorga la legislación local andaluza de regular por norma provincial la asistencia a los municipios podría clarificar mucho el marco relacional entre ambas administraciones y sus entes descentralizados. Sin embargo, no existen obstáculos para que este esquema relacional, por vía reglamentaria, pudiera extrapolarse a otras administraciones locales no andaluzas. Con ello se permitiría a la Diputación utilizar eficazmente todos los medios técnicos especializados de los que dispone para asistir a los municipios de una manera más eficaz, simplificando trámites y burocracia, racionalizando la prestación de asistencia y abaratando costes. Y se posibilitaría una mejor coordinación entre las Administraciones intervinientes, clarificando las responsabilidades de cada una de ellas en las tareas encomendadas.

Aun así, para alcanzar estos objetivos, es necesario un adecuado conocimiento de los medios de los que dispone la Diputación, una adecuada planificación, una adecuada regulación y todo ello aderezado con un importante grado de consenso con los municipios afectados, que siempre se verá enturbiado por consideraciones políticas.

Sea como fuere, la nueva Ley de Contratos 9/2017 no solo no regula, sino que ni siquiera menciona a los entes instrumentales. Ciertamente es que la propia Directiva 24/2014, en su Considerando 34 entiende que estas relaciones no tienen carácter contractual, sino administrativo y que, por tanto, deben quedar fuera del ámbito de aplicación de los procedimientos de contratación pública. Pero no es menos cierto que nuestra nueva Ley de Contratos sí dedica una Disposición completa, la vigésima cuarta al «paradigma» de ente instrumental, TRAGSA y su filial TRAGSATEC. No obstante pese a su expresa y específica distinción, primero en la jurisprudencia comunitaria y después en la Directiva 24/2014 entre ente instrumental y medio propio, lo cierto es que la Ley de Contratos no entra en diferenciaciones y considera que ambas entidades son «medios propios personificados y servicios técnicos» para después someterlo al régimen único de los medios propios contemplado en el art. 32, señalando eso sí, que las relaciones con tales entidades «son de carácter interno, dependiente y subordinado» y tienen «naturaleza instrumental y no contractual».

Quizás la legislación nacional debería haber aprovechado el distinto tratamiento que la Directiva 24 otorga a los medios propios y los encargos a entes instrumentales para regular de forma diferenciada ambos negocios, si no en la

Ley de Contratos por su carácter no contractual, sí con una mención, al menos genérica, a la figura del ente instrumental en la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público distinguiéndolo del medio propio en base a su origen normativo y no autoorganizativo.

IV. CONCLUSIONES

Pese a que la provincia tiene un deber legal de asistencia al municipio, ni el Derecho europeo de los contratos públicos ni la normativa nacional son capaces de dar una respuesta clara al tipo de relación que se establece entre ambas Administraciones.

Las competencias asistenciales que el Derecho español atribuye a las Diputaciones se traducen en ocasiones en un deber de cooperación y asunción de responsabilidades municipales que trastoca la nota de voluntariedad propia de la colaboración interadministrativa. Pero, más allá de los supuestos vinculados al ejercicio de tareas públicas o misiones de derecho público, en muchas ocasiones el objeto de esa colaboración y asistencia se corresponde con el de los contratos de servicios típicos, respecto de los cuales la Diputación conserva un cierto margen de voluntariedad a la hora de responder a las demandas municipales.

Para la Directiva 2014/24/UE de contratos públicos, la colaboración entre administraciones y entidades públicas guiadas por fines de interés público, aunque tenga contenido contractual, puede quedar excluida del ámbito de la aplicación de la normativa de contratos. Sin embargo, la regulación nacional de la colaboración entre Administraciones públicas es más restrictiva que la europea, al excluir del ámbito de los convenios de colaboración y encomiendas administrativas aquellas relaciones interadministrativas con contenido contractual. Esta limitación condiciona mucho las relaciones entre nuestras Administraciones locales.

El carácter instrumental de la Diputación al servicio del municipio nos ha llevado a analizar en este trabajo la posibilidad de considerarla como servicio técnico o medio propio de los municipios. Sin embargo, la autonomía local de municipios y provincias obliga a descartar cualquier planteamiento en el que ambas organizaciones se confundan. Ahora bien, la potestad reglamentaria y la potestad de autoorganización de la provincia, como manifestaciones de la autonomía local, pueden ofrecer una solución más que aceptable para clarificar las relaciones interadministrativas locales. La legislación local andaluza establece que mediante norma provincial se regulará la forma, requisito y financiación de la asistencia a los municipios. Esta norma provincial puede convertirse en un valioso instrumento para un adecuado entendimiento de las relaciones asistenciales. Y aunque la previsión esté contenida en la normativa andaluza, no existe

ningún inconveniente en trasladarla al resto de las Diputaciones provinciales en base a sus potestades reglamentarias y de autoorganización.

Con la ordenanza de asistencia, la Diputación estaría regulando a nivel organizativo el ejercicio de sus competencias asistenciales en el marco de la Ley. La ordenanza provincial podría aclarar con más detalle la forma de prestación obligatoria de asistencia y los requisitos para la prestación de asistencia no obligatoria respetando las exigencias legales de atención preferente a los municipios de menor capacidad y a razones de urgencia, estableciendo, así, un marco claro de cooperación necesaria entre las administraciones, apartándolo de forma rotunda del ámbito contractual.

Respecto de la asistencia técnica en sentido estricto, y de contenido contractual, la Diputación a través de la ordenanza podría, en virtud de su naturaleza normativa, determinar también el carácter instrumental de los medios propios provinciales descentralizados respecto de los municipios y entidades y agrupaciones municipales, fomentando así un uso más racional de tales medios para el cumplimiento de sus competencias. Con ello se clarificarían los negocios jurídicos subyacentes, se coordinarían mejor las relaciones entre los distintos entes, se delimitaría el ámbito de responsabilidades de las entidades intervinientes, se clarificaría la financiación evitando sobrecostes y se lograría una mayor eficiencia en la prestación al reducir trámites y simplificar relaciones en cascada.

Se trataría en definitiva de adaptar el mundo local a los nuevos tiempos haciendo uso de nuevas figuras e instrumentos jurídicos, ante el irremediable avance del Derecho de los contratos.

V. BIBLIOGRAFÍA

- CARBONELL PORRAS, Eloísa (2011): «La cooperación intermunicipal en la realización de las obras y los servicios locales (reflexiones a propósito de algunos mecanismos distintos de la creación de entidades supramunicipales)», *Anuario de Derecho Municipal* 2010, 4, pp. 57-96.
- DÍEZ SASTRE, Silvia (2017): «Análisis de las novedades en el ámbito de aplicación de la normativa contractual», *Anuario Aragonés de Gobierno Local* 2016, 8, pp. 319 y ss.
- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio (2015). «Las competencias de las Diputaciones provinciales en la historia como punto de partida», *Las nuevas Diputaciones Provinciales de régimen común: asistencia, prestación y coordinación de servicios municipales*. CEMCI Publicaciones, pp. 25-109.
- FERNÁNDEZ MONTALVO, Rafael (2010): «Los gobiernos locales intermedios en el Estado autonómico después de la sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010 de 28 de junio», *Cuadernos de Derecho Público*, 37 (mayo-agosto), pp. 63-96.
- GALLEGO CÓRCOLES, Isabel (2012): «Las relaciones contractuales entre entes públicos no sometidas a la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública», REF: DER2012-39003-C02-0. La nueva contratación pública, pp. 111-139.
- GARCÍA RUBIO, Fernando (2014): «Las entidades supramunicipales en el gobierno local español. Reflexiones tras la reforma de la sostenibilidad», *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, 34, Fundación Democracia y Gobierno Local (febrero), pp. 162-195.
- (2014): «La provincia como entidad local. Un análisis tras la Ley de Racionalización», en *Reforma de 2013 del régimen local español*. Fundación Democracia y Gobierno Local, pp. 263 y ss.
- MARTÍNEZ PALLARÉS, Pedro Luis (2014): «Informe La Planta Local tras la ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: Esperando a Godot», *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, 7 (junio), pp. 70-82.
- MEDINA GUERRERO, Manuel (2014): «La Reforma del Régimen Local: Una honda transformación de las relaciones intergubernamentales», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. monográfico sobre Revisión del Gobierno Local y la Administración Local en la Ley 27/13, 34, pp. 147-181.
- RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio (2009): «Las encomiendas a entes instrumentales en la legislación foral de contratos públicos de Navarra: Contraste con el Derecho Comunitario Europeo y la Legislación Básica Estatal», *Revista Jurídica de Navarra*, 47 (enero-junio), pp. 39-86.
- RIVERO YSERN, José Luis (2014): «La provincia en la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local de 27 de diciembre de 2013», *Revista General de Derecho Administrativo*, 36 (mayo), Iustel.
- SALVADOR CRESPO, Mayte (2014). «Las competencias de las diputaciones provinciales en la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local», *Cuadernos de Derecho Local*, 34, Fundación Democracia y Gobierno Local, pp. 126-144.

- SANTIAGO IGLESIAS, Diana (2015): «Las relaciones de colaboración entre poderes adjudicadores excluidas de la normativa de contratación del Sector Público: Una propuesta de transposición de la regulación contenida en las Directivas de Contratación al ordenamiento español», *Revista General de Derecho Administrativo*, 38, Iustel.
- VELASCO CABALLERO, Francisco (2010): «Crisis económica y Derecho local», *Anuario de Derecho Municipal 2009*, 3, pp. 25-42.