

**L'EXTERNALITZACIÓ DELS SERVEIS PÚBLICS DE CONTINGUT
CULTURAL: LÍMITS I POTENCIALITATS DEL MARC JURÍDIC
LEGAL.**

Rafael Herrero Iturriaga

Juny 2007

L'EXTERNALITZACIÓ DELS SERVEIS PÚBLICS DE CONTINGUT CULTURAL: LÍMITS I POTENCIALITATS DEL MARC JURÍDIC LEGAL.

1.-Qüestions prèvies.

El procés d'externalització de la gestió dels equipaments i serveis culturals de titularitat pública pot ser objecte d'anàlisi des de diferents perspectives (econòmica, jurídica, social, etc...); es tracta en definitiva d'un fenomen pluridisciplinari, en el sentit de que la seva interpretació i enteniment necessita d'una pluralitat d'eines que provenen de diferents branques del coneixement.

Es pot fer un anàlisi econòmic del que suposa l'externalització, es pot fer igualment un anàlisi des del punt de vista de les ciències de l'Administració Pública, considerant el model d'Administració Pública que volem i la configuració de la cultura com a servei públic i el que suposa la col·laboració amb entitats privades, i es pot fer, per últim, el que serà objecte d'aquest treball: un anàlisi dels instruments jurídics dels que es serveix l'externalització i de les fronteres normatives dintre de les quals s'ha d'emmarcar.

No pretenem aquí determinar si, des del punt de vista jurídic, l'externalització és o no és un expedient genèricament vàlid per a la gestió cultural. De fet el que sí podem dir és que, tal i com passa amb tots els instruments de gestió, l'externalització és una eina efectiva únicament si la utilitzem de manera adequada i sense caure en apriorismes o prejudicis que ens impedeixen analitzar adequadament les millors respostes per la que ha d'ésser en definitiva la finalitat de tot instrument de gestió: millorar la qualitat del servei que es presta als ciutadans. Des d'aquest punt de vista la nostra intervenció ve centrada en la problemàtica jurídica que planteja l'externalització sense fer, insistim, judicis de valor que no corresponen a aquest àmbit.

El contingut de la ponència, tal i com s'ha indicat al seu títol, és el de determinar els límits i potencialitats que el vigent marc jurídic pot oferir a les diferents propostes d'externalització dels serveis públics culturals. En conseqüència tractarem d'abordar la qüestió de l'externalització des d'una perspectiva estrictament jurídica i fixar els paràmetres normatius dintre dels quals es pot situar aquesta qüestió.

Per tant, nosaltres ens centrarem aquí en la determinació de les variables jurídiques a tenir en compte tant amb caràcter previ com durant l'execució del procediment que ens portarà finalment a l'externalització de la gestió d'un equipament o d'un

servei públic de caràcter cultural. Es tracta en definitiva d'acotar, en termes jurídics, el marc en el que s'ha de moure l'externalització, assenyalant tant els instruments que poden fer-la efectiva, com els límits amb els que hem de comptar per no caure en formulacions contraries a dret.

El iter expositiu que seguirem partirà de determinar dues premisses bàsiques. Per una banda ha de tenir en compte l'ens jurídic de naturalesa pública que tingui atribuïda la competència per prestar el servei públic de caràcter cultural, qüestió aquesta important ja que incidirà en els instruments jurídics que pot utilitzar l'ens públic per exercir les seves funcions. I per l'altra la consideració del contracte, i més en concret del contracte administratiu, com l'institut jurídic al voltant del qual s'articula el procediment i execució de l'externalització. A continuació, i a efectes merament expositius, distingirem entre l'externalització de la gestió d'equipaments culturals (fórmula de caràcter global) i l'externalització de la prestació de determinats serveis culturals (fórmula de caràcter parcial) ja que l'abast és diferent i per tant també seran diferents les qüestions jurídiques a considerar. Es tractarà aquí d'aplicar els diferents instruments de contractació a aquestes dues fórmules d'externalització. Per últim tancarem la nostra exposició amb algunes consideracions de caràcter general sobre els límits de l'externalització i les friccions de caràcter jurídic que poden sorgir si aquests límits no són respectats.

En tot cas, partim de la base de que la prestació dels serveis culturals porten incorporats tota una sèrie d'elements que no es poden considerar de naturalesa cultural. Per exemple, els serveis de fotocòpies, la seguretat d'edificis i de fons artístics i documentals, etc...; tots aquests serveis, que ordinàriament no es presten per personal de la institució cultural sinó que es contracten a empreses externes, no els considerarem com a externalització en el sentit que aquí tractarem, sinó que únicament inclourem dintre d'aquest concepte aquelles funcions i serveis que integren el que anomenem nucli de l'activitat cultural i que bàsicament són la formulació i execució de projectes culturals i la gestió d'equipaments culturals.

Una última consideració: aquest treball no pretén tractar minuciosament totes les implicacions jurídiques de l'externalització dels serveis públics de caràcter cultural, extrem aquest que no seria possible donat el temps del que disposem, sinó enunciar les línies jurídiques bàsiques i les referències normatives essencials que s'han de tenir en compte en aquesta matèria, així com exposar els instruments que el nostre ordenament jurídic ens pot facilitar a aquests efectes, sobre tot tenint en compte que es tracta d'una matèria en constant evolució i que dista molt de ser una qüestió tancada.

2.- La naturalesa jurídica de l'ens de gestió dels serveis públics de contingut cultural.

Les fórmules previstes a l'ordenament jurídic com a formes de prestació del servei públic de contingut cultural (en realitat es preveu per tots els serveis públics) parteixen d'una "summa divisio" entre gestió directa i gestió indirecta.

Gestió Directa.

La gestió directa es caracteritza pel fet de que és la pròpia Administració Pública la que presta el servei sigui pels seus propis òrgans o sigui a través d'un ens creat amb aquesta finalitat prestacional.

Les formes de gestió directa a l'Administració Local són les següents:

- gestió per la pròpia entitat local, amb o sense òrgan diferenciat.
- organisme autònom local: sotmès al règim pressupostari i a fiscalització prèvia.
- entitat pública empresarial: sotmès al règim comptable privat i al sistema d'auditories a posteriori.
- societat mercantil pública amb capital que pertany íntegrament a l'entitat local.

Tot i que ens hem referit a l'Administració Local, de fet aquestes formes, amb les corresponents variants i adaptacions es poden extrapolar a l'Administració Autònoma a l'Administració de l'Estat.

D'aquestes formes de gestió directa, la prestació dels serveis públics culturals utilitza preferentment la d'Organisme Autònom, i la d'Entitat Pública Empresarial (per exemple recentment l'Institut de Cultura de Barcelona).

La gestió per la pròpia entitat local, amb o sense òrgan diferenciat és utilitzada per ens locals que sigui per pressupost o sigui per d'altres circumstàncies, l'activitat cultural no té el volum o el grau de complexitat necessari com per crear una persona jurídica diferenciada que tingui com a objecte la gestió cultural sigui en la seva totalitat o sigui només parcialment.

La gestió mitjançant societat mercantil pública s'ha utilitzat quan es tracta de gestionar equipaments que tenen una clara funció d'intervenció en el mercat a través de la promoció i difusió d'activitats culturals.

També i encara que no estigui prevista específicament a l'Ordenament Jurídic com a forma de gestió, comença a ser freqüent la utilització de Fundacions Públiques

per prestar determinats serveis de naturalesa cultural tot i que la utilització de Fundacions pot tenir una explicació de caràcter fiscal: que les aportacions d'entitats privades a projectes culturals puguin beneficiar-se de determinats incentius fiscals previstos a l'ordenament jurídic fiscal.

Per últim, i tot i que no es pot conceptualitzar com a forma de gestió directa també s'han de tenir en compte aquelles personificacions jurídiques que surten de l'acord entre dues o més administracions amb la finalitat de prestar un servei de naturalesa cultural (per exemple: els Consorcis) que afecta a les competències, territori i població de més d'una Administració Pública.

El que hem de destacar als efectes que aquí interessen és que quan la prestació del servei públic cultural es realitza mitjançant la utilització de formes de gestió directa o a través de Fundacions, Consorcis o ens de naturalesa pública, en cap d'aquests casos estem davant d'una externalització global de la gestió, sinó que aquesta es limitarà, en el seu cas, a determinats aspectes i normalment es concretarà en la prestació de alguns serveis o en la formulació d'algun projecte, però sota aquestes fórmules en cap dels casos poden parlar d'un corresponsabilitat en la gestió, sense perjudici de que l'ens públic de gestió directa pugui acordar una externalització global de la gestió d'algun equipament cultural i per tant utilitzar també formes de gestió indirecta.

Veurem per tant que els instruments jurídics a utilitzar a efectes de l'externalització de la gestió cultural són bàsicament els contractes administratius de consultoria i assistència o de serveis als quals es referirem més endavant.

Gestió Indirecta.

La gestió indirecta es caracteritza per que el servei públic s'ha de prestar per l'Administració però a través d'un tercer, que podrà ser una persona natural o jurídica, i adoptarà alguna de les següents formes:

- concessió
- gestió interessada
- concert
- societat d'economia mixta.

Aquí sí que s'externalitza la gestió d'equipaments de caràcter cultural, i l'externalització s'utilitza com a fórmula de caràcter global. És en aquest àmbit en el que considerem que la participació del sector privat és present durant tot l'iter prestacional del servei públic (des de la planificació fins a la seva execució).

També en aquest àmbit hem de fer una precisió: externalització no és privatització. En la privatització la responsabilitat de la prestació del servei passa totalment del sector públic al sector privat, mentre que si parlem d'externalització la responsabilitat de la gestió del servei continua situada en el sector públic.

3.- Externalització. Instruments jurídics en la gestió directa.

L'externalització dels serveis públics de contingut cultural quan la forma de gestió és directa i el que es pretén es transferir al sector privat únicament determinades i concretes funcions o serveis culturals es porta a terme mitjançant la utilització dels següents contractes administratius:

- contracte de consultoria i assistència
- contracte de serveis.

Destaca en aquesta fórmula el fet de que no s'externalitza tota la seqüència de la prestació del servei públic sinó únicament algunes parts concretes i determinades.

Normalment recaurà en aquelles parts que tenen un contingut més específic i especialitzat i sobre el qual l'ens públic no disposa dels mitjans materials i humans per poder donar resposta adequada a la demanda prestacional.

El pressupost jurídic habilitant per a la utilització dels contractes administratius de consultoria i assistència i de serveis com a instruments que permeten l'externalització està previst a l'article 202.1 del Text Refós de la Llei de Contractes de les Administracions Públiques (TRLCAP): *"A l'expedient de contractació haurà d'incorporar-se un informe del servei interessat en la celebració del contracte, al qual es justifiqui degudament la insuficiència, la falta d'adequació o la conveniència de no ampliació dels medis personals i materials amb el que compta l'Administració per a cobrir les necessitats que es tracta de satisfer a través del contracte"*. Per tant ens hem de preocupar d'incloure a l'expedient administratiu aquest informe com a justificació de la contractació a realitzar.

A partir d'aquesta primera consideració podem tractar de manera diferenciada els aspectes més destacats del contracte de consultoria i assistència, que probablement en aquest àmbit de la gestió cultural és el que ofereix una problemàtica més amplia.

Farem també una breu referència al contracte de serveis tot i que la utilització d'aquest contracte a l'àmbit de l'Administració Pública està molt estès i en absolut circumscrit al sector cultural.

Contracte de consultoria i assistència.

Justificació genèrica dels contractes de consultoria i assistència: en la mesura en que l'Administració ha anat estenen el seu camp d'actuació a sectors culturals cada cop més especialitzats es fa necessari contractar a persones qualificades i amb coneixements específics de cada matèria, i aquesta situació que dóna lloc a un procés d'externalització necessita instrumentar-se a través dels mecanismes jurídics adequats, que en aquest cas venen integrats pel contracte de consultoria i assistència.

Es tracta, en definitiva, de suplir les necessitats de personal tècnic qualificat. I aquí es planteja una de les qüestions que amb més intensitat afecta aquest contracte: determinar en quins supòsits i sota quines condicions pot utilitzar l'Administració els contractes de consultoria i assistència en substitució del seu propi personal.

Una pauta interpretativa al respecte la proporciona el ja esmentat article 202.1 TRLCAP, que estableix clarament la subsidiarietat d'aquesta figura: només es pot utilitzar quan s'ha acreditat la concurrència de les circumstàncies a les que es refereix aquest precepte: si l'Administració no disposa entre el seu personal de professionals el suficientment qualificats per a desenvolupar una determinada feina i no s'estima adequat ampliar la plantilla, per utilitzar la via de la contractació externa. I és aquí quan sorgeixen dubtes des d'una altra perspectiva: la contractació laboral, que de fet opera com a límit a l'externalització.

El contracte de consultoria i assistència està regulat en els articles 196 i següents del Text Refós de la Llei de Contractes de les Administracions Públiques.

Destacarem a continuació les qüestions d'aquesta regulació que poden tenir més transcendència en l'externalització del serveis públics de caràcter cultural.

- la durada del contracte no pot excedir de dos anys, prorrogables per idèntic període, i sense que la durada total, incloses les pròrrogues pugui ser superior als quatre anys.
- matèries i objectes pels quals es pot utilitzar el contracte de consultoria i

assistència: venen relacionats a l'article 196 del TRLCAP. En general es tracta de prestacions que es caracteritzen pel seu contingut de caràcter intel·lectual, i que poden ser realitzades íntegrament per un tercer (adjudicatari del contracte) aliè a l'Administració o bé en col·laboració amb l'Administració. L'adjudicatari del contracte no necessàriament ha de ser una empresa ja que el que caracteritza al contracte de consultoria i assistència és el fet de que qui executa el contracte sigui un professional que reuneix els requisits acadèmics i de solvència tècnica i professional que es demanen per poder optar a l'adjudicació del contracte.

- Dintre del contracte de consultoria i assistència tenen substantivitat pròpia el contracte de publicitat, el contracte d'edició i els contractes artístics.
- Contracte de publicitat. Hem de distingir dues possibles prestacions: creació publicitària (predomina l'aspecte intel·lectual i creatiu i pot consistir en l'elaboració d'uns dibuixos, frases, etc; en aquests contractes la llei general de publicitat presumeix que mitjançant el contracte de creació publicitària els drets d'explotació d'aquestes creacions es cedeixen en exclusiva a l'anunciant o a l'agència per a la finalitat prevista en el contracte, excepte pacte en contrari) i difusió publicitària (predomina l'aspecte de serveis d'inserció dels programes i activitats culturals en els mitjans de comunicació. En aquest cas el contracte pot ser entre l'Administració i el anunciant, o bé entre l'Administració i una agència de publicitat que serà la que gestioni la publicitat en els diferents mitjans; aquest sistema és el que s'utilitza quan la publicitat a contractar té un quantia econòmica relativament important, aplicant-se per fixar el preu del contracte el sistema de preus unitaris en el que obté la millor puntuació l'empresa que partint d'un preu determinat en el contracte ofereix un major nombre d'insercions publicitàries. En els contractes de publicitat hem de tenir en compte que estan prohibides les clàusules d'exoneració de responsabilitat així com d'imputació anticipada de responsabilitat a una de les parts contractuals.
- Contracte d'edició: considerem com a contracte d'edició aquell que té per objecte l'encàrrec de l'elaboració d'una obra literària a una persona física i el seu finançament pel contractant. L'autor de l'obra cedeix a un editor a canvi d'una compensació econòmica, el dret a reproduir-la i distribuir-la pel seu compte i risc. És un contracte de col·laboració que té especial importància com a instrument jurídic per a la reproducció d'obres literàries, artístiques, científiques, musicals o dramàtico-musicals.
- Contractes artístics: el que contractem és una execució artística a realitzar per un concret i determinat autor.
- Requisits de capacitat i de solvència en el contracte de consultoria i assistència: la característica fonamental d'aquest tipus de contracte és precisament el component intel·lectual. Aquest element planteja importants problemes en ordre a la definició dels criteris adequats per a la selecció del contractista. Als requisits tradicionals de capacitat d'obrar i solvència econòmica s'afegeix aquí

la necessitat de que el contractista tingui els coneixements necessaris per poder executar el contracte. Es tracta doncs d'establir com a requisits de solvència els coneixements tècnics i l'experiència com a criteris rectoris de la solvència professional del contractista (i no com a criteris d'adjudicació). La forma d'acreditació s'ha de plantejar de manera oberta: titulacions acadèmiques, equips dels que disposa el contractista, treballs similars realitzats, certificats de qualitat, etc... Es tracta en definitiva d'evitar que es puguin interessar per l'adjudicació del contractes aquells contractistes que ab initio no reuneixen les condicions de solvència tècnica necessària per a assegurar una correcta execució del contracte.

- En tot cas, l'adjudicatari, sigui una persona física o jurídica, ha de tenir per activitat social una de similar naturalesa a la que s'ha establert com a objecte del contracte. Hem de tenir en compte que el TRLCAP prohibeix contractar amb l'empresa que hagi elaborat el Plec de Prescripcions Tècniques.
- L'objecte del contracte ha d'estar clarament determinat. El caràcter intel·lectual de la prestació dificulta el compliment d'aquest requisit. Però en tot cas l'objecte contractual ha de contemplar la totalitat de les prestacions exigides al contractista extrem aquest que posteriorment ens evitarà problemes en el moment en el que s'estigui executant el contracte.
- Els drets de propietat intel·lectual que es deriven dels contractes de consultoria i assistència: l'Administració adquireix en aquests contractes la propietat intel·lectual, i el contractista té prohibida la utilització de l'obra intel·lectual així com la seva publicació total o parcial, excepte autorització escrita de l'Administració. Per altra banda, el contractista haurà de facilitar a l'Administració totes les dades, càlculs, processos i procediments utilitzats durant l'elaboració de l'obra, excepte aquells el caràcter reservat dels quals s'hagi fet constar a l'oferta presentada pel contractista.
- La determinació del preu en els contractes de consultoria i assistència. El preu del contracte ha de quedar determinat ab initio, tot i que hem de tenir en compte que determinades circumstàncies poden fer variar el preu final. El preu inicial del contracte ha d'ésser adequat a preus de mercat (article 14 TRLCAP). Però això en els contractes de consultoria i assistència és complicat ja que l'activitat intel·lectual és precisament la més difícil de valorar i de reconduir a paràmetres objectius. Els sistemes preferents que conté el TRLCAP són els d'unitats d'obra, unitats de temps o aplicació d'honoraris per tarifes, i per últim el sistema del tant alçat que consisteix en el preu referit a la totalitat del treball o a aquelles parts del mateix que són susceptibles de lliurament parcial. El pagament s'ha de fer en funció de la prestació efectuada realment i d'acord amb el que es va pactar (aquí s'ha d'apuntar la dificultat de valorar els treballs efectivament realitzats).

- Importància dels Plecs de Clàusules Administratives i de Prescripcions Tècniques. El component tècnic, intel·lectual o artístic d'aquests tipus de contractes fa que la redacció acurada dels Plecs sigui especialment important. S'han de fixar amb claredat els mitjans per acreditar la solvència financera, tècnica i professional del contractista, el sistema de determinació del preu, el lloc de lliurament dels informes, estudis o projectes, comprovacions a realitzar, i temps per executar el contracte. També serà important establir un programa i un calendari de treball
- La forma d'adjudicació. Las característiques de l'objecte contractual fa que la forma normal d'adjudicació d'aquests tipus de contractes sigui el concurs, ja que els criteris de valoració de les ofertes seran de caràcter tècnic, mentre que l'oferta econòmica, tot i ser un element important no acostuma a ser l'element determinant ja que el que estem valorant és un contingut de caràcter intel·lectual o artístic.
- Les facultats de direcció i control de l'Administració. L'exercici d'aquestes facultats plantegen alguns problemes en els contractes de consultoria i assistència degut al seu contingut de creació intel·lectual i artística acreditada per la qualificació professional del contractista. En realitat és molt difícil exercir un control de l'execució del contracte, i el que s'acostuma a fer és controlar la correcta execució quan la prestació ja està finalitzada i en base al resultat final. En tot cas serà important que amb caràcter previ a l'inici de l'execució del contracte es presenti un programa de treball que detalli les dates de lliurament del resultat final així com les principals obligacions que hauran de complir les parts, entre elles els equips i mitjans a destinar en l'execució del contracte, les dates de lliurament parcial si així s'han fixat i valoració mensual i acumulada dels treballs que es vagin realitzant. En aquest contracte la principal garantia amb la que compta l'Administració és l'atribució directa de responsabilitat al contractista per les prestacions realitzades.
- La cessió de contracte i la subcontractació han de tenir un àmbit d'actuació molt restringit. Es tracta d'un contracte en el que al contractista se li demanen coneixements, qualitat i dedicació que justifiquen la solvència tècnica i professional. Això fa que el contracte de consultoria i assistència participi moltes vegades de la naturalesa dels contractes intuitus personae, i per tant no resulti possible la cessió de contracte i la subcontractació només sigui possible amb caràcter molt restringit i limitat.
- La valoració dels treballs realitzats (pagament). Podem distingir, bàsicament, dues possibles formes de pagament: el pagament del preu total un cop finalitzada l'execució del contracte o bé pagaments parcials en concepte d'abonaments a compte (aquí també tenen cabuda el pagament per operacions preparatòries: el contractista té dret a percebre fins a un 20% del preu total per aquest concepte).

- La responsabilitat derivada de l'execució del contracte de consultoria i assistència. És responsabilitat del contractista indemnitzar els danys que es produeixin a tercers o a l'Administració com a conseqüència de l'execució del contracte.

Contracte de serveis: moltes de les anotacions que s'han fet en relació al contracte de consultoria i assistència són aplicables al contracte de serveis. De fet la regulació normativa d'aquest contracte està continguda al Títol IV del Llibre II del TRLCAP, que aborda conjuntament la regulació dels dos contractes, sense perjudici de fixar una sèrie de particularitats per a cada un d'ells.

- El contracte de serveis es caracteritza bàsicament en la regulació del TRLCAP pel seu caràcter residual respecte dels contractes de consultoria i assistència.
- També presenten problemes de fricció amb la legislació laboral que examinarem al final d'aquest treball.
- Són un fidel exponent del grau d'externalització que té una administració pública i es plasma en el pressupost que aprovi l'entitat: és suficient amb comparar els Capítols I i II del Pressupost de l'entitat per extreure conclusions sobre quin és el grau d'externalització. (aquesta consideració també és aplicable al contracte de consultoria i assistència).
- La prestació objecte del contracte és més tangible i es pot sotmetre a paràmetres objectius per mesurar tant els serveis efectivament prestats com la seva qualitat. Això facilita el control per part de l'Administració així com la fixació d'un programa de treball molt més concret i determinat.
- Si la quantia del contracte excedeix de 120.202,42 Euros, el contractista que vulgui optar a l'adjudicació del contracte haurà d'estar en possessió de la corresponent classificació empresarial. Aquesta classificació, opera de fet com un filtre que impedeix que empreses que no tinguin un mínim de solvència financera, tècnica o professional ser adjudicatàries d'un contracte públic. Però com a excepció, con el contracte tingui per objecte l'execució d'espectacles.
- Importància de la contractació centralitzada i de l'homologació de serveis: permet abaratir el cost dels serveis i simplificar els tràmits de la contractació.

4.- Externalització. Instruments jurídics en la gestió indirecta.

- La gestió indirecta del servei públic és un dels més clars exponents de

l'externalització com a fórmula de caràcter global de col·laboració entre el sector públic i el sector privat en l'activitat prestacional de l'Administració.

- Quan l'Administració utilitza la gestió indirecta ja no s'està limitant a encarregar al sector privat de manera parcial algun dels elements que integren el servei públic, sinó que està convertint al contractista en una espècie de soci implicat directament en el resultat total de l'activitat prestacional.
- L'objecte contractual que s'encarrega al sector privat és una activitat prestacional adreçada al ciutadà i que és competència de l'Administració. És a dir, es tracta d'una activitat que hauria de prestar l'Administració Pública als ciutadans i que per raons d'eficiència o d'economia s'encarrega al sector privat, reservant-se l'Administració els poders d'inspecció i control de la prestació del servei.
- No és una fórmula nova en la prestació dels serveis públics locals. Ja estava contemplada i àmpliament regulada al Reglament de Serveis de les Entitats Locals de 1955. Però el que destaca en el moment actual és l'àmplia utilització d'aquesta fórmula probablement motivada pel fet de que els àmbits d'actuació de l'Administració Pública han anat guanyant en extensió i en complexitat.
- Tot i que segons estableix l'article 155.1 TRLCAP el servei a contractar ha de tenir un contingut econòmic que el faci susceptible d'explotació pels empresaris particulars, el cert és que aquesta clàusula no té una aplicació complerta en el món dels serveis locals, sobre tot tenint en compte que el Reglament d'Obres Activitats i Serveis dels Ens Locals permet que per tal d'aconseguir l'equilibri econòmic-financer de la concessió, l'Administració pugui retribuir mitjançant subvencions al contractista adjudicatari de la concessió. Aquesta clàusula té una aplicació freqüent a l'àmbit dels serveis públics culturals de caràcter local com és el cas de la concessió de centres cívics, i en general en tots aquells casos en els que el servei públic es presta gratuïtament o bé es demanen pagaments quasi simbòlics als usuaris. En tot cas, la subvenció no pot suposar l'assegurament d'un rendiment mínim al concessionari.

La contractació de la gestió dels serveis públics pot adoptar qualsevol de les següents modalitats:

a.- Concessió: l'empresari gestionarà el servei al seu propi risc i ventura. És la fórmula de gestió indirecta més utilitzada i la que té un desenvolupament normatiu més extens al nostre Ordenament Jurídic. Ja hem dit la particularitat que té aquesta fórmula en els serveis públics culturals: necessitat de subvenció en determinats casos.

- En tot cas la concessió és la forma paradigmàtica de la gestió indirecta dels serveis públics. Consisteix en la transferència al gestor indirecte (subjecte

privat) de facultats originàriament administratives.

- El càlcul del cànon ha de ser adequat a l'import del rendiment que s'espera per l'explotació del servei públic, mantenint en tot moment l'equilibri econòmico-financer.
- Important establir mecanismes de seguiment periòdics per tal d'assegurar la correcta prestació del servei públic.
- Control del concessionari i del seu compte d'explotació, que ha de ser diferenciat respecte a d'altres activitats que pugui exercir en el mercat.
- Determinació de la inversió que en el seu cas ha de realitzar el concessionari.
- Determinació del termini d'amortització de la inversió a realitzar.
- Control de la reversió: instal·lacions i instruments de gestió que han de revertir a l'Administració un cop finalitzat el contracte de concessió.
- Confecció d'un estudi econòmico-financer el més ajustat possible per tal de que des del començament de la gestió la inversió estigui determinada i les possibles subvencions a lliurar també estiguin consignades al compte d'explotació.
- Manteniment de l'equilibri econòmico-financer durant tot el temps de la concessió.
- Redacció dels Plecs de Clàusules Administratives Particulars i dels Plecs de Prescripcions Tècniques el més precís possible per determinar amb claredat els drets i obligacions tant de l'Administració com del concessionari.
- Els preus (sigui en forma de taxes o sigui en forma de preus públics) que hagin de pagar els usuaris del servei han d'ésser aprovats prèviament per l'Administració titular de l'equipament.
- Control de la subcontractació. Hem de tenir coneixement dels diferents proveïdors i col·laboradors dels que es farà servir el contractista per executar el contracte. I en tot cas, establir amb claredat al plec de clàusules que el personal del contractista no tindrà cap vincle laboral amb l'Administració.

b.- Gestió interessada: l'Administració i l'empresari participen en els resultats de l'explotació del servei en la proporció que s'estableixi en el contracte. Aquesta forma de gestió requereix que l'activitat produeixi determinats resultats i que a la vegada requereixi alguna inversió que no pot afrontar per sí sol l'empresari.

c.- Concert amb persona natural o jurídica que ja estigui realitzant prestacions anàlogues a les que constitueixen el servei públic de que es tracti. Aquí,

pròpiament no hi ha una externalització, sinó que l'Administració aprofita l'existència en el mercat de subjectes privats que presten el servei sota fórmules privades i contracta amb ells o els subvenciona perquè entrin dintre del circuit públic, total o parcialment. És una fórmula molt utilitzada a l'ensenyament i a la sanitat. El concert ve a suplir la incapacitat de l'Administració per a prestar un determinat servei amb la quantitat i qualitat que li demanden els ciutadans.

La forma d'instrumentar els concerts pot ser mitjançant un procediment de contractació amb pública concurrència quan hi ha pluralitat d'interessats en concertar els seus serveis amb l'Administració o bé mitjançant un Conveni específic de col·laboració quan es tracta d'una activitat que és exercida només per un subjecte privat. En aquest últim cas, l'Administració subvenciona a l'entitat privada i aquesta es compromet a obrir l'ús de l'equipament als ciutadans usuaris.

d.- Societat d'economia mixta: l'Administració participa per sí o per mitjà d'una entitat pública en concurrència amb persones naturals o jurídiques. En aquesta forma de gestió indirecta, que és la més propera a les tècniques privatitzadores, l'Administració ostenta la majoria del capital social i per tant el control últim de la gestió resta en mans públiques.

Com a requisits bàsics per a les formes de prestació indirecta destaquem els següents:

1er.- S'ha d'elaborar i aprovar un avantprojecte d'explotació que contindrà els corresponents estudis econòmico-financers, un programa d'explotació i, en el seu cas, un projecte d'obres.

2ª.- S'ha de determinar el règim jurídic bàsic de la gestió del servei públic. L'aprovació de reglaments de caràcter intern poden acabar de perfilar el règim jurídic del servei públic.

Pel que fa a l'adjudicació d'aquests contractes, la regla general és la utilització del procediment obert o restringit mitjançant concurs.

5.- Límits jurídics de l'externalització.

Hem exposat fins ara els instruments jurídics que permeten externalitzar la gestió dels serveis públics de caràcter cultural. Ara ens centrarem en l'enunciació de les limitacions, també de caràcter jurídic, que emmarquen l'actuació en aquest àmbit:

- No és possible l'externalització de serveis que impliquin actes de autoritat. Per exemple: l'Administració no pot deixar al criteri del concessionari l'exercici de la potestat tributària consistent en la fixació i aprovació de taxes.
- L'externalització de la gestió no implica privatitzar el servei. En conseqüència, l'Administració no pot renunciar a establir els mecanismes de control necessaris per tal de que el contractista s'ajusti a les prescripcions que en cada moment estableixi l'Administració titular del servei.
- La normativa laboral. Molts contractes de consultoria i assistència o de serveis es situen de ple en una zona fronterera entre el contracte administratiu i el laboral. Els pronunciaments jurisprudencials sobre aquesta matèria són dispars extrem aquest que no contribueix a dotar de seguretat jurídica a l'actuació dels operadors en aquest àmbit. En tot cas és important diferenciar entre feines estructurals i feines vinculades a projectes concrets.
- Les competències corresponents a cada Administració Pública.
- L'atorgament i control de les subvencions per a la gestió d'equipaments culturals.
- Els principis de publicitat, concurrència, igualtat i no discriminació en els procediments de contractació.

Seria possible afegir d'altres limitacions com per exemple el control en la prestació dels serveis, la consideració del principi de eficiència, el control d'ingressos, etc..., però totes aquestes qüestions en realitat no operen com a límits sinó com a prevencions a tenir en compte en l'execució dels corresponents contractes.

Barcelona 6 de juny de 2007

Rafael Herrero Iturriaga