

Ponencia: "Límites y potencialidades impuestos por el marco legal y procedimental"

Autor: Rafael Herrero Iturriaga (Ayuntamiento de Barcelona, Intervención)

Mesa redonda 3: "Modelos de pliegos de condiciones técnicas"

1.-Cuestiones previas.

El proceso de externalización de la gestión de los equipamientos y servicios culturales de titularidad pública puede ser objeto de análisis de diferentes perspectivas (económica, jurídica, social, etc...); se trata en definitiva de un fenómeno pluridisciplinar, en el sentido de que su interpretación y entendimiento necesita de una pluralidad de herramientas que provienen de diferentes ramas del conocimiento.

Se puede hacer un análisis económica de lo que supone la externalización; se puede hacer igualmente un análisis desde el punto de vista de las ciencias de la Administración Pública, considerando el modelo de Administración Pública que queremos y la configuración de la cultura como un servicio público y lo que supone la colaboración con entidades privadas; y se puede hacer por último, el que será objeto de este trabajo: una análisis de los instrumentos jurídicos de los que se sirve la externalización y de las fronteras normativas dentro las cuales se debe enmarcar.

No pretendemos determinar si, desde el punto de vista jurídico, la externalización es o no es un expediente genéricamente válido para la gestión cultural. De hecho el que sí podemos decir es que, tal y como pasa con todos los instrumentos de gestión, la externalización es una herramienta efectiva únicamente si la utilizamos correctamente y sin caer en apriorismos o prejuicios que nos impidan analizar adecuadamente las mejores respuestas para la que tiene que ser en definitiva la finalidad de todo instrumento de gestión: mejorar la calidad del servicio que se presta a los ciudadanos. Desde este punto de vista, nuestra intervención se ajusta a la problemática jurídica que plantea la externalización sin hacer, insistimos, juicios de valor que no corresponden a este ámbito.

El contenido de la ponencia, tal y como se ha indicado en su título, es determinar los límites y potencialidades que el marco jurídico vigente puede ofrecer a las diferentes propuestas de externalización de los servicios públicos culturales. En consecuencia trataremos de abordar la cuestión de la externalización desde una perspectiva estrictamente jurídica y fijar los parámetros normativos dentro de los cuales se puede situar esta cuestión.

Así pues, nosotros nos centraremos aquí en la determinación de las variables jurídicas a tener en cuenta tanto en carácter previo como durante la ejecución del procedimiento que nos llevará finalmente a la externalización de la gestión de un equipamiento o de un servicio público de carácter cultural. Se trata, en definitiva, de delimitar, en términos jurídicos, el marco en el que se debe mover la externalización, señalando tanto los instrumentos que pueden hacerla efectiva, cómo los límites que se deben tener en

cuenta para no caer en formulaciones contrarias al derecho.

El *íter* expositivo que seguiremos partirá de determinar dos premisas básicas: Por un lado debe tener en cuenta el ente jurídico de naturaleza pública que tenga atribuida la competencia para prestar el servicio público de carácter cultural, cuestión importante ya que va a incidir en los instrumentos jurídicos que puede utilizar en ente público para ejercer sus funciones. Y por otro lado, la consideración del contrato, y más en concreto del contrato administrativo, como el instituto jurídico alrededor del cual se articula el procedimiento y ejecución de la externalización. A continuación, y a efectos meramente expositivos, distinguimos entre la externalización de la gestión de equipamientos culturales (fórmula de carácter global) y la externalización de la prestación de determinados servicios culturales (fórmula de carácter parcial) ya que el ámbito es diferente y por ello también serán diferentes las cuestiones jurídicas a considerar. Se va a tratar aquí de aplicar las diferentes herramientas de contratación a estas dos formulas de externalización. Por último vamos a cerrar nuestra exposición con algunas consideraciones de carácter general sobre los límites de la externalización y las fricciones de carácter jurídico que pueden surgir si estos límites no son respetados.

En todo caso, partimos de la base de que la prestación de los servicios culturales lleva incorporado toda una serie de elementos que no se pueden considerar de naturaleza cultural. Por ejemplo, los servicios de fotocopias, la seguridad de los edificios y de fondos artísticos y documentales, etc..., todos estos servicios, que ordinariamente no se prestan por personal de la institución cultural, sino que se contratan a empresas, no los vamos a considerar como a externalización en el sentido que aquí tratamos, sino que únicamente introduciremos aquellas funciones y servicios que integran el que nombramos como núcleo de la actividad cultural y que básicamente son la formulación y ejecución de proyectos culturales y la gestión de equipamientos culturales.

Una última consideración que debemos anunciar es que este trabajo no pretende tratar minuciosamente todas las implicaciones jurídicas de la externalización de los servicios públicos de carácter cultural, extremo que no sería posible dado el tiempo del que disponemos, sino enunciar las líneas jurídicas básicas y las normativas esenciales que se deben tener en cuenta en esta materia, así como exponer los instrumentos, que nuestro ordenamiento jurídico nos puede facilitar a estos efectos, sobre todo si se tiene en cuenta que se trata de una materia en constante evolución y que se aleja mucho de ser una cuestión cerrada.

2.- La naturaleza jurídica del ente de gestión de los servicios públicos de contenido cultural.

Las fórmulas previstas en el ordenamiento jurídico como a formas de prestación del servicio público de contenido cultural (en realidad se prevé para todos los servicios públicos) parten de una "*summa divissio*" entre gestión directa y gestión indirecta.

Gestión Directa.

La gestión directa se caracteriza por el hecho de que es la propia Administración Pública la que presta el

servicio sea por sus propios órganos o sea a través de un ente creado con esta finalidad prestacional.

Las formas de gestión directa en la Administración Local son las siguientes:

- gestión por la propia entidad local, con o sin órgano diferenciado.
- organismo autónomo local: sometido al régimen presupuestario y a fiscalización previa.
- entidad pública empresarial: sometida al régimen contable privado y al sistema de auditores a posteriori.
- sociedad mercantil pública con capital que pertenece íntegramente a la entidad local.

Aunque nos hayamos referido a la Administración local, de hecho estas formas, con sus correspondientes variantes y adaptaciones se pueden extrapolar a la Administración Autonómica o a la del Estado.

De estas formas de gestión directa, la prestación de los servicios públicos culturales utiliza preferentemente la de Organismo Autónomo y la de Entidad Pública Empresarial (por ejemplo el reciente Institut de Cultura de Barcelona).

La gestión por la propia entidad local, con o sin órgano diferenciado es utilizada por los entes locales, que sea por presupuesto o sea por otras circunstancias, la actividad cultural no tiene el volumen o el grado de complejidad necesario como para crear una persona jurídica diferenciada que tenga como objeto la gestión cultural, sea en su totalidad o sea sólo parcialmente.

La gestión mediante una sociedad mercantil pública se ha utilizado cuando se trata de gestionar equipamientos que tienen una clara función de intervención en el mercado a través de la promoción y difusión de actividades culturales.

También y aunque no esté prevista específicamente en el Ordenamiento Jurídico como a forma de gestión, empieza a ser frecuente la utilización de Fundaciones Públicas para prestar determinados servicios de naturaleza cultural aunque la utilización de Fundaciones puede tener una explicación de carácter fiscal: que las aportaciones de entidades privadas a proyectos culturales puedan beneficiarse de determinados incentivos fiscales previstos en el ordenamiento jurídico fiscal.

Por último, y aunque no se puede conceptualizar como forma de gestión directa, también se debe tener en cuenta aquellas personificaciones jurídicas que salen del acuerdo entre dos o más administraciones con la finalidad de prestar un servicio de naturaleza cultural (por ejemplo: los Consorcios) que afecta a las competencias, territorio y población de más de una Administración Pública.

Lo que debemos destacar a los efectos que aquí nos interesan es que cuando la prestación del servicio público cultural se realiza mediante la utilización de formas de gestión directa o a través de Fundaciones, Consorcios o entes de naturaleza pública, en ninguno de estos casos estamos delante de una externalización global de la gestión, sino que esta se limitará, en su caso, a determinados aspectos y normalmente se concretará en la prestación de algunos servicios o en la formulación de algún proyecto, pero bajo estas formulas en ningún caso pueden hablarse de corresponsabilidad en la gestión, sin perjuicio de que el ente público de gestión directa pueda acordar una externalización global de la gestión

de un equipamiento cultural y por tanto utilizar también formas de gestión indirecta.

Veremos que los instrumentos jurídicos a utilizar a efectos de externalización de la gestión cultural son básicamente los contratos administrativos de consultoría y asistencia o de servicios, a los cuales nos vamos a referir más adelante.

Gestión Indirecta.

La gestión indirecta se caracteriza por que el servicio público de tiene que prestar por la Administración pero a través de un tercero, que podrá ser una persona natural o jurídica, y adoptará alguna de las siguientes formas:

- concesión
- gestión interesada
- concierto
- sociedad de economía mixta.

Aquí sí que se externaliza la gestión de equipamientos de carácter cultural y la externalización se utiliza cómo fórmula de carácter global. Es en este ámbito en el que consideramos que la participación del sector privado es presente durante todo el *iter* prestacional del servicio público (desde la planificación hasta su ejecución).

También en este ámbito tenemos que hacer una precisión: externalización no es privatización. En la privatización la responsabilidad de prestación del servicio pasa totalmente del sector público al privado, mientras que si hablamos de externalización, la responsabilidad de la gestión del servicio continúa situada en el sector público.

3.- Externalización. Instrumentos jurídicos en la gestión directa.

La externalización de los servicios públicos de contenido cultural cuando la forma de gestión es directa y lo que se pretende es transferir al sector privado únicamente funciones concretas y determinadas o servicios culturales, se lleva a cabo mediante la utilización de los siguientes contratos administrativos:

- contrato de consultoría y asistencia.
- contrato de servicios.

Destaca en esta fórmula el hecho de que no se externaliza toda la secuencia de la prestación del servicio público, sino únicamente algunas partes concretas y determinadas.

Normalmente recaerá en aquellas partes que tienen un contenido más específico y especializado, y sobre el cual se asienta el ente público, no dispone de los medios materiales y humanos para poder dar respuesta adecuada a la demanda prestacional.

El presupuesto jurídico habilitado para la utilización de contratos administrativos de consultoría y asistencia y de servicios como a instrumentos que permiten la externalización está previsto en el artículo 202.1 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP): *“Al expediente de contratación deberá incorporarse un informe del servicio interesado en la celebración del contrato, en el que se justifique debidamente la insuficiencia, la falta de adecuación o la conveniencia de no ampliación de los medios personales y materiales con que cuenta la Administración para cubrir las necesidades que se trata de satisfacer a través del contrato”*. Consecuentemente nos hemos de preocupar de incluir en el expediente administrativo este informe como justificación de la contratación a realizar.

A partir de esta primera consideración podemos tratar de manera diferenciada los aspectos más destacados del contrato de consultoría y asistencia, que probablemente en este ámbito de la gestión cultural es el que ofrece una problemática más amplia.

Haremos también una breve referencia al contrato de servicios aunque la utilización de este contrato en el ámbito de la Administración Pública no está muy extendido y en absoluto circunscrito al sector cultural.

Contrato de consultoría y asistencia.

Justificación genérica de los contratos de consultoría y asistencia: en la medida en que la Administración ha ido extendiendo su campo de actuación a sectores culturales cada vez más especializados, se hace necesario contratar a personas cualificadas y con conocimientos específicos de cada materia. Esta situación que da lugar a un proceso de externalización necesita instrumentarse a través de los mecanismos jurídicos adecuados, que en este caso vienen integrados por el contrato de consultoría y asistencia.

Se trata, en definitiva, de suplir las necesidades de personal técnico calificado. Y aquí se plantea una de las cuestiones que con más intensidad afecta este contrato: determinar en qué supuestos y bajo qué condiciones puede utilizar la Administración los contratos de consultoría y asistencia en sustitución de su propio personal.

Una pauta interpretativa al respecto proporciona lo que ya decía el artículo 202.1 TRLCAP, que establece claramente la subsidiariedad de esta figura: solo se puede utilizar cuando se ha acreditado la concurrencia de las circunstancias a las que se refiere este precepto: si la Administración no dispone entre su personal de profesionales suficientemente cualificados para desarrollar un determinado trabajo y no estima adecuado ampliar la plantilla, puede utilizar la vía de la contratación externa y es aquí cuando surgen dudas desde otra perspectiva: la contratación laboral, que de hecho opera como límite a la externalización.

El contrato de consultoría y asistencia está regulado en los artículos 196 y siguientes del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Destacaremos a continuación las cuestiones de esta regulación que pueden tener más trascendencia en la externalización de los servicios públicos de carácter cultural.

- la duración del contrato no puede exceder de dos años, prorrogables por idéntico período, y sin que la duración total, incluidas las prorrogas pueda ser superior a los cuatro años.
- materias y objetos por los cuales se puede utilizar el contrato de consultoría y asistencia: vienen relacionados en el artículo 196 del TRLCAP. En general se trata de prestaciones que se caracterizan por su contenido de carácter intelectual, y que pueden estar realizadas íntegramente por un tercero (adjudicatario del contrato) ajeno a la Administración o bien en colaboración con la Administración. El adjudicatario del contrato no tiene que ser necesariamente una empresa, ya que lo que caracteriza al contrato de consultoría y asistencia es el hecho de que quien ejecuta el contrato sea un profesional que reúne los requisitos académicos y de solvencia técnica y profesional que se piden para poder optar a la adjudicación del mismo.
- dentro del contrato de consultoría y asistencia tienen sustantividad propia el contrato de publicidad, el contrato de edición y los contratos artísticos.
- Contrato de publicidad. Tenemos que distinguir dos posibles prestaciones: creación publicitaria (predomina el aspecto intelectual y creativo y puede consistir en la elaboración de unos dibujos, frases, etc; en estos contratos la ley general de publicidad presume que mediante el contrato de creación publicitaria los derechos de explotación de estas creaciones se ceden en exclusiva al anunciante o a la agencia por la finalidad prevista en el contrato, excepto en pacto contrario) y difusión publicitaria (predomina el aspecto de servicios de inserción de los programas y actividades culturales en los medios de comunicación. En este caso, el contrato puede ser entre la Administración y el anunciante, o entre la Administración y una agencia de publicidad que será la que gestione la publicidad en los diferentes medios. Este sistema es el que se utiliza cuando la publicidad a contratar tiene una cuantía económica relativamente importante, aplicándose para fijar el precio del contrato el sistema de precios unitarios en el que obtiene la mejor puntuación la empresa que partiendo de un precio determinado en el contrato ofrece un mayor número de inserciones publicitarias. En los contratos de publicidad hemos de tener en cuenta que están prohibidas las cláusulas de exoneración de responsabilidad así como de imputación anticipada de responsabilidad a una de las partes contractuales.
- Contrato de edición: consideramos como contrato de edición aquel que tiene por objeto el encargo de la elaboración de una obra literaria a una persona física y su financiamiento para el contratante. El autor de la obra cede a un editor el derecho a reproducirla y distribuirla por su cuenta y riesgo a cambio de una compensación económica. Es un contrato de colaboración que tiene especial importancia como instrumento jurídico para la reproducción de obras literarias, artísticas, científicas, musicales o dramático-musicales.
- Contratos artísticos: Lo que contratamos es una ejecución artística a realizar para un concreto y determinado autor.
- Requisitos de capacidad y de solvencia en el contrato de consultoría y asistencia: la característica fundamental de este tipo de contrato es precisamente el componente intelectual. Este elemento plantea importantes problemas en orden a la definición de los criterios adecuados para la selección del contratista. A los requisitos tradicionales de capacidad de obrar y solvencia económica se añade

aquí la necesidad de que el contratista tenga los conocimientos necesarios para poder ejecutar el contrato. Se trata, pues, de establecer como requisitos de solvencia los conocimientos técnicos y la experiencia como criterios rectores de la solvencia profesional del contratista (y no como a criterios de adjudicación). La forma de acreditación se tiene que plantear de manera abierta: titulaciones académicas, equipos de los que dispone el contratista, trabajos similares realizados, certificados de calidad, etc. Se trata en definitiva de evitar que se puedan interesar por la adjudicación del contrato aquellos contratistas que *ab initio* no reúnen las condiciones de solvencia técnica necesaria para asegurar una correcta ejecución del contrato.

- En todo caso el adjudicatario, sea una persona física o jurídica, tiene que tener para actividad social una similar naturaleza a la que se ha establecido como objeto del contrato. Hemos de tener en cuenta que el TRLCAP prohíbe contratar con la empresa que haya elaborado el pliego de prescripciones técnicas.
- El objeto del contrato tiene que estar claramente determinado. El carácter intelectual de la prestación dificulta el cumplimiento de este requisito. Pero en todo caso el objeto contractual debe contemplar la totalidad de las prestaciones exigidas al contratista, extremo este que posteriormente nos evitará problemas en el momento en el que se esté ejecutando el contrato.
- Los derechos de propiedad intelectual que se derivan de los contratos de consultoría y asistencia: la Administración adquiere en estos contratos la propiedad intelectual, y el contratista tiene prohibida la utilización de la obra intelectual así como su publicación total o parcial, excepto autorización escrita de la Administración. Por otro lado, el contratista tendrá que facilitar a la Administración todos los datos, cálculos, procesos y procedimientos utilizados durante la elaboración de la obra, excepto aquellos que el carácter reservado de los cuales se haya hecho constar en la oferta presentada por el contratista.
- La determinación del precio en los contratos de consultoría y asistencia. El precio del contrato tiene que quedar determinado *ab initio*, aunque debemos tener en cuenta que determinadas circunstancias pueden hacer variar el precio final. El precio inicial del contrato tiene que ser adecuado a precios de mercado (artículo 14 TRLCAP). Pero esto es complicado en los contratos de consultoría y asistencia porque la actividad intelectual es precisamente más difícil de valorar y reconducir a parámetros objetivos. Los sistemas preferentes que contiene el TRLCAP son los de unidad de obra, unidades de tiempo, o de aplicación de honorarios por tarifas, y por último el sistema de tanto alzado que consiste en el precio referido a la totalidad del trabajo o a aquellas partes del mismo que son susceptibles de libramiento parcial. El pago se debe hacer en función de la prestación efectuada realmente y de acuerdo con lo que fue pactado (aquí se tiene que apuntar la dificultad de valorar los trabajos realizados efectivamente).
- Importancia de los Pliegos de Cláusulas Administrativas y de Prescripciones Técnicas. El componente técnico, intelectual o artístico de este tipo de contratos hace que la redacción detallada de los Pliegos sea especialmente importante. Se deben fijar con claridad los medios para acreditar la solvencia financiera, técnica y profesional del contratista, el sistema de determinación del precio, el

lugar de entrega de los informes, estudios o proyectos, comprobaciones a realizar y tiempo para ejecutar el contrato. También será importante establecer un programa y un calendario de trabajo.

- La forma de adjudicación. Las características del objeto contractual hace que la forma normal de adjudicación de este tipo de contratos sea el concurso, porque los criterios de valoración de las ofertas serán de carácter técnico, mientras que la oferta económica, aunque sea un elemento importante, no acostumbra a ser el elemento determinante por que lo que se valora es un contenido de carácter intelectual o artístico.
- Las facultades de dirección y control de la Administración. El ejercicio de estas facultades plantean algunos problemas en la que los contratos de consultoria y asistencia debido a su contenido de creación intelectual y artística acreditada por la calificación profesional de contratista. En realidad es muy difícil ejercer un control de la ejecución del contrato, y lo que se acostumbra a hacer es controlar la correcta ejecución cuando la prestación ya está finalizada y en base al resultado final. En todo caso será importante que con carácter previo al inicio de la ejecución del contrato se presente un programa de trabajo que detalle las fechas de la entrega del resultado final así como las principales obligaciones que deberán cumplir las partes, entre ellas los equipos y medios a destinar en la ejecución del contrato, las fechas de la entrega parcial si así se han fijado y valoración mensual y acumulada de los trabajos que se vayan realizando. En este contrato la principal garantía con la que cuenta la Administración es la atribución directa de responsabilidad al contratista por las prestaciones realizadas.
- La cesión de contrato y la subcontratación deben tener un ámbito de actuación muy restringido. Se trata de un contrato en el que el contratista se le piden conocimientos, calidad y dedicación que justifican la solvencia técnica y profesional. Esto hace que el contrato de consultoria y asistenta participe muchas veces de la naturaleza de los contratos *intuitus personae*, y por tanto no resulte posible la cesión de contrato y que la subcontratación sólo sea posible con carácter muy restringido y limitado.
- La valoración de los trabajos realizados (pago). Podemos distinguir básicamente dos posibles formas de pago: el pago del precio total una vez finalizada la ejecución del contrato o bien mediante pagos parciales en concepto de abonos a cuenta (aquí también tiene cabida el pago por operaciones preparatorias, donde el contratista tiene derecho a percibir hasta un 20% del precio total por este concepto).
- La responsabilidad derivada de la ejecución del contrato de consultoria y asistencia. Es responsabilidad del contratista indemnizar los daños que se producen a terceros o a la Administración como consecuencia de la ejecución del contrato.

Contrato de servicios: Muchas de las anotaciones que se han hecho en relación al contrato de consultoria y asistencia son aplicables al contrato de servicios. De hecho la regulación normativa de este contrato está contenida en el Título IV del Libro II del TRLCAP, que aborda conjuntamente la regulación de los dos contratos, sin perjuicio de fijar una serie de particularidades para cada uno de ellos.

- El contrato de servicios se caracteriza básicamente en la regulación del TRLCAP por su carácter residual respecto de los contratos de consultoría y asistencia.
- También presentan problemas de fricción con la legislación laboral que vamos a examinar al final de este trabajo.
- Son un exponente fiel del grado de externalización que tiene una administración pública y se plasma en el presupuesto que apruebe la entidad: es suficiente con comparar los Capítulos I y II del Presupuesto de la entidad para extraer conclusiones sobre cual es el grado de externalización (esta consideración también es aplicable al contrato de consultoría y asistencia).
- La prestación objeto del contrato es más tangible y se puede someter a parámetros objetivos para medir tanto los servicios efectivamente prestados así como la calidad. Esto facilita el control por parte de la Administración así como la fijación de un programa de trabajo mucho más correcto y determinado.
- Si la cuantía del contrato excede de 120.202,42 Euros, el contratista que quiera optar a la adjudicación del contrato, deberá estar en posesión de la correspondiente clasificación empresarial. Esta clasificación, opera de hecho como un filtro que impide que empresas que no tengan un mínimo de solvencia financiera, técnica o profesional sean adjudicatarios de un contrato público. Pero como a excepción tenemos el contrato que tenga por objeto la ejecución de espectáculos.
- Importancia de la contratación centralizada y de la homologación de los servicios: permite abaratar el coste de los servicios y simplificar los tramites de la contratación.

4.- Externalización. Instrumentos jurídicos en la gestión indirecta.

- La gestión indirecta del servicio público es uno de los más claros exponentes de la externalización como fórmula de carácter global de colaboración entre el sector público y el sector privado en la actividad prestacional de la Administración.
- Cuando la Administración utiliza la gestión indirecta, ya no sólo se limita a encargar al sector privado de manera parcial alguno de los elementos que integran el servicio público sino que está convirtiendo al contratista en una especie de socio implicado directamente en el resultado total de la actividad prestacional.
- El objeto contractual que se encarga al sector privado es una actividad prestacional dirigida al ciudadano y que es competencia de la Administración. Es decir, se trata de una actividad que debería de prestar la Administración Pública a los ciudadanos y que por razones de eficiencia o de economía se encarga al sector privado, reservándose la Administración los poderes de inspección y control de la prestación del servicio.
- No es una fórmula nueva en la prestación de los servicios públicos locales. Ya estaba contemplada y ampliamente regulada al Reglamento de Servicios de las Entidades Locales de 1955. Pero lo que destaca en el momento actual es la amplia utilización de esta fórmula probablemente motivada por el hecho de que los ámbitos de actuación de la Administración Pública han ido ganando en extensión y

complejidad.

- Aunque según se establece en el artículo 155.1 TRLCAP, el servicio a contratar debe tener un contenido económico que lo haga susceptible de explotación por los empresarios particulares, lo cierto es que esta cláusula no tiene aplicación completa en el mundo de los servicios locales, sobre todo si se tiene en cuenta que el Reglamento de Obras, Actividades y Servicios de los Entes Locales, permite que por tal de conseguir el equilibrio económico-financiero de la concesión, la Administración pueda retribuir mediante subvenciones al contratista adjudicatario de la concesión. Esta cláusula tiene una aplicación frecuente en el ámbito de los servicios públicos culturales de carácter local como es el caso de la concesión de centros cívicos, y en general en todos aquellos casos en los que el servicio público se presta gratuitamente o se piden pagos casi simbólicos a los usuarios. En todo caso, la subvención no puede suponer el seguro del rendimiento mínimo al concesionario.

La contratación de la gestión de los servicios públicos puede adoptar cualquier de las siguientes modalidades:

a.- Concesión: el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura. Es la fórmula de gestión indirecta más utilizada y la que tiene un desarrollo normativo más extenso de nuestro Ordenamiento Jurídico. Ya hemos dicho la particularidad que tiene esta fórmula en los servicios públicos culturales: necesidad de subvención en determinados casos.

- En todo caso, la concesión es la forma paradigmática de la gestión indirecta de los servicios públicos. Consiste en la transferencia al gestor indirecto (sujeto privado) de facultades originariamente administrativas.
- El cálculo del canon debe estar adecuado al importe del rendimiento que se espera por la explotación del servicio público, manteniéndolo en todo momento el equilibrio económico-financiero.
- Importante establecer mecanismos de seguimiento periódicos para poder asegurar la correcta prestación del servicio público.
- Control al concesionario y de su cuenta de explotación, que tiene que estar diferenciada respecto a otras actividades que pueda ejercer en el mercado.
- Determinación de la inversión que en su caso debe realizar el concesionario.
- Determinación de los términos de amortización de la inversión a realizar.
- Control de la reversión: instalaciones e instrumentos de gestión que han de revertir en la Administración una vez finalizado el contrato de concesión.
- Confección de un estudio económico-financiero lo más ajustado posible para que desde el principio de la gestión, la inversión esté determinada y las posibles subvenciones a librar también estén consignadas a la cuenta de explotación.
- Mantenimiento del equilibrio económico-financiero durante todo el tiempo de la concesión.
- Redacción de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de los Pliegos de Prescripciones Técnicas el más preciso posible para determinar con claridad los derechos y

obligaciones tanto de la Administración como del concesionario.

- Los precios (sea en forma de tasas o sea en forma de precios públicos) que tengan que pagar los usuarios del servicio tienen que ser aprobados previamente por la Administración titular del equipamiento.
- Control de la subcontratación. Debemos tener conocimiento de los diferentes proveedores y colaboradores de los que se utilizará el contratista para ejecutar el contrato y en todo caso, establecer con claridad al pliego de cláusulas que el personal del contratista no tendrá ningún vínculo laboral con la Administración.

b.- Gestión interesada: la Administración y el empresario participan en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato. Esta forma de gestión requiere que la actividad produzca determinados resultados y que a la vez requiera alguna inversión que el empresario no puede afrontar por sí solo.

c.- Concierto con la persona natural o jurídica que ya esté realizando prestaciones análogas a las que constituyan servicio público del que se trate. Aquí, propiamente no existe una externalización, sino que la Administración aprovecha la existencia en el mercado de sujetos privados que prestan el servicio bajo formulas privadas y contrata con ellos o les subvenciona para que entren dentro del circuito público, total o parcialmente. Es una formula muy utilizada en educación y en sanidad. El concierto viene a suplir la incapacidad de la Administración para prestar un determinado servicio con la cantidad y la calidad que le demanden los ciudadanos.

La forma de instrumentar los conciertos puede ser mediante un procedimiento de contratación con concurrencia pública cuando hay una pluralidad de interesados en concertar sus servicios con la Administración o mediante un Convenio específico de colaboración cuando se trata de una actividad que es ejercida sólo por un sujeto privado. En este último caso, la Administración subvenciona a la entidad privada y esta se compromete a abrir el uso de los equipamientos a los ciudadanos usuarios.

d.- Sociedad de economía mixta: La Administración participa en ella o mediante una entidad pública con concurrencia con personas naturales o jurídicas. En esta forma de gestión indirecta, que es la más cercana a las técnicas privatizadoras, la administración ostenta la mayoría del capital social y por lo tanto el control último de la gestión queda en manos públicas.

Como requisitos básicos para las formas de prestación indirecta destacamos los siguientes:

1er.- Se tiene que elaborar y aprobar un anteproyecto de explotación que contendrá los correspondientes estudios económico-financieros, un programa de explotación y en su caso un proyecto de obras.

2ª.- Se tiene que determinar el régimen jurídico básico de la gestión del servicio público. La aprobación de reglamentos de carácter interno puede acabar de perfilar el régimen jurídico del servicio público.

Por lo que concierne a la adjudicación de estos contratos, la regla general es la utilización del procedimiento abierto o restringido mediante concurso.

5.- Límites jurídicos de la externalización.

Hemos expuesto hasta ahora los instrumentos jurídicos que permiten externalizar la gestión de los servicios públicos de carácter cultural. Ahora nos centraremos en el anuncio de las limitaciones, también de carácter jurídico, que enmarcan la actuación en este ámbito.

- No es posible la externalización de servicios que impliquen actos de autoridad. Por ejemplo: la Administración no puede dejar al criterio del concesionario el ejercicio de la potestad tributaria consistente en la fijación y aprobación de las tasas.
- La externalización de la gestión no implica privatizar el servicio. En consecuencia, la Administración no puede renunciar a establecer los mecanismos de control necesarios por tal de que el contratista se ajuste a las prescripciones que en cada momento establezca la Administración titular del servicio.
- La normativa laboral. Muchos contratos de consultoría y asistencia o de servicios se sitúan de lleno en una zona fronteriza entre el contrato administrativo y el laboral. Los pronunciamientos jurisprudenciales sobre esta materia son dispares, extremo este que no contribuye a dotar de seguridad jurídica a la actuación de los operadores en este ámbito. En todo caso es importante diferenciar entre tareas estructurales y tareas vinculadas a proyectos concretos.
- Las competencias correspondientes a cada Administración Pública.
- El otorgamiento y control de las subvenciones para la gestión de equipamientos culturales.
- Los principios de publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación en los procedimientos de contratación.

Sería posible añadir otras limitaciones como por ejemplo el control en la prestación de los servicios, la consideración del principio de eficiencia, el control de ingresos, etc..., pero todas estas cuestiones en realidad no operan como límites sino como prevenciones a tener en cuenta en la ejecución de los correspondientes contratos.