

**Informe 13/2012, de 11 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.**

**Asunto: «Pliegos Tipo de Cláusulas Administrativas Particulares aplicables a los contratos privados de patrocinio publicitario».**

## **I. ANTECEDENTES**

El Secretario General Técnico del Departamento de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente del Gobierno de Aragón, se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante oficio de fecha 21 de mayo de 2012, en el que solicita informe sobre los Pliegos tipo de Cláusulas Administrativas Particulares para contratos de patrocinio publicitario, a adjudicar por procedimiento negociado sin publicidad.

Se acompaña únicamente el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares correspondiente al contrato indicado. A estos efectos se recuerda la necesidad de solicitar sobre el mismo informe de la Asesoría Jurídica de la Diputación General de Aragón, preceptivo de acuerdo con lo previsto en el Decreto 167/1985, de 19 de diciembre, de la Diputación General de Aragón por el que se regula la organización y funcionamiento de la misma, cuyas sugerencias deberán ser incorporadas al modelo tipo.

## **II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS**

**I. Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y legitimación para solicitarle informe.**

De conformidad con el artículo 3.1. f) del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento, a esta Junta Consultiva de Contratación le corresponde informar con carácter preceptivo los modelos tipo de pliegos particulares de general aplicación.

El Secretario General Técnico del Departamento de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente es un órgano competente para formular solicitud de informe a la Junta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 a) del mencionado Decreto 81/2006.

## **II. De la naturaleza y régimen jurídico del contrato de patrocinio.**

El contrato de patrocinio está regulado en la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (en adelante LGP), modificada por Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios, junto con los contratos de publicidad, de difusión publicitaria y de creación publicitaria. El actual artículo 22 LGP lo define como: *«aquel contrato en que el patrocinado, a cambio de una ayuda económica para la realización de su actividad deportiva, benéfica, cultural, científica o de otra índole, se compromete a colaborar en la publicidad del patrocinador»*.

Tiene por objeto una publicidad de carácter indirecto que se ha dado en llamar «retorno publicitario», y que consiste fundamentalmente en que el patrocinado permite que el patrocinador haga pública su colaboración económica en la actividad del patrocinado y también, si así se estipula, en que el patrocinado realice comportamientos activos con esa misma finalidad. El patrocinador a cambio disfruta de la notoriedad y de la resonancia de la actividad que desarrolla el patrocinado, con el fin de incrementar entre el público el conocimiento de su nombre o marca y de favorecer su imagen.

El patrocinado es una persona física o jurídica que no necesariamente tiene que desarrollar una actividad profesional, al contrario de lo que ocurre en el contrato de publicidad que se concierta con una agencia publicitaria, o en el contrato de difusión publicitaria, en el que el contratista necesariamente es un medio de difusión.

La actividad de patrocinio de las Administraciones Públicas aragonesas está regulada expresamente en la Ley 16/2003, de 24 de marzo, sobre la actividad publicitaria de las Administraciones Públicas de Aragón (en adelante Ley 16/2003), modificada por la Ley 26/2003, de 30 de diciembre, de medidas tributarias y administrativas, que determina los objetivos a los que debe estar encaminada, así como los principios que le resultan aplicables.

Este órgano consultivo se ha pronunciado en varias ocasiones sobre la naturaleza y régimen jurídico del contrato de patrocinio, en especial en los Informes 28/2008, de 10 de diciembre, 1/2009, de 11 de marzo y 17/2010, de 1 de diciembre, caracterizándolo como un contrato oneroso, bilateral y conmutativo, que se basa en la existencia de obligaciones ciertas y equivalentes para ambas partes.

La equivalencia entre las prestaciones de las partes debe quedar claramente constatada en los pliegos y en el propio documento contractual, de forma que la colaboración en la publicidad de la Administración por el patrocinado tenga entidad suficiente para constituir una contraprestación a la aportación económica que percibe, y así descartar, que tras la figura de un contrato, pueda ocultarse la concesión de una subvención.

El contrato de patrocinio, aún en el caso de ser celebrado por una Administración Pública, tiene la consideración de contrato privado, pues el patrocinado, como se ha expuesto anteriormente no es una empresa dedicada a los servicios publicitarios, lo que excluye la posibilidad de considerarlo como contrato administrativo de servicios, y tampoco puede ser considerado como un contrato administrativo especial, ya que no resulta vinculado al giro o tráfico

específico de la Administración, ni satisface de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella.

Como contrato privado se rige, de acuerdo con lo previsto en el apartado segundo del artículo 20 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (en adelante TRLCSP), *«en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En cuanto a sus efectos y extinción, estos contratos se regirán por el derecho privado. No obstante, serán de aplicación a estos contratos las normas contenidas en el Título V del Libro I, sobre modificación de los contratos»*.

Por tanto la preparación y adjudicación del contrato, al no existir normas específicas, se rige por el TRLCSP, y la ejecución del contrato por las normas de derecho privado y en concreto, de acuerdo con el artículo 22 LGP, por los artículos 17 a 19 LGP relativos al contrato de difusión publicitaria en cuanto le resulten aplicables.

### **III. De la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad a estos contratos.**

Como ya indicó esta Junta Consultiva en su Informe 28/2008, de 10 de diciembre, resulta aplicable para la adjudicación de los contratos de patrocinio el procedimiento negociado sin publicidad en virtud del artículo 170. d) TRLCSP, que ampara aquellos supuestos en que por razones técnicas o artísticas o por motivos relacionados con la protección de derechos de exclusiva el contrato sólo pueda encomendarse a un empresario determinado, y ello porque:

*«cualquier intento de forzar la concurrencia en una cuestión de esta naturaleza, siempre y a cualquier precio, solo podría acabar mezclando entidades con*

*actividades muy diferentes, de difícil o imposible homogeneización, tanto en cuanto al presupuesto de la actividad, como en lo que a la difusión publicitaria pretendida se refiere. Normalmente se tratará de un contrato por razón de la persona o "intuitu personae", en el que la concurrencia resultaría, si no en todos los casos, al menos, en muchos de ellos, incompatible con la naturaleza y objeto del contrato».*

Por su parte la Ley 16/2003, en consideración a las especialidades del contrato del patrocinio respecto del resto de contratos publicitarios, lo excluye de la aplicación de su artículo 5 relativo a los criterios de contratación.

#### **IV. Estructura y contenido del Pliego. Observaciones y sugerencias.**

El Pliego Tipo sometido a informe, responde con carácter general al modelo de pliego tipo de cláusulas administrativas particulares aplicable a los contratos administrativos de obras, servicios y suministros adjudicados mediante procedimiento negociado sin publicidad.

La estructura que presenta es la siguiente:

- Un cuadro resumen del contrato (CARATULA) compuesto por una relación de apartados identificados correlativamente con las letras del abecedario (A a P).
- Un índice de contenidos, que facilitará la lectura, comprensión y localización del clausulado.
- Una relación de Anexos enumerados del I al XII.

En cuanto al contenido, es necesario manifestar las siguientes observaciones:

- Como indicación general y con objeto de aprobar un Pliego Tipo adaptado a las peculiaridades del contrato de patrocinio, deberían sustituirse las referencias que se contienen en las cláusulas del mismo a los términos «empresario» o «empresa», por otras más acordes a la figura del patrocinio como puede ser «licitador» en las cláusulas referidas a la fase de adjudicación, o «patrocinado» si se trata de la fase de ejecución del contrato. Asimismo deben suprimirse las referencias a

- la realización o prestación del servicio, como ocurre por ejemplo en la cláusula 2.5.1.
- En las cláusulas relativas a derechos y obligaciones del contratista (2.5), realización de la prestación, recepción y liquidación y plazo de garantía (2.6) y resolución del contrato (2.7) y en los Anexos correspondientes, es necesario tener en consideración que al tratarse de un contrato privado, en estos aspectos, salvo en lo relativo al plazo y condiciones de pago (cláusula 2.5.1), cláusulas especiales de ejecución (2.5.3), sucesión del contratista (2.5.7) y a la modificación del contrato (cláusula 2.6.2), no resulta aplicable el TRLCSP, por lo que el contenido del pliego, aún pudiendo ser similar a lo que establezca áquel para los contratos administrativos si se ajusta a las peculiaridades del patrocinio, no debe hacer referencia a los preceptos concretos del mismo.
  - En el apartado B de la Carátula debe suprimirse la referencia a las nomenclaturas CPA y CPV que en ningún caso resultan aplicables a este contrato, en el que como se ha señalado no se exige que el contratista realice una actividad profesional.
  - En la cláusula 2.1.1 debe sustituirse la referencia al Decreto 161/2000, de 26 de julio, por la del Decreto 384/2011, de 13 de diciembre, del Gobierno de Aragón, por el que se regula la Comisión de Comunicación Institucional y se distribuyen competencias en materia de comunicación y publicidad, que es el vigente en la actualidad.
  - En la cláusula 2.1.3 referida al valor estimado debe suprimirse la mención a que el mismo ha sido tenido en cuenta para elegir el procedimiento de adjudicación aplicable al contrato, toda vez que la aplicación del procedimiento negociado se basa específicamente en el supuesto del artículo 170.d) TRLCSP.
  - Conviene precisar en la cláusula 2.1.5 relativa al precio del contrato que el mismo deberá indicar como partida independiente el IVA, en caso de que resulte aplicable, con objeto de prever las posibles exenciones.
  - En la cláusula 2.2.2 se incluye una referencia a la posibilidad de que las ofertas se envíen por correo postal, al respecto cabe recordar que el

artículo 80.6 del Reglamento General de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, permite en el procedimiento negociado que el Órgano de Contratación excluya la presentación indirecta de documentación, por lo que esta mención es innecesaria.

- La referencia en la cláusula 2.2.3.1 y concordantes, a las Uniones Temporales de Empresarios parece de difícil aplicación a este contrato, aunque podría mantenerse si se entiende que puede haber algún supuesto en que resulte útil.
- En la cláusula 2.2.3 se recomienda suprimir el último párrafo relativo a la posibilidad de sustituir la presentación de la documentación relativa a la capacidad y solvencia por una declaración responsable, ya que estamos ante un procedimiento negociado sin publicidad en el que se invita a un único licitador por lo que es conveniente conocer desde el primer momento si cumple con las exigencias de capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones para contratar, evitando tramitaciones ineficientes. Asimismo deberían modificarse las previsiones concordantes contenidas en de las cláusulas 2.3.3 segundo párrafo y 2.3.4.1.
- En la cláusula 2.3.1 debe suprimirse por incoherente la referencia «sin perjuicio de la inclusión de la información que procede en el perfil de contratante».
- La cláusula 2.3.4.2 requiere una redacción que resulte acorde a lo concluido sobre este trámite por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (Acuerdo 8/2011, de 27 de junio de 2011), por lo que debe preverse que el acuerdo de exclusión tiene que ser motivado y notificado debidamente, y que merece la calificación de acto de trámite cualificado a efectos de recurso. Igualmente debería preverse que este plazo, si concurren las circunstancias, puede ser objeto de ampliación o prórroga (como se ha indicado nuestro Informe 18/2011, de 6 de julio).
- El Pliego, en el apartado I del cuadro-resumen y en la cláusula 2.5.3, así como en el anexo VII, permite establecer condiciones especiales de

ejecución del contrato, lo que parece conforme con lo previsto en el artículo 118 TRLCSP, que permite a los órganos de contratación establecer condiciones medioambientales o sociales en la ejecución del contrato, sin embargo en el Anexo VII las condiciones que se enumeran no son de tipo social o medioambiental, sino propias del pliego de prescripciones técnicas, en cuanto que recogen las características de la contraprestación pactada.

- La sucesión en la persona del contratista (cláusula 2.5.7) debería adaptarse a las especiales características del contrato de patrocinio, precisando que la sucesión solo podrá producirse si no se alteran sustancialmente las características del patrocinado ya que éstas constituyen un elemento esencial del contrato.
- Se debería suprimir por inapropiado el último párrafo de la cláusula 2.6.2.
- Debe precisarse la redacción de la cláusula 2.8, en cuanto la jurisdicción civil extiende su competencia a todo lo relativo a efectos y extinción del contrato, esté o no previsto en el pliego, y por su parte la competencia de la jurisdicción Contencioso–Administrativa abarca también los aspectos de modificación del contrato. Por lo que se refiere a la regulación del silencio administrativo prevista en el último párrafo de esta cláusula debe tenerse en cuenta que al tratarse de un contrato privado, la misma solo puede referirse a la reclamación de cantidades.
- Por ultimo, conviene advertir que estos pliegos tipos no contemplan la posibilidad de sometimiento a arbitraje de las cuestiones derivadas de la ejecución, tal y como ahora posibilita el artículo 22 de la Ley 3/2011. Resulta aconsejable que se incluya un nuevo Anexo para cuando el órgano de contratación decida utilizar como fórmula de resolución de conflictos el arbitraje, contemplando de forma expresa que se entenderá expresamente aceptada tal posibilidad por el contratista y pactada en el contrato, salvo que manifieste por escrito en su oferta su oposición al arbitraje.



### III. CONCLUSIONES

I. El Pliego Tipo de Cláusulas Administrativas Particulares aplicable a los contratos privados de patrocinio publicitario, incluye, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 115 TRLCSP, los pactos y condiciones definidoras de los derechos y obligaciones que asumirán las partes de los contratos y recogen el régimen jurídico, económico y administrativo al que se ajustarán los contratos que celebre el Departamento de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente del Gobierno de Aragón.

II. Informar favorablemente el Pliego, con las observaciones y sugerencias manifestadas en el presente informe, pudiendo ser extensivo, previa aprobación del órgano competente, al resto de Departamentos del Gobierno de Aragón.

**Informe 13/2012, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón adoptado en su sesión de 11 de julio de 2012.**