

Informe 28/2008, de 10 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: “Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares aplicables a los contratos privados de patrocinio en eventos deportivos”.

I. ANTECEDENTES

El Secretario General Técnico del Departamento de Educación, Cultura y Deporte del Gobierno de Aragón, se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante oficio de fecha 18 de noviembre de 2008, en el que solicita, con carácter de urgencia, informe de los Pliegos tipo de Cláusulas Administrativas Particulares para contratar los “patrocinios publicitarios en eventos deportivos” por procedimiento negociado sin publicidad, adaptados a las prescripciones de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP)

Se acompañan, al oficio del Secretario General Técnico del Departamento de Educación, Cultura y Deporte del Gobierno de Aragón, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares correspondiente al contrato indicado así como el Informe favorable evacuado por la Asesoría Jurídica de la Diputación General de Aragón con fecha de 10 de noviembre de 2008, de acuerdo con lo previsto en el Decreto 167/1985, de 19 de diciembre, de Diputación General de Aragón por el que se regula la organización y funcionamiento de la Asesoría Jurídica de la Diputación General de Aragón.

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 10 de diciembre de 2008, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

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.

II. La necesidad de elaborar nuevos Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares adaptados a la LCSP.

Como se puso de manifiesto en el Informe 3/2008, de 13 de mayo, de esta Junta Consultiva, la entrada en vigor de la LCSP y la consecuente derogación del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, hace necesaria la aprobación de nuevos Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares para su utilización por los distintos órganos de contratación de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón, de forma generalizada y homogénea, en aras de la mayor agilidad en la gestión administrativa, al tiempo que se facilita el mejor conocimiento de los pliegos de cláusulas por parte de los licitadores y contratistas.

III. De la naturaleza y régimen jurídico del contrato.

El contrato de patrocinio viene definido en el artículo 24 de la Ley 34/1998, de 11 de noviembre, General de Publicidad, como aquel 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. Es habitual que este contrato sea denominado de esponsorización, adoptando la terminología de su étimo anglosajón.

Como principales características cabe destacar, por un lado, su carácter oneroso, y, por otro, su carácter bilateral y conmutativo, porque se basa en la existencia de obligaciones ciertas y equivalentes para ambas partes.

La vía del patrocinio publicitario permite a las Administraciones Públicas, además de procurar financiación de la actividad deportiva, rentabilizar esa inversión en forma de publicidad.

Esta auténtica equivalencia entre las prestaciones de ambas partes debe quedar claramente constatada en los pliegos de cláusulas administrativas particulares y en el propio documento contractual, con objeto de descartar, que tras la figura de un contrato, pueda ocultarse la concesión de una subvención, en la que no existe la contraprestación directa por parte del beneficiario.

El contrato de patrocinio, aún en el caso de ser celebrado por una Administración Pública, como es el caso, tiene la consideración de contrato privado. El patrocinado no es una empresa dedicada a los servicios publicitarios, lo que excluye la posibilidad de considerarlo como contrato administrativo de servicios. 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.

Su régimen jurídico se ha incorporado al artículo 20 de la vigente Ley de Contratos del Sector Público, cuyo apartado segundo dispone que *“los contratos privados se registrarán, 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 existiendo, al margen del artículo 24 de la Ley General de Publicidad ninguna norma específica aplicable a los contratos de patrocinio en eventos deportivos cabe, como primera conclusión afirmar, en cuanto al régimen jurídico de la preparación y adjudicación de los contratos privados, que deben aplicarse, por dicción expresa del artículo 20 los preceptos de la LCSP relativos a la preparación y adjudicación de los contratos y entre ellos, los de utilización de los procedimientos abierto, restringido y negociado.

Desde un punto de vista sistemático, basta por tanto con que un precepto de la LCSP se refiera a la preparación y adjudicación de los contratos, para que resulte aplicable a los contratos privados, y ello, con independencia de su ubicación en el texto legal.

Las normas relativas a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y las causas de utilización del procedimiento negociado forman parte evidente de la normativa referida a la preparación y adjudicación respectivamente, por lo que resultan aplicables a los contratos privados.

Finalmente y como ya puso de manifiesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 4/98, de 2 de marzo, *“resulta evidente que la sumisión de los contratos privados, en su preparación y adjudicación, a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, responde a la idea de que, aunque, por su naturaleza privada, sus efectos y extinción se rigen por el derecho privado, ello no obsta para que por el dato fundamental de los fondos públicos con que se financian estos contratos, su adjudicación ha de llevarse a cabo con las normas concretas en que se plasman los principios de publicidad, transparencia, libre concurrencia y no discriminación, idea que se ve*

reforzada porque muchos de estos contratos privados por naturaleza pueden quedar sujetos a las Directivas comunitarias, concretamente a la Directiva 92/50/CEE, que, como es sabido obliga a aplicar sus preceptos referentes exclusivamente a la preparación y adjudicación de contratos, a los contratos privados. Como se ha señalado gráficamente por algún sector doctrinal la sujeción de los contratos privados a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas es una sujeción de menor grado o menos intensa que la de los propios contratos administrativos y siendo esto así debe mantenerse como incuestionable que no se puede excluir en los contratos privados la utilización del procedimiento negociado”.

IV. Del fundamento y funcionamiento del procedimiento negociado.

Como ya indicó esta Junta Consultiva en su Informe 7/2008, de 10 de junio, el procedimiento negociado tiene carácter excepcional (puesto que constituye una excepción a los principios de publicidad y concurrencia) de forma que los supuestos que seguidamente se analizarán son tasados y deben interpretarse de forma estricta (véanse al respecto los Considerandos 47 y 48 de la STJCE de 13 de enero de 2005, por la que se condena al Reino de España). Los motivos que permiten acudir a este procedimiento son, al margen del supuesto del importe, de carácter extraordinario, circunstancias que abocan al órgano de contratación de forma natural o necesaria, a negociar con uno o varios empresarios, la existencia de un único empresario que pueda ejecutar el objeto contractual, la extrema urgencia, procesos de licitación previos que no han prosperado y en los que se recupera el contacto con los licitadores que se hubieran presentado anteriormente. En el supuesto de no existir publicidad, supuesto que ahora se informa, deberá consultarse al menos a tres empresas. En cualquier caso, el número de candidatos seleccionados deberá tener en cuenta la necesidad de garantizar una competencia suficiente y conseguir la máxima eficiencia de fondos públicos (art. 1 LCSP).

La razón que diferencia a este procedimiento con el abierto y el

restringido es que en este procedimiento, la selección de la oferta económicamente más ventajosa se realiza mediante la negociación con los licitadores. El apartado 4 del art. 162 explicita la voluntad del legislador y se afirma que *los órganos de contratación negociarán con los licitadores las ofertas que éstos hayan presentado para adaptarlas a los requisitos indicados* .

La singularidad de la aceptación de la negociación en la contratación pública adquiere relevancia si se considera que, efectivamente, en los procedimientos abierto y restringido está prohibida cualquier negociación con los licitadores que entregan sus proposiciones en contenedores cerrados (sobre cerrado, sobre electrónico) y ya no tendrán más contacto ni relación con el órgano de contratación hasta el acto público de apertura de proposiciones y tampoco luego, en absoluto, durante todo el proceso valorativo de sus ofertas (artículos 141 y 146 LCSP).

Obviamente, y a efectos de garantizar el principio de igualdad de trato, la LCSP establece que antes de negociar con los licitadores, el órgano de contratación ya tiene que haber establecido previamente en el pliego de cláusulas administrativas, los elementos sobre los que se piensa negociar. Así se expresa el art. 160 LCSP que se titula «delimitación de la materia objeto de negociación». La finalidad es dar a conocer a los licitadores cuáles son los elementos de las ofertas, correspondientes con aspectos de la ejecución futura del contrato, que el órgano de contratación está dispuesto a negociar y perfilar con los licitadores.

En el caso que nos ocupa, como ha quedado argumentado en el apartado III de las consideraciones jurídicas, existe la posibilidad de acudir a un procedimiento negociado en la adjudicación de los contratos privados. (Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 67/1996, de 18 de noviembre, 4/98, de 2 de marzo)

El artículo 154.d de la Ley de Contratos del Sector Público, permite acudir al procedimiento negociado sin publicidad cuando por razones técnicas o artísticas o por motivos relacionados con la protección de derechos de exclusiva, el contrato solo pueda encomendarse a un empresario determinado.

Entiende esta Junta, por tanto, la extrapolación de lo dispuesto en el precepto mencionado a los contratos de patrocinio deportivo, 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 "intuitio 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.

V. Estructura y contenido de los Pliegos. Observaciones y sugerencias.

Los pliegos presentados a Informe adoptan similar estructura que los aplicables a los contratos administrativos de obras, servicios y suministros adjudicados mediante procedimiento negociado sin publicidad, informados por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón con fecha 10 de junio de 2008 (Informe 7/2008), incorporando las propuestas que la Asesoría Jurídica indica en su Informe de 10 de noviembre de 2008, adoleciendo, sin embargo, del contenido que exige la LCSP

Los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares constan de:

- Un cuadro resumen del contrato (CARATULA) compuesto de una serie de apartados identificados con letras A a R, en el que se observa la no inclusión, por innecesarias, o así lo estimamos, las relativas a los apartados J, K, M, O, P y Q, incluidas en otros modelos de Pliegos Tipo.

- Un clausulado que recoge los aspectos definidores del contrato y los derechos y obligaciones de las partes, sin incluir un índice de contenidos, que como ya ha manifestado esta Junta Consultiva en varios Informes, cumple una finalidad de facilitar la lectura, comprensión y localización del clausulado.

- Anexos II, III, IV, X y XI, con la misma incidencia que la manifestada en el apartado relativo al cuadro resumen.

La posibilidad de establecer modelos de pliegos de cláusulas administrativas particulares de general aplicación a determinadas categorías de contratos de naturaleza análoga está expresamente recogida en el artículo 99.4 de la LCSP que podrán ser utilizados, previa aprobación, por los distintos órganos de contratación de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón, de forma generalizada y homogénea, en aras de la mayor agilidad en la gestión administrativa,

Esta es la pretensión del Departamento de Educación, Cultura y Deporte, por referirse a contratos que de manera reiterativa y en número significativo va a celebrar dicho órgano de contratación.

En consideración con lo expuesto, esta Junta Consultiva considera necesario adaptar el pliego tipo para la contratación de eventos deportivos, al pliego tipo de cláusulas administrativas particulares aplicable a los contratos administrativos de obras, servicios y suministros adjudicados mediante procedimiento negociado sin publicidad, (Informe 7/2008, de 10 de junio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón), manifestando, asimismo, las siguientes recomendaciones y observaciones de manera mas concreta:

En la carátula o cuadro resumen del Pliego Tipo:

- 1- El cuadro resumen del Pliego tipo deberá estar ordenado de manera sistemática y correlativa.
- 2- El apartado relativo a la adscripción de medios debería indicarse con letra mayúscula diferenciada.
- 3- Resulta innecesario el apartado referido a la mesa de contratación (sin letra de referencia en el cuadro resumen) por cuanto la calificación de la documentación administrativa y la negociación recaen en el órgano de contratación, cláusula 2.2.5, además este procedimiento se caracteriza por la inexistencia de mesa de contratación.
- 4- El índice de Anexos deberá establecerse de manera correlativa, corrigiéndose en el clausulado las referencias a Anexos que no se incluyen en los pliegos.

Conviene recomendar la elaboración de un índice del contenido del pliego, a ubicar inmediatamente después del cuadro resumen, con la finalidad de facilitar la lectura, comprensión, y localización de cada una de las disposiciones que contienen las distintas cláusulas.

En el clausulado:

- 1.- De acuerdo con la naturaleza jurídica del contrato (contrato privado) sería recomendable modificar la cláusula 2.1.3 distinguiendo entre presupuesto de contrato y precio del contrato, puesto que uno de los factores de negociación será el precio del mismo
- 2.- El artículo 42. 2 de la LCSP dispone que en todo caso deberá publicarse en el perfil de contratante la adjudicación provisional de los contratos, por lo que se debe incluir un apartado en las disposiciones generales relativo al perfil de contratante.
- 3.- Por la propia naturaleza y funcionamiento de este procedimiento, no debe existir proposición de los licitadores, por lo que recomendamos la

sustitución del término proposición en todo el clausulado por el de ofertas o propuestas.

- 4.- Debería valorarse incorporar una cláusula determinando qué documentación, de la solicitada a las personas físicas o jurídicas invitadas a la negociación, puede ser sustituida mediante la presentación del certificado del Registro de Licitadores de la Comunidad Autónoma de Aragón.
- 5.- Se aconseja redactar la cláusula 2.2.5. (se advierte que esa numeración no es correcta) en los mismos términos que en el Pliego Tipo mencionado de ejemplo, de modo que, en el apartado de adjudicación se contemplen las fases relativas a la negociación, aspectos a tener en cuenta en la negociación, clasificación de las ofertas, adjudicación provisional y adjudicación definitiva.

En atención al tipo de contrato y procedimiento de adjudicación se recomienda la oportunidad de incluir, en el apartado relativo a negociación un subapartado del siguiente tenor: “la negociación de los términos del contrato se verificará en la forma establecida en el artículo 162 de la LCSP, sin que proceda efectuar anuncio de licitación por tratarse de contrato en el que concurre la singularidad prevista en el artículo 154 d), y sin perjuicio de la inclusión de la información que proceda en el perfil de contratante”.

- 6.- Considerando la catalogación de los Pliegos como tipo para los contratos privados de patrocinio en eventos deportivos que servirán de base para las sucesivas contrataciones de esta naturaleza, se deberá ampliar el contenido de los mismos en el apartado relativo a ejecución del contrato y más concretamente en las cláusulas relativas a derechos y obligaciones de las partes (condiciones especiales de ejecución, exclusividad de la publicidad, acciones de comunicación, presencia y

ocupación de espacios publicitarios, campañas, trofeos, vestimenta ,u otros elementos, designación de un supervisor del cumplimiento del contrato, etc.), teniendo especial relevancia que la ejecución del contrato se adapte a un verdadero contrato de patrocinio en el que exista una auténtica contraprestación directa de los patrocinados.

III. CONCLUSIONES

I.- Informar desfavorablemente los Pliegos Tipo de Cláusulas Administrativas Particulares para contratar los patrocinios publicitarios en eventos deportivos mediante procedimiento negociado sin publicidad, presentados por el Departamento de Educación, Cultura y Deporte, en tanto no se adecuen convenientemente a las prescripciones de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

Informe 28/2008, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón adoptado en su sesión de 10 de diciembre de 2008.