

Informe 17/2010, de 1 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Modificación de los modelos tipo de Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares para la adjudicación de contratos privados de creación e interpretación artística y literaria y de espectáculos, y de contratos privados de patrocinio publicitario en eventos deportivos, por procedimiento negociado sin publicidad.

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 oficios de fechas 8 y 16 de noviembre de 2010, respectivamente, en los que solicita informes de la modificación del modelo tipo de Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares para adjudicar contratos privados de creación e interpretación artística y literaria y de espectáculos, y de contratos privados de patrocinio publicitario en eventos deportivos, por procedimiento negociado sin publicidad, para su adaptación a las prescripciones de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP, en adelante) y 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los sectores postales (LCSE, en adelante) y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA, en adelante), para su adaptación a la normativa comunitaria en las dos primeras.

Se acompañan a los oficios del Secretario General Técnico del Departamento de Educación, Cultura y Deporte del Gobierno de Aragón, los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares, y sendos informes

favorables de la Asesoría Jurídica de la Diputación General de Aragón de fecha 2 de noviembre de 2010, preceptivos 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 Asesoría Jurídica de la Diputación General de Aragón.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en sesión celebrada el 1 de diciembre de 2010, acuerda Informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y necesidad de adaptación de los Pliegos.

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.

La aprobación de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, vigente a partir del día 9 de septiembre del presente año, obliga a adaptar los Pliegos aprobados al amparo de la LCSP y ello, como consecuencia de las importantes modificaciones introducidas en la misma.

Este órgano consultivo, el 22 de septiembre del presente año, ha informado acerca de las modificaciones introducidas en trece modelos de Pliegos Tipo de diversos contratos nominados (obras, servicios, suministros) y distintos procedimientos (abierto -con único y varios criterios-, negociados -con y sin publicidad-), así como de suministros del artículo 9.3.a) LCSP, mediante Acuerdo Marco, procedimiento abierto (varios criterios de adjudicación), Informe 11/2010.

Las novedades incorporadas en los PCAP, se pueden resumir en:

- 1) Excepcionalidad de la garantía provisional
- 2) Modificaciones en la práctica de la notificación de los actos de exclusión de licitadores
- 3) Supresión de la dualidad “adjudicación provisional-adjudicación definitiva” y la consiguiente regulación de una única adjudicación.
- 4) Modificación de la formalización del contrato, cuyo acto perfecciona el contrato.
- 5) Notificaciones electrónicas.

Todas ellas, se incorporan a los modelos tipo objeto del presente informe.

Por razones de economía procedimental, se emite un único informe respecto de las modificaciones introducidas en los dos Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares sometidos al informe de esta Junta Consultiva.

II. Naturaleza y régimen jurídico de los contratos de creación e interpretación artística y literaria y de espectáculos.

Como ya se expuso en nuestro Informe 8/2009, de 29 de abril, los contratos de creación e interpretación artística y literaria y de espectáculos son contratos de servicios incluidos en la categoría 26 del Anexo II de la LCSP (Servicios de esparcimiento, culturales y deportivos) a los que el artículo 20.1 LCSP otorga el carácter de contratos privados, aún cuando sean concertados por una Administración Pública.

De acuerdo con ello, su preparación y adjudicación se rige, en defecto de normas específicas, por la LCSP y sus normas de desarrollo y sus efectos y extinción se rigen por las normas de derecho privado.

Estos contratos por aplicación del artículo 16 LCSP no pueden estar sujetos a regulación armonizada, si bien cuando su valor estimado sea igual o superior a 193.000 euros les resultarán aplicables los supuestos especiales de nulidad contractual previstos en los artículos 37 y siguientes LCSP, así como el régimen del recurso especial en materia de contratación que recogen los artículos 310 y siguientes LCSP y también la obligación de comunicar la adjudicación a la Comisión Europea que regula el artículo 138.3 LCSP.

Por último recordar que todos los contratos de la categoría 26 están excluidos de la exigencia de clasificación por el artículo 54.1. LCSP.

III. Naturaleza y régimen jurídico de los contratos de patrocinio publicitario en eventos deportivos.

Tal y como se justificó en nuestros Informes 28/2008, de 10 de diciembre y 1/2009, de 11 de marzo, el contrato de patrocinio viene definido en el artículo 24 de la Ley 34/1998, de 11 de noviembre, General de Publicidad, y su naturaleza –cuando estemos en presencia de una relación bilateral y onerosa no calificable como actividad subvencional-, es privada. El contrato de patrocinio publicitario es un contrato privado que no encaja en ninguno de los

contratos típicos recogidos en el artículo 5 y siguientes de la LCSP, en particular su objeto no encaja en ninguno de los supuestos contemplados en el Anexo II –servicios- de la LCSP, ni tampoco se presenta como un contrato administrativo especial, ya que no está vinculado al giro o tráfico específico de la Administración, ni satisface de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de ésta. La nota característica que diferencia este contrato de patrocinio del de servicios de publicidad es la ausencia de profesionalidad de la otra parte contratante: mediante el contrato de patrocinio la Administración recibe determinada publicidad, pero no porque la contrate directamente con un profesional de este sector, sino que presta una ayuda económica a una actividad con una específica repercusión mediática, obteniendo de esta forma publicidad.

Así, este contrato privado, en aplicación del artículo 20.1 in fine y 20.2 LCSP, se regirá, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por la LCSP 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.

IV. Estructura y contenido de los Pliegos. Observaciones y recomendaciones.

Los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares presentados constan de:

- a) un cuadro resumen del contrato, compuesto de una serie de apartados, identificados alfabéticamente desde las letras A mayúscula a M mayúscula.
- b) Un clausulado, precedido del correspondiente índice, con dos apartados diferenciados; el primero se refiere al procedimiento de adjudicación y el segundo, a las cláusulas administrativas, dividido, a su vez, en subapartados.
- c) Anexos que se relacionan con números romanos.

Como observaciones específicas al pliego de contrato de creación e interpretación artística y literaria hay que señalar en primer lugar que, tanto en la carátula del pliego, como en la cláusula 1.1 el pliego tipo resulta aplicable exclusivamente a los procedimientos negociados sin publicidad del artículo 154 d) LCSP, es decir, a aquellos contratos en que por razones técnicas o artísticas o por motivos relacionados con la protección de derechos exclusivos, el contrato solo puede encomendarse a un empresario determinado. Las concretas razones que permitan ampararse en el artículo 154 d) deberán de justificarse en el expediente.

Por ello, resulta improcedente, en el índice del clausulado la denominación de la cláusula 2.3.3. "*clasificación de ofertas y propuesta de adjudicación*" que aparece en el modelo tipo de Pliego de contrato de creación e interpretación artística y literaria, si bien en la regulación de la misma se ha omitido la actuación innecesaria.

Siguiendo con el índice del clausulado, se observa una discordancia entre el apartado 2.1. "Disposiciones generales", que concluye en la cláusula 2.1.7., denominada "perfil de contratante" y las cláusulas contenidas en dicho

apartado; en concreto, la cláusula 2.1.7 se refiere al plazo de ejecución y la cláusula 2.1.8., relativa al perfil de contratante.

Como ya se indicó en Informe 8/2009, de 29 de abril y se ha reiterado en el presente, en estos contratos no se puede exigir clasificación (art. 54.1. LCSP), por lo que no puede sustituirse la solvencia económica y financiera, así como la solvencia técnica exigida en el Anexo II del Pliego a través de la clasificación, por lo que deberá suprimirse el apartado 2 del mismo.

Como observaciones específicas al pliego de contrato de patrocinio publicitario en eventos deportivos, figura en el índice de anexos y en el correspondiente anexo, el IV, bajo la denominación *“aspectos técnicos que hayan de ser objeto de negociación (sobre b)”*, mientras que, tanto en el índice, como en la cláusula 2.3.2., se refiere a *“aspectos económicos y técnicos objeto de negociación”*.

Por su parte, en el anexo III, relativo al modelo de oferta económica, incorpora, según índice, un sobre c, sin que a lo largo del clausulado se refiera a las aperturas de sobres independientes y sin que resulte procedente en un procedimiento negociado singular, como es el recogido por el presente pliego.

Como observación común a ambos pliegos, en las cláusulas 2.3.7., relativas a la adjudicación y al régimen de recursos, al haberse tomado como referencia el modelo tipo de Pliego de Cláusulas Administrativas del contrato de servicios, se indica que *“si se trata de un contrato de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de LCSP de valor estimado igual o superior a 193.000 euros, o el que reglamentariamente se determine, se podrá interponer potestativamente en vía administrativa el recurso especial previsto en el artículo 310 LCSP...”*

Al tratarse los contratos de creación e interpretación artística y literaria y de espectáculos de contratos de servicios incluidos en la categoría 26, deberá omitirse la referencia a contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27, limitándose la cláusula a señalar: *“si se trata de un contrato de valor estimado igual o superior a”*.

En el pliego del contrato de patrocinio publicitario en eventos deportivos, deberá adaptarse esta cláusula a la naturaleza privada del contrato que se ha señalado, no procediendo en ningún caso la formulación del recurso especial previsto en el artículo 310 LCSP, al no estar incluidos estos contratos por su naturaleza en la tipología contractual contenida en dicho precepto, cuyos actos son susceptibles del mismo.

Por otro lado, los índices del clausulado de ambos contratos denominan a la cláusula 2.8. *“Régimen jurídico del contrato, prerrogativas de la Administración y jurisdicción”*, debiendo suprimirse la mención a las prerrogativas, dado que éstas no figuran en la mencionada cláusula y teniendo en cuenta que se trata de contratos de naturaleza privada.

Por último, deberán revisarse los pliegos, sustituyendo el término “servicio” por “prestación”.

III. CONCLUSIONES

I - Los modelos tipo de Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares para adjudicar contratos privados de creación e interpretación artística y literaria y de espectáculos, y contratos privados de patrocinio publicitario en eventos deportivos por procedimiento negociado sin publicidad, incluyen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 99 LCSP, los pactos y condiciones

definidoras de los derechos y obligaciones que asumirán las partes y recogen el régimen jurídico, económico y administrativo al que se ajustarán los contratos que celebre el Departamento de Educación, Cultura y Deporte.

II - Informar favorablemente los Pliegos Tipo de Cláusulas Administrativas Particulares aplicables a los contratos privados de creación e interpretación artística y literaria y de espectáculos y contratos privados de patrocinio publicitario en eventos deportivos por procedimiento negociado sin publicidad, con las observaciones y sugerencias manifestadas en el presente informe, para su aprobación por el órgano de contratación, pudiendo ser extensivos, previa aprobación del órgano competente, al resto de Departamentos del Gobierno de Aragón.

Informe 17/2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 1 de diciembre de 2010.