

Junta Superior de Contractació Administrativa
C/ Palau, 12 -3ª planta
46001 VALÈNCIA
Tel.: 961 613072
Correo: secretaria_JSCA@gva.es

Ref.: SUB/SCC/mvt-asm
Asunto: Informe 7/2018

INFORME 7/2018, DE 27 DE JULIO DE 2018. APLICACIÓN DE LA FIGURA DEL CONTRATO MENOR A LOS CONTRATOS PRIVADOS. ESPECIAL REFERENCIA AL CONTRATO DE PATROCINIO.

ANTECEDENTES

En fecha 3 de mayo de 2018, ha tenido entrada en la Junta Superior de Contratación Administrativa solicitud de informe del Ajuntament de L'Alcúdia, mediante el que formula consulta del siguiente tenor literal:

“En este Ayuntamiento tenemos interés en realizar un contrato privado de patrocinio para la realización de un documental.

La Sindicatura de Cuentas en la Guía de fiscalización de la contratación aprobada por el Consejo de la Sindicatura el 20/09/2011, actualizada por el GTS el 15/06/2015, hace un análisis pormenorizado de las diferencias entre un contrato de patrocinio y una subvención, indicando que actualmente se tiende a considerarlo en todo caso como un contrato privado, que se regirá, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP) 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, se regirá por el derecho privado (artículo 20.2 del TRLCSPP).

De acuerdo con el artículo 118.1 de la LCSP son contratos menores los de valor estimado inferior a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de suministro o de servicios.

El precepto no habla de contratos privados.

De acuerdo con el art. 26.2 de la LCSP, “Los contratos privados que celebren las Administraciones Públicas se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por las Secciones 1ª y 2ª del Capítulo 1 del Título 1 del libro segundo de la presente Ley con carácter general, y por 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 lo que respecta a sus efectos, modificación y extinción, estos contratos se regirán por el derecho privado”.

Dentro de la sección 1ª del capítulo 1º del título 1º, se encuentra el art. 118 relativo a los contratos menores.

Este precepto se refiere a unos tipos de contratos concretos, como son los de obras, suministros y

servicios, lo que nos hace cuestionarnos si cabe la aplicación del contrato menor en el caso de un contrato privado no considerado de servicios.

Si atendemos al tenor literal del precepto no cabría. Sin embargo, existe una remisión a, entre otros, el artículo que regula los contratos menores.

Lo cierto es que no considerar aplicable la contratación menor en el caso de los contratos privados implica una mayor rigidez en la aplicación de la normativa contractual a los privados que a los administrativos, lo que no parece muy acorde al espíritu de la ley. Si bien cabe tener en cuenta que el legislador ha sido claro al limitar la contratación menor a los tipos de contratos que menciona. Más teniendo en cuenta que en la redacción del anterior TRLCSP se distinguían los menores, por razón de la cuantía entre contratos de obras y el resto de contratos y ahora el legislador deja de utilizar la referencia a otros contratos para hablar expresamente de los que desea incluir entre los que pueden ser tramitados por contrato menor.

Por otra parte, el artículo 168a2º) de la LCSP dispone que los órganos de contratación podrán adjudicar contratos utilizando el procedimiento negociado sin la previa publicación de un anuncio de licitación en los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios, cuando las obras, los suministros o los servicios solo puedan ser encomendados a un empresario determinado, por alguna de las siguientes razones: que el contrato tenga por objeto la creación o adquisición de una obra de arte o representación artística única no integrante del Patrimonio Histórico Español; que no exista competencia por razones técnicas; o que proceda la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial.

Este precepto tampoco se refiere a los contratos privados.

Cabría llegar entonces a la misma conclusión con la aplicación de la contratación menor a los contratos privados.

Con el 170 TRLCSP que no hablaba de tipología de contratos, se admitía la aplicación del negociado sin publicidad a los contratos privados. Sin embargo la LCSP al regular el negociado sin publicidad ha establecido de forma concreta aquellos tipos de contratos a los que pretende la aplicación de este procedimiento.

Con ello, como hemos expuesto, establece un régimen más estricto para los contratos privados que para los administrativos.

Por tanto, las cuestiones que se plantean a la Junta Superior de Contratación Administrativa son las siguientes:

¿Es aplicable la figura del contrato menor a los contratos privados?

¿Puede utilizarse el procedimiento negociado sin publicidad para los contratos privados?"



CONSIDERACIONES JURÍDICAS

La consulta efectuada por el Ayuntamiento de l'Alcúdia plantea una cuestión derivada de las modificaciones introducidas por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), respecto de las normas que contenía el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011 (TRLCSPP), que afecta a los contratos privados no excluidos del ámbito de aplicación de dicha ley y celebrados por las Administraciones Públicas.

Tal como se señala en la consulta, el artículo 26.2 de la LCSP, como ya lo hicieran las normas anteriores en materia de contratación del sector público, establece que los contratos privados (se está refiriendo a los contratos privados no excluidos del ámbito de aplicación de la LCSP) que celebren las Administraciones Públicas, en defecto de normas específicas, deberán prepararse y adjudicarse de conformidad con las mismas normas de la LCSP que rigen la preparación y adjudicación de los contratos de carácter administrativo, entre las que se incluyen las relativas a los contratos menores y las que establecen en los supuestos en los que es posible la utilización del procedimiento negociado sin publicidad a que hace referencia la consulta del Ayuntamiento.

En esta línea y aunque referido a la regulación de la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas, que en lo relativo a los contratos privados de las Administraciones Públicas ya contenía una redacción como la actual, este criterio de aplicación general a los contratos privados de las normas de la Ley que regulan la preparación y adjudicación de los contratos administrativos fue el adoptado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 67/96, de 18 de diciembre de 1996, en aquella ocasión centrado sobre la posibilidad de utilización del procedimiento negociado para su adjudicación en los contratos privados. Entre las consideraciones jurídicas manifestadas en aquel Informe destacan las siguientes:

Desde un punto de vista sistemático hay que tener en cuenta que los preceptos relativos a la preparación y adjudicación que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas contiene para los contratos por ella regulados, entran en juego, respecto a los contratos privados, por la remisión que realiza el artículo 9 de la Ley y que esta remisión es general e indiscriminada con independencia de la ubicación del precepto en la Ley y del tipo o tipos de contratos a que en concreto se refiera, dado que la mayor parte de los preceptos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas se refieren como es lógico a los contratos que la Ley regula -obra, gestión de servicios públicos, suministros, consultoría y asistencia, servicios y trabajos específicos y concretos no habituales. Sería absurdo pensar que la sola circunstancia de que las causas de utilización del procedimiento negociado vinieran establecidas en el Libro I para que su aplicación a los contratos privados fuese posible, no siéndolo por estar ubicadas en el Libro II. Tampoco constituye argumento serio para la exclusión del procedimiento negociado el que las causas vengan referidas en la Ley a cada uno de los contratos que regula, pues existen otros supuestos, por ejemplo el requisito de solvencia técnica o profesional contenido en el artículo 19 referido a los contratos regulados en la Ley, respecto del cual no puede suscitarse dudas de su aplicación a los no regulados, en este caso a los privados, cuando esta aplicación es debida a la remisión efectuada por el artículo 9 de la Ley.

La consulta del Ayuntamiento viene motivada por el interés de la Corporación en realizar un contrato de patrocinio para la realización de un documental, teniendo en cuenta la opinión de la Sindicatura de Comptes respecto a su carácter privado y a la forma de adjudicación que debía aplicarse de

conformidad con las normas establecidas en el derogado Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSF). En cuanto a normas específicas, el contrato de patrocinio se encuentra definido en el artículo 22 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (LGP), en los términos siguientes:

Artículo 22.

El contrato de patrocinio publicitario es aquél por el 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.

El contrato de patrocinio publicitario se regirá por las normas del contrato de difusión publicitaria en cuanto le sean aplicables.

Sobre la calificación del contrato de patrocinio se ha manifestado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 9/2017, coincidiendo en su carácter atípico y su naturaleza privada. Así en su Resolución núm 193/2018, de 23 de febrero de 2018, en la que acumula dos recursos presentados contra la contratación del patrocinio para la difusión de la imagen de una ciudad española y manifiesta lo siguiente:

(...) estamos ante un contrato de patrocinio, esto es, un contrato publicitario regulado y definido en la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad junto con el contrato de publicidad, el de difusión publicitaria y el de creación publicitaria. Ahora bien, el hecho de que se trate de un contrato publicitario, no significa que se trate de un contrato servicios publicitarios, que, como cualquier otro, sería un contrato típico de servicios regulado en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSF), que si es celebrado por un poder adjudicador y su valor estimado supera el umbral determinado por dicha Ley, estaría comprendido en la categoría 13 del Anexo II del TRLCSF, estaría sujeto a regulación armonizada y sería susceptible de recurso especial. El contrato de patrocinio publicitario no es un contrato típico de servicios, ya que su objeto no es una prestación de servicios de publicidad a favor del órgano de contratación propia del contrato de publicidad en los términos que concreta el artículo 13 de la LGP (...), pues, en nuestro caso, las partes solo colaboran entre sí y ninguna de ellas es una agencia de publicidad; tampoco es su objeto la difusión o distribución publicitaria que concreta el artículo 17 de dicha LGP para el contrato de difusión publicitaria (...), pues en nuestro caso, no existen esas prestaciones y el patrocinado no es un medio publicitario que comercialice unidades de tiempo o espacio, y, en fin, tampoco su objeto es una creatividad publicitaria definida en el artículo 20 de dicha LGP (...). El contrato objeto de licitación es un contrato de patrocinio publicitario por el que una de las partes, el patrocinador, colabora en la actividad de la otra con una ayuda económica a cambio de que el patrocinado se comprometa a colaborar en la publicidad del patrocinador. El patrocinio es, por una parte, un contrato pero no de servicios, y por otra, no es una subvención, en cuanto que la entidad patrocinadora otorga la ayuda al patrocinado a cambio de la colaboración de éste para satisfacer el interés particular propio de la entidad del sector público patrocinadora, y no solo para promover actividades particulares que favorezcan o satisfagan el interés general también perseguido por aquella entidad patrocinadora.

Hechas estas diferencias el Tribunal considera que el contrato objeto de este recurso es un contrato de naturaleza privada, no de servicios, no sujeto a regulación armonizada.



Sobre la aplicación de la figura del contrato menor al contrato de patrocinio más recientemente la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado ha aprobado, en su sesión de 2 de julio de 2018, su Informe 7/2018, sobre admisibilidad de la figura del contrato menor en ciertos tipos de contratos, en el que, entre otras cosas, se concluye lo siguiente:

Los contratos de patrocinio, dado que no tienen una regulación expresa en la Ley y no pueden considerarse como contratos típicos, deben considerarse como contratos privados, por lo que también les resultaría de aplicación la normativa relativa a los contratos menores.

En cuanto al umbral de aplicación en la figura del contrato menor a los contratos de patrocinio, teniendo claro que no es asimilable a una obra ni un suministro y a pesar de no ser un contratos de servicios, entendemos que por analogía a este último aplicaríamos el umbral del valor estimado inferior a 15.000€.

CONCLUSIONES

1. En defecto de normas específicas, la preparación y adjudicación de los contratos privados que celebren las Administraciones Públicas y no se encuentren excluidos del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público, se regirán por remisión al bloque de legalidad del art. 26.2 de la LCSP por las normas establecidas con carácter general en dicha Ley para la preparación y adjudicación de los contratos típicos, incluidas las relativas a la consideración de los contratos menores y las que regulan el procedimiento negociado sin publicidad.

2. El patrocinio publicitario de una actividad o evento por una Administración Pública no se considera comprendido entre los contratos de servicios u otros contratos típicos de los definidos en la Ley de Contratos del Sector Público. Su contratación tendrá carácter privado y su preparación y adjudicación debe efectuarse de conformidad con las normas de la Ley de Contratos del Sector Público que resulten de aplicación. De acuerdo con este criterio, tendrá la consideración de contrato menor en el supuesto de que su valor estimado no supere el importe establecido en el artículo 118.1 de dicha Ley para los contratos de servicios.

El presente Informe se emite al amparo de lo dispuesto en los artículos 2.1 y 9 del Decreto 35/2018, de 23 de marzo, del Consell, por el que se regula la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, y tendrá carácter no vinculante. Por tanto, el órgano consultante podrá adoptar su decisión ajustándose o apartándose del criterio de la Junta, con la obligación de motivar su decisión en este último caso.

LA SECRETARIA

VºBº LA PRESIDENTA
SUBSECRETARIA DE HACIENDA Y MODELO ECONÓMICO

APROBADO POR LA JUNTA SUPERIOR
DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA
en fecha 27 de julio de 2018