

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

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

INFORME 7/2018, DE 27 DE JULIOL DE 2018. APLICACIÓ DE LA FIGURA DEL CONTRACTE MENOR ALS CONTRACTES PRIVATS. ESPECIAL REFERÈNCIA AI CONTRACTE DE PATROCINI.

ANTECEDENTS

En data 3 de maig de 2018, ha tingut entrada en la Junta Superior de Contractació Administrativa sol·licitud d'informe del Ajuntament de L'Alcúdia, mitjançant el qual formula consulta del següent tenor literal:

"En aquest Ajuntament tenim interès a realitzar un contracte privat de patrocini per a la realització d'un documental.

La Sindicatura de Comptes en la Guia de fiscalització de la contractació aprovada pel Consell de la Sindicatura el 20/09/2011, actualitzada pel GTS el 15/06/2015, fa una anàlisi detallada de les diferències entre un contracte de patrocini i una subvenció, indicant que actualment es tendeix a considerar-ho en tot cas com un contracte privat, que es regirà, quant a la seua preparació i adjudicació, a falta de normes específiques, pel Text Refós de la Llei de Contractes del Sector Públic (TRLCSPP) i les seues disposicions de desenvolupament, aplicant-se supletòriament les restants normes de dret administratiu o, si escau, les normes de dret privat, segons corresponga per raó del subjecte o entitat contractant. Quant als seus efectes i extinció, es regirà pel dret privat (article 20.2 del TRLCSPP).

D'acord amb l'article 118.1 de la LCSP són contractes menors els de valor estimat inferior a 15.000 euros, quan es tracte de contractes de subministrament o de serveis.

El precepte no parla de contractes privats.

D'acord amb l'art. 26.2 de la LCSP, "Els contractes prívius que celebren les Administracions Públiques es regiran, quant a la seua preparació i adjudicació, a falta de normes específiques, per les Seccions 1a i 2a del Capítol 1 del Títol 1 del llibre segon de la present Llei amb caràcter general, i per les seues disposicions de desenvolupament, aplicant-se supletòriament les restants normes de dret administratiu o, si escau, les normes de dret privat, segons corresponga per raó del subjecte o entitat contractant. Pel que fa als seus efectes, modificació i extinció, aquests contractes es regiran pel dret privat".

Dins de la secció 1ª del capítol 1º del títol 1º, es troba l'art. 118 relatiu als contractes menors.

Aquest precepte es refereix a uns tipus de contractes concrets, com són els d'obres, subministraments i serveis, la qual cosa ens fa qüestionar-nos si cap l'aplicació del contracte menor en el cas d'un

contracte privat no considerat de serveis.

Si atenem el tenor literal del precepte no cabria. No obstant això, existeix una remissió a, entre uns altres, l'article que regula els contractes menors.

La veritat és que no considerar aplicable la contractació menor en el cas dels contractes privats implica una major rigidesa en l'aplicació de la normativa contractual als privats que als administratius, la qual cosa no sembla molt concorde a l'esperit de la llei. Si bé cal tindre en compte que el legislador ha sigut clar en limitar la contractació menor als tipus de contractes que esmenta. Més tenint en compte que en la redacció de l'anterior TRLCSP es distingien els menors, per raó de la quantia entre contractes d'obres i la resta de contractes i ara el legislador deixa d'utilitzar la referència a altres contractes per a parlar expressament dels quals desitja incloure entre els quals poden ser tramitats per contracte menor.

D'altra banda, l'article 168a2º) de la LCSP disposa que els òrgans de contractació podran adjudicar contractes utilitzant el procediment negociat sense la prèvia publicació d'un anunci de licitació en els contractes d'obres, subministraments, serveis, concessió d'obres i concessió de serveis, quan les obres, els subministraments o els serveis sol puguin ser encomanats a un empresari determinat, per alguna de les següents raons: que el contracte tinga per objecte la creació o adquisició d'una obra d'art o representació artística única no integrant del Patrimoni Històric Espanyol; que no existisca competència per raons tècniques; o que procedisca la protecció de drets exclusius, inclosos els drets de propietat intel·lectual i industrial.

Aquest precepte tampoc es refereix als contractes privats.

Caldria arribar llavors a la mateixa conclusió amb l'aplicació de la contractació menor als contractes privats.

Amb el 170 TRLCSP que no parlava de tipologia de contractes, s'admetia l'aplicació del negociat sense publicitat als contractes privats. No obstant això la LCSP en regular el negociat sense publicitat ha establert de forma concreta aquells tipus de contractes als quals pretén l'aplicació d'aquest procediment.

Amb això, com hem exposat, estableix un règim més estricte per als contractes privats que per als administratius.

Per tant, les qüestions que es plantegen a la Junta Superior de Contractació Administrativa són les següents:

És aplicable la figura del contracte menor als contractes privats?

Pot utilitzar-se el procediment negociat sense publicitat per als contractes privats?"

CONSIDERACIONS JURÍDIQUES



La consulta efectuada per l'Ajuntament de l'Alcúdia planteja una qüestió derivada de les modificacions introduïdes per la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de Contractes del Sector Públic (LCSP), respecte de les normes que contenia el text refós de la Llei de Contractes del Sector Públic, aprovat per Reial Decret Legislatiu 3/2011 (TRLCSP), que afecta als contractes privats no exclosos de l'àmbit d'aplicació d'aquesta llei i celebrats per les Administracions Públiques.

Tal com s'assenyala en la consulta, l'article 26.2 de la LCSP, com ja ho feren les normes anteriors en matèria de contractació del sector públic, estableix que els contractes privats (s'està referint als contractes privats no exclosos de l'àmbit d'aplicació de la LCSP) que celebren les Administracions Públiques, a falta de normes específiques, hauran de preparar-se i adjudicar-se de conformitat amb les mateixes normes de la LCSP que regeixen la preparació i adjudicació dels contractes de caràcter administratiu, entre les quals s'inclouen les relatives als contractes menors i les que estableixen en els supòsits en els quals és possible la utilització del procediment negociat sense publicitat a què fa referència la consulta de l'Ajuntament.

En aquesta línia i encara que referit a la regulació de la Llei 13/1995, de Contractes de les Administracions Públiques, que pel que fa als contractes privats de les Administracions Públiques ja contenia una redacció com l'actual, aquest criteri d'aplicació general als contractes privats de les normes de la Llei que regulen la preparació i adjudicació dels contractes administratius va ser l'adoptat per la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat en el seu Informe 67/96, de 18 de desembre de 1996, en aquella ocasió centrat sobre la possibilitat d'utilització del procediment negociat per a l'adjudicació en els contractes privats. Entre les consideracions jurídiques manifestades en aquell Informe destaquen les següents:

Des d'un punt de vista sistemàtic cal tindre en compte que els preceptes relatius a la preparació i adjudicació que la Llei de Contractes de les Administracions Públiques conté per als contractes per ella regulats, entren en joc, respecte als contractes privats, per la remissió que realitza l'article 9 de la Llei i que aquesta remissió és general i indiscriminada amb independència de la ubicació del precepte en la Llei i del tipus o tipus de contractes a què en concret es referisca, atés que la major part dels preceptes de la Llei de Contractes de les Administracions Públiques es refereixen com és lògic als contractes que la Llei regula -obra, gestió de serveis públics, subministraments, consultoria i assistència, serveis i treballs específics i concrets no habituals. Seria absurd pensar que la sola circumstància que les causes d'utilització del procediment negociat vingueren establides en el Llibre I perquè la seua aplicació als contractes privats fóra possible, no sent-ho per estar situades en el Llibre II. Tampoc constitueix argument seriós per a l'exclusió del procediment negociat el que les causes venguen referides en la Llei a cadascun dels contractes que regula, perquè existeixen altres supòsits, per exemple el requisit de solvència tècnica o professional contingut en l'article 19 referit als contractes regulats en la Llei, respecte del qual no pot suscitar-se dubtes de la seua aplicació al os no regulats, en aquest cas als privats, quan aquesta aplicació és deguda a la remissió efectuada per l'article 9 de la Llei.

La consulta de l'Ajuntament ve motivada per l'interés de la Corporació a realitzar un contracte de patrocini per a la realització d'un documental, tenint en compte l'opinió de la Sindicatura de Comptes respecte al seu caràcter privat i a la forma d'adjudicació que havia d'aplicar-se de conformitat amb les normes establides en el derogat Text Refós de la Llei de Contractes del Sector Públic, aprovat per Reial

Decret Legislatiu 3/2011, de 14 de novembre (TRLCSP). En quant a normes específiques, el contracte de patrocini es troba definit en l'article 22 de la Llei 34/1988, d'11 de novembre, General de Publicitat (LGP), en els termes següents:

Article 22.

El contracte de patrocini publicitari és aquell pel qual el patrocinat, a canvi d'una ajuda econòmica per a la realització de la seua activitat esportiva, benèfica, cultural, científica o d'una altra índole, es compromet a col·laborar en la publicitat del patrocinador.

El contracte de patrocini publicitari es regirà per les normes del contracte de difusió publicitària en allò que li siguen aplicables.

Sobre la qualificació del contracte de patrocini s'ha manifestat el Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals amb anterioritat a l'entrada en vigor de la Llei 9/2017, coincidint en el seu caràcter atípic i la seua naturalesa privada. Així, en la seua Resolució núm 193/2018, de 23 de febrer de 2018, en la qual acumula dos recursos presentats contra la contractació del patrocini per a la difusió de la imatge d'una ciutat espanyola, manifesta el següent:

(...) estem davant un contracte de patrocini, això és, un contracte publicitari regulat i definit en la Llei 34/1988, d'11 de novembre, General de Publicitat juntament amb el contracte de publicitat, el de difusió publicitària i el de creació publicitària. Ara bé, el fet de què es tracte d'un contracte publicitari, no significa que es tracte d'un contracte serveis publicitaris, que, com qualsevol altre, seria un contracte típic de serveis regulat en el Text Refós de la Llei de Contractes del Sector Públic (TRLCSP), que si és celebrat per un poder adjudicador i el seu valor estimat supera el llindar determinat per aquesta Llei, estaria comprés en la categoria 13 de l'Annex II del TRLCSP, estaria subjecte a regulació harmonitzada i seria susceptible de recurs especial. El contracte de patrocini publicitari no és un contracte típic de serveis, ja que el seu objecte no és una prestació de serveis de publicitat a favor de l'òrgan de contractació pròpia del contracte de publicitat en els termes que concreta l'article 13 de la LGP (...), doncs, en el nostre cas, les parts només col·laboren entre si i cap d'elles és una agència de publicitat; tampoc és el seu objecte la difusió o distribució publicitària que concreta l'article 17 d'aquesta LGP per al contracte de difusió publicitària (...), perquè en el nostre cas, no existeixen aqueixes prestacions i el patrocinat no és un mitjà publicitari que comercialitze unitats de temps o espai, i, en fi, tampoc el seu objecte és una creativitat publicitària definida en l'article 20 d'aquesta LGP (...). El contracte objecte de licitació és un contracte de patrocini publicitari pel qual una de les parts, el patrocinador, col·labora en l'activitat de l'altra amb una ajuda econòmica a canvi que el patrocinat es comprometa a col·laborar en la publicitat del patrocinador. El patrocini és, d'una banda, un contracte però no de serveis, i per una altra, no és una subvenció, en tant que l'entitat patrocinadora atorga l'ajuda al patrocinat a canvi de la col·laboració d'aquest per a satisfer l'interés particular propi de l'entitat del sector públic patrocinadora, i no solament per a promoure activitats particulars que afavorisquen o satisfacen l'interés general també perseguit per aquella entitat patrocinadora.

Fetes aquestes diferències el Tribunal considera que el contracte objecte d'aquest recurs és un contracte de naturalesa privada, no de serveis, no subjecte a regulació harmonitzada.

Sobre l'aplicació de la figura del contracte menor al contracte de patrocini, més recentment, la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Pública de l'Estat ha aprovat, en la seua



sessió de 2 de juliol de 2018, el seu Informe 7/2018, sobre admissibilitat de la figura del contracte menor en certs tipus de contractes, en el qual, entre altres coses, es conclou el següent:

Els contractes de patrocini, atés que no tenen una regulació expressa en la Llei i no poden considerar-se com a contractes típics, han de considerar-se com a contractes privats, per la qual cosa també els resultaria d'aplicació la normativa relativa als contractes menors.

Quant al lliniar d'aplicació en la figura del contracte menor als contractes de patrocini, tenint clar que no és assimilable a una obra ni a un subministrament, i malgrat no ser un contracte de serveis, entenem que per analogia a aquest últim aplicaríem el lliniar del valor estimat inferior a 15.000€.

CONCLUSIONS

1. A falta de normes específiques, la preparació i adjudicació dels contractes privats que celebren les Administracions Públiques i no es troben exclosos de l'àmbit d'aplicació de la Llei de Contractes del Sector Públic, es regiran per remissió al bloc de legalitat de l'art. 26.2 de la LCSP per les normes establides amb caràcter general en aquesta Llei per a la preparació i adjudicació dels contractes típics, incloses les relatives a la consideració dels contractes menors i les que regulen el procediment negociat sense publicitat.

2. El patrocini publicitari d'una activitat o esdeveniment per una Administració Pública no es considera comprés entre els contractes de serveis o altres contractes típics dels definits en la Llei de Contractes del Sector Públic. La seua contractació tindrà caràcter privat i la seua preparació i adjudicació ha d'efectuar-se de conformitat amb les normes de la Llei de Contractes del Sector Públic que resulten d'aplicació. D'acord amb aquest criteri, tindrà la consideració de contracte menor en el cas que el seu valor estimat no supere l'import establert en l'article 118.1 d'aquesta Llei per als contractes de serveis.

El present Informe s'emeta a l'empara del que es disposa en els articles 2.1 i 9 del Decret 35/2018, de 23 de març, del Consell, pel qual es regula la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat Valenciana, i tindrà caràcter no vinculant. Per tant, l'òrgan consultant podrà adoptar la seua decisió ajustant-se o apartant-se del criteri de la Junta, amb l'obligació de motivar la seua decisió en aquest últim cas.

LA SECRETÀRIA

VºBº LA PRESIDENTA
SOTSSECRETÀRIA D'HISENDA I MODEL ECONÒMIC

APROVAT PER LA JUNTA SUPERIOR
DE CONTRACTACIÓ ADMINISTRATIVA
en data 27 de juliol de 2018