

INFORME solicitado en virtud de lo establecido por el Reglamento Orgánico del Pleno, Artículo 275, párrafos 2 y 3, a petición del Portavoz del Grupo Municipal BILDU, Sr. Fernández de Pinedo Álvarez de Arcaya.

“Artículo 275.2.- Además de los informes preceptivos señalados en el artículo 122.5 letra e) de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, podrán solicitar a la Secretaría General informe jurídico sobre la legalidad de un asunto de competencia municipal la cuarta parte como mínimo de las personas que sean miembros de la Corporación o quienes sean Portavoces de los grupos que representen el mismo”.

ASUNTO: Cuestiones referidas al expediente de contratación municipal 2014/CONASO0278:

1.- El contrato de patrocinio que nos ocupa ¿podría haber sido objeto de aplicación del principio de concurrencia?

2.- No haber utilizado productos de origen alavés en alguno de los ingredientes para la elaboración de la tortilla ¿supone un incumplimiento del contrato firmado al no cumplirse lo estipulado en su cláusula segunda? Si así fuera ¿qué consecuencias prácticas debería tener dicho incumplimiento?

ANTECEDENTES QUE CONSTAN EN EL EXPEDIENTE 2014/CONASO0278

Es **objeto del contrato** el patrocinio del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz a la empresa “TALLER DE PINCHOS Y TAPAS S.L.U.” (patrocinada) para apoyar económicamente la organización y desarrollo en Vitoria-Gasteiz de un intento de batir el record mundial de elaboración de tortilla de patatas. La patrocinada, de forma onerosa, se obliga a realizar las prestaciones publicitarias de Vitoria-Gasteiz, su marca y su nombramiento de Ciudad Española de la Gastronomía 2014, descritas en el contrato, con estricta sujeción al pliego de condiciones técnicas y administrativas que figuran en el expediente aprobado. En concreto, los ingredientes con los cuales se elaborará (huevos, patatas, cebolla, sal y aceite) serán todos ellos de origen alavés.

Las obligaciones contractuales del Ayuntamiento se concretan en la aportación de 45.000 euros IVA incluido, la entrega al patrocinado de los elementos propios de la identidad corporativa gráfica para el cumplimiento

de sus obligaciones publicitarias, y de los recursos necesarios para el adecuado desarrollo del evento, tales como logística, suministros, personal voluntario y seguridad entre otros, con la antelación requerida.

La selección del contratista se llevó a cabo por el **procedimiento de adjudicación** negociado sin publicidad, al amparo de los artículos 170 d) y 175 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

Obra en el expediente informe suscrito a 30 de Julio de 2014 por la Jefa del Servicio de Comercio en el que se indica que:

Taller de Pinchos y Tapas S.L.U. ha ofrecido al Ayuntamiento un contrato de patrocinio para su intento de batir el record de la mayor tortilla de patatas, a realizar el próximo 2 de agosto en la plaza de la Virgen Blanca.

Esta empresa es la única que ha anunciado su voluntad de batir ese récord, también la única que ha presentado un proyecto aparentemente viable a tal fin y, de hecho, es la única que va a realizar el intento, lo que hace inviable la aplicación del principio de concurrencia.

La adjudicación se produjo por resolución del Concejal Delegado de fecha 31 de julio de 2014.

CUESTIÓN 1

NORMATIVA Y DOCTRINA

El contrato de Patrocinio publicitario está regulado en la **Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, en su Título III, Capítulo II, Sección Cuarta, 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 consumidores y usuarios.

En ella (**artículo 22**) se define el patrocinio publicitario como aquel contrato 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.*

La **Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su Informe 9/03, de 30 de octubre de 2003, Consideraciones Jurídicas Quinta, Sexta y Séptima**, señala:

El contrato de patrocinio publicitario no es un contrato administrativo típico.

El contrato de patrocinio publicitario no es un instrumento de utilización específica por parte de la administración en su actividad de fomento. Utiliza de manera preferente la figura jurídica de la subvención.

El contrato de patrocinio publicitario no satisface de manera inmediata ninguna finalidad pública, es un instrumento esporádico, excepcional, de actividad de fomento, nunca una actividad de fomento entendida como tal.

Por consiguiente, es un contrato privado de la Administración, de carácter mercantil. Por lo que respecta a la preparación y adjudicación (actos separables) son de aplicación las normas de la legislación de contratos de las administraciones públicas y, para la resolución de los conflictos derivados de estos actos, será competente la jurisdicción contencioso administrativa. Los efectos y la extinción de este tipo de contratos de naturaleza privada se regirán por las normas del derecho privado, y los conflictos producidos en esta fase se resolverán ante la jurisdicción ordinaria.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en su Informe 13/2012, de 11 de julio, Consideraciones Jurídicas II y III, afirma que el contrato de patrocinio publicitario:

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.

Resulta aplicable para la adjudicación de los contratos de patrocinio el procedimiento negociado sin publicidad, en virtud del **artículo 170.d) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre**, que ampara aquellos supuestos en que 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.

Se remite a informe anterior (28/2008, de 10 de diciembre), en el que subraya que cualquier intento de forzar la concurrencia en una cuestión de esta naturaleza, siempre y a cualquier precio, sólo 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. Considera que normalmente se tratará de un contrato por razón de la persona o “intuitu personae”, en el que la concurrencia resultaría, en muchos casos, incompatible con la naturaleza y objeto del contrato.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su Informe 11/04, de 7 de junio de 2004, afirma:

La utilización del procedimiento negociado tiene carácter excepcional y solo procede cuando concurren las causas taxativamente previstas en la ley, que son de interpretación estricta y han de justificarse debidamente en el expediente.

Y, en su Informe 35/06, de 30 de octubre de 2006, precisa:

La única cuestión que se plantea consiste en realizar una adecuada interpretación de la causa de utilización del procedimiento

negociado, cuando solo exista un contratista que pueda realizar el objeto del contrato, dado que si esto es así carece de sentido convocar una concurrencia imposible de producirse.

Siendo esta última la razón determinante y justificativa del procedimiento negociado, su concurrencia es una cuestión de prueba o justificación que habrá de constar necesariamente en el expediente de contratación, sin que puedan darse reglas generales que permitan ser aplicadas a todos los supuestos que puedan presentarse.

CONCLUSIÓN

Cuando el Ayuntamiento celebra un contrato de patrocinio publicitario como *patrocinado*, recibe una *ayuda económica para la realización de su actividad*. O, lo que es lo mismo, para llevar a cabo una actuación propia de la actividad municipal, bien a través de su personal propio, bien mediante la celebración de los oportunos contratos, que entendemos serán en todo caso de naturaleza administrativa, puesto que, por definición, el objeto del contrato será una actividad vinculada con el giro o tráfico específico de la Entidad local contratante.

Por el contrario, cuando el Ayuntamiento interviene en el contrato como *patrocinador*, lo que recibe a cambio de su aportación económica es la *colaboración en su publicidad* mediante la realización por el patrocinado de su actividad propia, privada, y la vinculación a la misma de la Entidad local.

En este caso, conforme a los Pliegos de Condiciones que rigen su tramitación, el expediente de contratación municipal 2014/CONASO0278 tiene por objeto la celebración de un contrato privado de carácter mercantil, entre el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz y la empresa Taller de Pinchos y Tapas S.L.U., en el que la administración actúa como *patrocinador* de una actividad privada a desarrollar por la empresa patrocinada.

La *contratación mercantil de derecho privado* de un patrocinio publicitario es de naturaleza diferente a la *contratación administrativa de derecho público* que debe llevar a cabo el Ayuntamiento cuando asume la iniciativa de implementar la realización de cualquier actividad municipal y precisara de asistencia para ello, supuesto en el que el objeto contractual sería la efectiva realización de dicha actividad pública, o de alguna o algunas acciones encaminadas a ella, y no la obtención de retorno publicitario gracias a la realización de una actividad de iniciativa privada.

No obstante, en la contratación mercantil, y a pesar de su naturaleza de contratación privada, la selección del contratista está sometida al derecho administrativo de contratos de las Administraciones Públicas, y habrá de llevarse a cabo por alguno de los procedimientos en ella previstos.

En el expediente de contratación municipal 2014/CONASO0278 el procedimiento de adjudicación que se ha seguido ha sido el negociado sin publicidad.

Se ha justificado la imposibilidad de promover la concurrencia aportando informe técnico que acredita la existencia de un único empresario al que se pueda patrocinar en el concreto intento de “batir el record de la mayor tortilla de patatas el 2 de agosto en la plaza de la Virgen Blanca”.

Con base en este informe, se hace innecesaria la apertura de ningún trámite de licitación.

CUESTIÓN 2

NORMATIVA Y DOCTRINA

La **Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, en su Título III, Capítulo II, Sección Cuarta, modificada por Ley 29/2009, de 30 de diciembre**, en su artículo 22, indica que el contrato de patrocinio publicitario se regirá por las normas del contrato de difusión publicitaria en cuanto le sean aplicables. Remite así a los artículos 17 al 19 de la misma Ley, que determinan los efectos del cumplimiento defectuoso por el medio del contrato de difusión publicitaria:

Si el medio, por causas imputables al mismo, cumpliera una orden con alteración, defecto o menoscabo de algunos de sus elementos esenciales, vendrá obligado a ejecutar de nuevo la publicidad en los términos pactados. Si la repetición no fuere posible, el anunciante o la agencia podrán exigir la reducción del precio y la indemnización de los perjuicios causados.

Así la **Sección 14 de la Audiencia Provincial de Barcelona, en sentencia de 8 de mayo de 2000, Fundamentos Jurídicos Tercero y Octavo**, dicta:

A tenor de lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley General de la Publicidad si la publicidad no se ajusta en sus elementos esenciales a los términos del contrato o a las instrucciones expresas del anunciante, éste

puede exigir una rebaja de la contraprestación y la oportuna indemnización de los perjuicios que se le hubiesen irrogado.

Sólo si la agencia no realiza la prestación comprometida o lo hace fuera del término establecido el anunciante puede resolver el contrato y exigir la devolución íntegra de lo pagado más los daños y perjuicios pertinentes.

Tal regulación supone la concreción, a los contratos publicitarios, de la doctrina general sobre incumplimiento total o parcial de los contratos bilaterales establecida en los artículos 1101 y 1124 del Código Civil.

Mal podría considerarse una resolución contractual con efectos “ex tunc” (desde el momento en que la resolución se dicta) en un contrato de las características del contemplado, agotados o consumados prácticamente todos sus efectos.

CONCLUSIÓN

De no haberse utilizado productos de origen alavés en alguno de los ingredientes para la elaboración de la tortilla, se habría producido el incumplimiento de una de las obligaciones de la patrocinada, recogidas en la cláusula CUARTA del contrato 2014/CONASO0278 de patrocinio publicitario.

De ser ese el caso, dado el cumplimiento defectuoso de uno de los elementos esenciales de la publicidad objeto del contrato, y puesto que la repetición de la publicidad en este caso no se entiende posible, habría podido pedirse la reducción del precio y la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, si los hubiere.

No cabe olvidar, sin embargo, que se ha producido la recepción por el Ayuntamiento de las contraprestaciones debidas por el patrocinado, sin dejar constancia de reserva alguna en cuanto a la calidad de las mismas y su adecuación a los términos del contrato.

Parecer que se emite, según lo solicitado, en Vitoria-Gasteiz, a 7 de octubre de 2014.

LA SECRETARIA GENERAL DEL PLENO