

INFORME 9/03, DE 30 D'OCTUBRE DE 2003. FORMA DE TRAMITAR I DOCUMENTAR DETERMINATS PACTES O CONVENIS.

ANTECEDENTS

La Secretaria General de la Vicepresidència i Conselleria de Relacions Institucionals ha sol·licitat a la Junta Consultiva un informe sobre els aspectes següents:

“Atès el dubte que ha sorgit a la Vicepresidència i Conselleria de Relacions Institucionals sobre la qüestió plantejada en l'informe jurídic que s'adjunta, aquesta Secretaria General, de conformitat amb l'article 12 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, sol·licita que la Junta Consultiva de Contractació Administrativa emeti un informe sobre la forma de tramitar i documentar els pactes o convenis referits en el document que s'adjunta”.

La petició va acompanyada d'un informe jurídic del Servei Jurídic de la Vicepresidència i Conselleria de Relacions Institucionals en el qual es planteja la següent qüestió:

“El motiu o finalitat d'aquest informe és resoldre el dubte que ha sorgit sobre la forma i la tramitació que s'han de seguir en la formalització de determinats pactes que la Conselleria de Relacions Institucionals té previst subscriure amb persones privades o entitats públiques subjectes al règim privat. Aquests pactes tenen per objecte l'aportació o ajuda econòmica de l'Administració per col·laborar en la promoció o el foment de determinades activitats realitzades per particulars o entitats sotmeses al règim jurídic privat a canvi del compromís d'aquest darrer subjecte de fer publicitat del Govern de les Illes Balears”.

PRESSUPÒSITS D'ADMISSIBILITAT

1. La sol·licitud de l'informe la fa la secretària general de la Vicepresidència i Conselleria de Relacions Institucionals, i d'acord amb l'article 12.1 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, i amb l'article 15.1 del Reglament d'organització i funcionament de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, té legitimació per formular-la.
2. En la sol·licitud hi adjunta un informe jurídic sobre la qüestió plantejada realitzat pel Servei Jurídic de la Vicepresidència i Conselleria de Relacions

Institucionals, el qual compleix l'apartat 3 de l'article 16 de l'esmentat Reglament d'organització.

CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

PRIMERA. La pregunta plantejada és incorrecta, ja que s'hauria d'haver enfocat cap a la naturalesa jurídica i el caràcter dels pactes i convenis que vol formalitzar la peticionària, com també el règim jurídic i la regulació.

SEGONA. Amb el benentès que les preguntes que s'hi formulen són de caire general i que algunes són alienes a la matèria pròpia de la contractació administrativa, la primera qüestió que se'ns planteja és determinar si estam davant una subvenció o un contracte.

El concepte de subvenció el defineix l'article 2 de la Llei 5/2002, de 21 de juny, de subvencions, que diu:

“A l'efecte del que estableix aquesta Llei, té la consideració de subvenció qualsevol disposició gratuïta de fons públics i, en general, qualsevol recurs públic avaluable econòmicament, realitzada per l'Administració a favor d'una persona física o jurídica, pública o privada, que s'afecta a la realització d'una activitat d'utilitat pública o d'interès general, o a la consecució d'una activitat pública.”

En aquest punt coincidim amb l'informe del Servei Jurídic de la Vicepresidència i Conselleria de Relacions Institucionals, quan diu que, d'acord amb l'article descrit, es parlarà de subvenció quan estam davant un acte de liberalitat per part de l'Administració, quan el particular o ens públic rebin una ajuda amb càrrec a fons públics sense cap prestació o activitat cap a l'entitat pública que subvenciona.

En el supòsit que tractam, encara que de manera general, es parla de pactes que té previst subscriure la Vicepresidència amb la finalitat de dur a terme ajudes econòmiques per col·laborar en la promoció o foment de determinades activitats realitzades per particulars o ens públics a canvi del compromís per part d'aquest de fer publicitat de la comunitat autònoma de les Illes Balears. Insistim, en aquest moment de l'informe, que la falta de detalls dels pactes en qüestió ens obliga a fer una resposta de caire general a la pregunta formulada.

No obstant l'anterior, és el moment de fer una reflexió sobre la naturalesa de la figura del patrocini com activitat de foment. Reflexió que no podrà figurar en l'apartat de conclusions d'aquest informe ja que en la consulta no es concreta el contingut dels pactes objecte d'aquest.

La determinació de la naturalesa jurídica del patrocini està en relació directa amb la causa d'aquest, amb la finalitat d'un patrocini, amb el grau d'importància de l'activitat de foment que finança. Si la finalitat és fomentar una activitat d'interès públic essent el caire publicitari totalment secundari estaríem parlant d'un conveni de col·laboració de l'administració amb particulars per atendre activitats privades d'interès públic, al qual s'aplicaria, si s'escau, supletòriament la llei de subvencions. Però, si la causa principal del patrocini fou la publicitat institucional a través del finançament d'una activitat privada d'un particular estaríem davant la figura jurídica d'un contracte privat de l'Administració.

D'acord amb els punts anteriors, és clar que a aquests pactes, si tenen per causa principal la publicitat institucional, no els és d'aplicació el règim jurídic de la figura jurídica i administrativa de la subvenció.

TERCERA. Exclosa doncs l'aplicació del règim jurídic de la subvenció als pactes objecte d'aquest informe, un cop examinat el contingut, encara que descrit de forma molt general, sembla que estiguem davant un contracte de patrocini publicitari i per les raons que s'apunten.

El contracte de patrocini publicitari es regula en l'article 24 de la Llei 34/1988, d'11 de novembre, general de la publicitat, quan diu:

“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”.

Sí classificam aquesta activitat com una activitat de patrocini i tornam a examinar la Llei de subvencions esmentada, llegim que exclou expressament la figura del patrocini del seu àmbit d'aplicació, que serà supletòria de la seva normativa específica, en aquest cas la Llei 34/1988, d'11 de novembre, general de la publicitat, la qual cosa ratifica encara més la postura d'excloure els pactes que examinem de la figura de la subvenció.

QUARTA Si elegim el sistema d'exclusió per qualificar uns determinats fets jurídics com els que són objecte d'aquest informe, arribam a la conclusió que els pactes de què tractam solament poden revestir la forma jurídica d'un contracte o d'un conveni. Per tant, les preguntes que ens hem de formular en aquest moment de l'informe són saber si estam davant d'un contracte administratiu, davant d'un contracte privat o davant d'un conveni dels que es regulen en el punt 1 d) de l'article 3 del TRLCAP.

La figura del patrocini publicitari no està determinada en els contractes regulats en la LCAP ni té normativa administrativa específica que la reguli. Davant aquesta manifestació no podem classificar el contracte de patrocini com un contracte administratiu *strictu sensu* “típic” dels descrits en el punt 2 de l'article 5 del TRLCAP.

CINQUENA El contracte de patrocini no és un contracte administratiu típic. El tràmit següent és estudiar la possibilitat d'incloure'l dins els règim jurídic dels contractes administratius especials o dels contractes privats.

El caràcter de contracte administratiu especial el defineix el punt 2 b) de l'article 5 del TRLCAP:

“Los de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella o por declararlo así una ley”

Dels contractes privats subscrits per l'Administració en parla el punt 3 de l'article 5 del TRLCAP, quan diu:

“Los restantes contratos celebrados por la Administración tendrán la consideración de contratos privados...”

De l'examen d'aquests preceptes legals podria pensar-se, en principi, que l'actuació de l'Administració objecte d'aquest informe encaixaria dins de la figura del contracte administratiu especial. Ara bé, l'activitat de patrocini no forma part del gir o tràfic específic de l'Administració pública i encara menys satisfà de manera immediata una finalitat pública que sigui de competència específica de l'Administració.

El contracte de patrocini publicitari que analitzam no és un instrument d'utilització específica per part de l'Administració en la seva activitat de foment. L'Administració utilitza de manera preferent la figura jurídica de la subvenció.

El contracte de patrocini publicitari no satisfà de manera immediata cap finalitat pública, és un instrument esporàdic, excepcional, de l'activitat de foment, mai una activitat de foment entesa com a tal.

El contracte de patrocini publicitari no satisfà cap finalitat de competència específica de la comunitat autònoma, si de cas la general de promoció de l'ens administratiu, amb un caire de voluntarietat i no necessari per a la defensa i protecció de l'interès públic.

SISENA Dit tot això només ens queda la possibilitat de considerar el contracte de patrocini com un contracte privat realitzat per l'Administració. Els criteris utilitzats per determinar el caràcter privat d'un contracte dut a terme per l'Administració són tan amplis, punt 3 de l'article 5 del TRLCAP, que inclouen tota la resta de l'activitat conuenial de l'Administració.

Ara bé, si l'anterior és cert, si començam a entreveure el caràcter de contracte privat al del de patrocini que estam analitzant, ja que és evident que el contracte de patrocini no encaixa dins les categories dels contractes regulats pel TRLCAP, que es tracta d'un contracte mercantil i, per tant, privat. Aquesta és la conclusió a què arribam a partir dels raonaments continguts dins aquestes consideracions jurídiques.

SETENA Finalment, queden per concretar les normes jurídiques del tipus de contracte del qual tractam.

La qualificació d'un contracte dut a terme per l'Administració com de caire privat solament repercuteix amb relació als efectes i a l'extinció del contracte, els quals es regeixen per les normes del dret privat, d'acord amb el que estableix l'article 9.1 del TRLCAP. Pel que fa a la preparació i adjudicació (actes separables), hi són d'aplicació les normes de la legislació dels contractes de les administracions públiques i per resoldre els conflictes derivats d'aquests tràmits hi té competència la jurisdicció contenciosa administrativa.

CONCLUSIÓ:

1. Els pactes objecte de la consulta es podrien considerar que formen part d'un contracte de patrocini de l'article 24 de la Llei 34/1988, d'11 de novembre, general de publicitat.
2. El contracte de patrocini estaria emmarcat com un contracte realitzat per l'Administració pública de caire privat.
3. La preparació i l'adjudicació del contracte, per la seva naturalesa privada, es regiran, a falta de disposicions administratives específiques, per les normes del TRLCAP, i els conflictes que es derivin d'aquests actes separables se suscitaran davant la jurisdicció contenciosa administrativa.
4. Els efectes i l'extinció d'aquests tipus de contractes de naturalesa privada es regiran per les normes de dret privat i els conflictes que es produeixin en aquesta fase es resoldran davant la jurisdicció ordinària.

