

- | |
|--|
| <ol style="list-style-type: none">1. Introducción2. Distintos instrumentos jurídicos para una misma finalidad3. Fiscalización de los patrocinios deportivos4. Importancia relativa5. Ámbito de aplicación |
|--|

1. Introducción

La potenciación de las distintas marcas de la Comunitat Valenciana y el fomento de determinadas actividades deportivas o culturales de la Comunidad, deben seguir cauces distintos, pues responden a causas distintas. Así, cuando se persigue la primera finalidad, debe llevarse a cabo a través de un contrato publicitario de carácter oneroso y, en el caso de que se pretenda lo segundo, cabe recurrir a la subvención.

Lo señalado anteriormente no quiere decir que en un contrato de patrocinio esté excluida totalmente la idea de fomento, o que en una subvención para fomentar una actividad deportiva o cultural no se puedan imponer determinadas cargas publicitarias. Lo que se tiene que tener en cuenta, para definir el régimen jurídico aplicable, es la razón económico-social que persigue cada actuación: si lo esencial es la publicidad, deberá seguirse la vía contractual, y si lo principal es el fomento, habrá que desplegar una actividad subvencional.

No siempre ha habido claridad a este respecto, y a veces se han concedido subvenciones para publicitar marcas de la Comunitat Valenciana, o se han formalizado contratos de patrocinio cuya finalidad esencial era fomentar una actividad deportiva o cultural. También se ha recurrido al convenio para una y otra finalidad, haciéndose un uso abusivo del mismo al efecto de eludir la normativa contractual o de subvenciones.

A continuación se muestran tres ejemplos de la distinta instrumentación jurídica utilizada.

Ejemplo de contrato de patrocinio

Contrato con un club deportivo de la Comunitat Valenciana para que luzca en su camiseta bien la marca "Comunitat Valenciana", o bien la marca de determinados complejos recreativos, culturales o de ocio. Por dicha publicidad una empresa pública de la Generalitat satisface una cantidad al club deportivo, el cual emite la correspondiente factura sujeta a IVA.

Ejemplo de convenio de colaboración

Se formaliza entre una empresa pública de la Generalitat y un club deportivo de la Comunitat Valenciana. En él se dice que ambas entidades comparten el objetivo de fomento del ocio, por lo que formalizan el convenio de colaboración empresarial en actividades de interés general. La empresa pública se compromete a participar en la actividad del club deportivo mediante una aportación económica, mientras que éste se compromete a difundir la participación de la empresa pública en todas las actividades que realice y a elaborar, a la finalización del convenio, una memoria con toda la difusión realizada.

Ejemplo de subvenciones nominativas

En la relación de beneficiarios de la línea nominativa "Patrocinios deportivos Comunitat Valenciana" figura un equipo deportivo de la Comunitat Valenciana. La subvención se formaliza mediante un convenio de colaboración, cuyo objeto es el fomento y promoción de la marca "Comunitat Valenciana" en todas las competiciones en que participe el equipo deportivo. El convenio no delimita ni define con precisión los gastos que se van a subvencionar;

ni la documentación que se debe presentar para su adecuada y suficiente acreditación. No existe factura del equipo deportivo por la cantidad recibida.

Para la adecuada fiscalización de la contratación de las entidades públicas valencianas, resulta necesario clarificar el régimen jurídico aplicable y su tratamiento en los informes.

2. Distintos instrumentos jurídicos para una misma finalidad

A continuación se resume la regulación legal de los distintos instrumentos jurídicos utilizados como cauces formales de una misma realidad económica.

2.1 Contrato de patrocinio

La regulación legal del contrato de patrocinio se limita al artículo 22 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, que lo define como *“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”*.

Las notas características de este tipo de contratos son las siguientes:

- Es un contrato publicitario.
- Existe un compromiso por parte del patrocinado de colaborar en la publicidad del patrocinador.
- La publicidad la realiza una persona física o jurídica que se dedica a una actividad ajena a la publicitaria, no un profesional de la publicidad (agencia publicitaria, medio de publicidad, creativo).
- Se busca la relevancia social de la actividad del patrocinado.

De estas notas características, se infiere que el contrato de patrocinio no es propiamente un contrato de servicios y, por tanto, en ningún caso merecerá la calificación de contrato SARA.

Actualmente se tiende a considerarlo en todo caso como un **contrato privado** (véase la Resolución nº 193/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y la doctrina que allí se cita), que se regirá, en cuanto a su **preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014** (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, se regirá por el derecho privado (artículo 26.2 de la LCSP).

En cuanto a la causa del contrato de patrocinio, si bien se han planteado dudas respecto a su **carácter oneroso**, habida cuenta del tenor literal del único artículo de la Ley que regula este tipo de contratos, la más moderna doctrina considera que sí tiene tal carácter, pues consiste en el intercambio de una prestación económica por la colaboración publicitaria del patrocinado en beneficio del patrocinador.

Así, el patrocinador no pretende el fomento de una actividad de interés público a través del destinatario de su aportación, sino obtener de él la colaboración publicitaria comprometida; del mismo modo, el patrocinado no aspira sólo a beneficiar a aquél mediante la difusión publicitaria de su nombre, marca o productos, sino, también y principalmente, a recabar los recursos económicos que el patrocinador se ha obligado a facilitarle. Esta doctrina concluye que, si falta esta nota de onerosidad, no nos encontraremos ante un contrato de patrocinio.

La concurrencia de la nota de onerosidad en el contrato de patrocinio es exigible en todo caso, existiendo normas legales sectoriales que reafirman esta exigencia en ámbitos específicos. Así, la **Ley 12/2018, de 24 de mayo, de la Generalitat, de publicidad institucional para el interés ciudadano y la concepción colectiva de las infraestructuras públicas**, que se aplica a las administraciones e instituciones públicas de la Generalitat y a la Administración local de su ámbito territorial, así como a las empresas y organismos que de ellas dependen, es coherente con la doctrina descrita, pues se

refiere expresamente a la publicidad mediante patrocinio en su artículo 7, y en su artículo 6.4 establece con carácter general la siguiente prohibición: “Las instituciones y administraciones públicas sujetas a esta Ley **no podrán abonar** en ningún caso por las inserciones de publicidad institucional **precios abusivos, que no guarden proporción con los precios de mercado**”.

La Resolución nº 193/2018, de fecha 23 de febrero de 2018, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, ha destacado la necesidad de que exista una equivalencia entre la contraprestación publicitaria del patrocinado a favor de la entidad del sector público contratante y la denominada, en la definición legal, “ayuda económica”, o, al menos, un beneficio propio para la entidad patrocinadora, pues si no, “estaríamos más bien ante una subvención”.

Por tanto, cabe concluir que **en el contrato de patrocinio prevalece el interés publicitario**: lo que importa es el servicio publicitario prestado, y no la financiación de una determinada actividad de utilidad pública o de interés social, que se mantiene en un segundo plano, **a diferencia de lo que ocurre en el caso de la subvención**. Así pues, el contrato de patrocinio se basa en un acuerdo de voluntades productor de efectos jurídicos entre los sujetos contratantes, en el que existen obligaciones ciertas y equilibradas para ambas partes. A cambio de un precio, la entidad patrocinada presta un servicio, por el cual factura a la entidad pública.

De manera que las notas esenciales del contrato de patrocinio serían los siguientes:

- Acuerdo de voluntades
- Equilibrio de prestaciones
- Precio de mercado
- Servicio prestado
- Obligación de emitir factura
- En cuanto a sus efectos y extinción, se regirá por el derecho privado

La finalidad de estos contratos, al ser celebrados por el sector público, debe ser, en todo caso, de interés público.

2.2 Convenio/acuerdo de colaboración

Los convenios suelen ser el instrumento habitual para canalizar las subvenciones de concesión directa, que pueden estar o no previstas nominativamente en la ley de presupuestos. No resulta admisible que un convenio se utilice para encubrir un contrato de patrocinio o el otorgamiento de una subvención que deba concederse mediante publicidad y concurrencia.

El artículo 48.7 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, establece que “cuando el convenio instrumente una subvención deberá cumplir con lo previsto en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones y en la normativa autonómica de desarrollo que, en su caso, resulte aplicable”.

Por su parte, el artículo 47.1, párrafo tercero, de dicha norma legal, ordena que “los convenios no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos. En tal caso, su naturaleza y régimen jurídico se ajustará a lo previsto en la legislación de contratos del sector público”.

2.3 Subvención

Subvención, según el artículo 2 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (LGS), es toda entrega monetaria sin contraprestación, sujeta a la realización de la actividad que se pretende fomentar (actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública), y el beneficiario debe cumplir las obligaciones que se hubieran establecido, entre las que se encuentra la adecuada publicidad de la financiación de la actividad subvencionada (art. 18.4 LGS).

A diferencia del contrato de patrocinio, en la subvención el beneficiario se compromete a realizar la actividad subvencionada por la Administración y a justificar la aplicación de los fondos percibidos, de manera que resulta esencial el destino dado a dichos fondos. El beneficiario realiza una actividad para fines que le son propios y que, al mismo tiempo, se consideran de utilidad pública o interés social.

Las notas esenciales de la subvención serían las siguientes (artículo 2.1 LGS):

- Entrega dineraria sin contraprestación
- Actividad subvencionada de interés público
- Justificación de la actividad subvencionada
- Cumplimiento de los requisitos de la normativa de subvenciones

En cuanto a la documentación justificativa, el expediente de la subvención (normalmente tramitado mediante convenio de colaboración) deberá contener los justificantes del gasto efectuado para acreditar la efectiva realización de la actividad subvencionada, conforme a la normativa de aplicación.

3. Fiscalización de los patrocinios publicitarios

3.1 El contrato de patrocinio oneroso

Como **regla general**, el patrocinio publicitario se debe formalizar a través de un contrato privado que, como antes se ha visto, ha de ser oneroso y se registrará en cuanto a su preparación y adjudicación por la LCSP.

Los aspectos críticos que se deben comprobar en la fiscalización son:

- a) Debe **estar justificada la necesidad e idoneidad del contrato**, tal como establecen los artículos 1 y 28 de la LCSP. Con carácter previo al inicio de la contratación, las entidades deberán dejar constancia de la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como de la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas.

En caso contrario, se deberá señalar un incumplimiento en el informe de fiscalización, de la siguiente forma:

En la documentación preparatoria del expediente del contrato de patrocinio nº x/20xx, no quedan acreditadas adecuada y suficientemente las necesidades que se pretenden cubrir mediante el referido contrato, ni la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas.

- b) Existencia de **una equivalencia entre las prestaciones**, de acuerdo con los precios vigentes de mercado (artículo 6.4 de la Ley 12/2018, de 24 de mayo, de la Generalitat).

Para verificar que el precio del contrato es de mercado, deberá comprobarse si el expediente contiene una valoración técnica de las prestaciones que deba efectuar el patrocinado, realizada por un experto en la materia independiente. Se valorará la razonabilidad de la documentación justificativa aplicando el juicio profesional.

A estos efectos, se podría comparar el coste del patrocinio publicitario con el coste de contratar servicios publicitarios profesionales para la obtención del mismo impacto o difusión pública, que deberá evaluar un experto independiente. Asimismo, podría compararse el precio acordado con el que estaría dispuesto a pagar un patrocinador privado por las mismas prestaciones que debe efectuar el sujeto patrocinado.

En caso de que no quede acreditado este extremo, en el informe de fiscalización se concluirá señalando un incumplimiento de la siguiente forma:

El expediente del contrato de patrocinio nº x/20xx no contiene la documentación justificativa adecuada y suficiente que permita acreditar la equivalencia de las prestaciones contratadas y, por tanto, la onerosidad del contrato.

Una manera de acreditar dicha equivalencia podría ser la existencia de un informe de evaluación del patrocinio en el que se justificara la valoración del retorno de la inversión que un contrato de patrocinio tendría para los intereses públicos que representa la entidad patrocinadora.

c) En el caso de que no haya licitación, se comprobará la adecuada y suficiente **justificación de las razones** que legalmente facultan a la entidad pública **para no aplicar** los procedimientos previstos en la **LCSP** (artículo 26). En la aplicación del juicio profesional, habrá que tener en cuenta el distinto nivel de aplicación de la LCSP en función de la consideración jurídica de la entidad:

- Administraciones Públicas. La preparación y adjudicación de los contratos deberá someterse a las normas específicas de la LCSP. Se comprobará el adecuado cumplimiento del artículo 131 de la LCSP.
- Poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administraciones Públicas. Se comprobará el adecuado cumplimiento del artículo 318 de la LCSP.
- Otros entes del sector público. Deberán aplicar lo dispuesto en el artículo 321 de la LCSP.

En caso de que las razones esgrimidas por la entidad no justifiquen la no utilización de los procedimientos de la LCSP, se deberá recoger el siguiente incumplimiento:

En el expediente del contrato de patrocinio nº x/20xx no se justifica de forma adecuada y suficiente la no utilización de los procedimientos de contratación previstos en el artículo (131, 318 o 321) de la LCSP.

Adicionalmente, se podrán efectuar aquellas comprobaciones que se estimen pertinentes, a juicio del auditor, a fin de comprobar el sometimiento de estos contratos a lo dispuesto en la LCSP, en cuanto a su preparación y adjudicación.

3.2. Convenios de colaboración. Subvenciones directas

En aquellos casos en que se utilice la vía de las subvenciones directas, formalizadas normalmente mediante convenios de colaboración, deberá analizarse detenidamente su objeto para comprobar:

a) Si la entidad pública, en el ejercicio de su **potestad de fomento**, está concediendo una **ayuda para financiar una determinada actividad, considerada de utilidad pública o interés social, que deba realizar el beneficiario**. Todo ello sin perjuicio de la publicidad a la que está obligado el beneficiario, como dispone el artículo 18.4 de la LGS.

En este caso, la subvención no canaliza un patrocinio publicitario, no hay prestación y contraprestación, propias de la actividad contractual.

b) **O bien, si el beneficiario**, en el desarrollo normal de su actividad, **se compromete a realizar actuaciones de promoción y difusión** de determinadas marcas de la Comunitat Valenciana.

En este caso, existen acuerdos típicos de la actividad contractual, una prestación y una contraprestación, por lo que el convenio estaría instrumentando realmente en un contrato.

En el primer caso, se comprobará el sometimiento de la ayuda concedida a los requisitos, obligaciones y procedimientos de la LGS. Hay que hacer notar que, en este caso, la publicidad aparecerá en un plano secundario, desde el punto de vista causal, y consistirá en la obligación de dar difusión a la procedencia de los fondos recibidos. Nunca será la razón principal del otorgamiento.

En el segundo caso, considerando que la entidad pública no está subvencionando **esencialmente** una actividad/proyecto que deba ejecutar el beneficiario en su propio interés, deberá indicarse que la ayuda económica comprometida por la entidad pública no reúne los requisitos previstos en el artículo 2 de la LGS para que pueda considerarse subvención pública, sino que se trata de un contrato de patrocinio que debe ajustarse a los principios del contrato oneroso.

En consecuencia, el Informe deberá pronunciarse sobre la inadecuación del convenio como instrumento jurídico para canalizar prestaciones publicitarias propias del contrato de patrocinio y sobre el incumplimiento de la LCSP. Podrá concluirse así:

El convenio de colaboración nº x/20xx contempla prestaciones propias del contrato de patrocinio publicitario, por lo que debería haberse formalizado mediante documento contractual ajustado a los principios del contrato oneroso y haberse sometido a lo dispuesto en la LCSP (arts. 131/ 318/ 321).

En aquellos casos en los que los convenios formalicen subvenciones directas previstas nominativamente en los presupuestos de la Entidad Pública concedente, deberá indicarse que los presupuestos de la Entidad **no pueden** dar cobertura jurídica a las contrataciones directas que en materia de patrocinio decidan efectuarse en cada ejercicio. Podrá concluirse utilizando la siguiente redacción:

El convenio de patrocinio nº x/20xx, a través del cual la entidad concede una subvención directa con previsión nominativa en sus presupuestos, no reúne los requisitos previstos en el artículo 2 de la LGS, para su calificación jurídica como subvención, ya que contempla en su objeto la realización de actividades propias de un contrato de patrocinio, sin ajustarse a los principios del contrato oneroso ni a lo dispuesto en el artículo (131/318/321) de la LCSP para la tramitación de este tipo de actuaciones de patrocinio publicitario.

4. Importancia relativa

Para considerar si un incumplimiento tiene efecto significativo se aplicarán los criterios establecidos en la “Guía sobre la importancia relativa en las fiscalizaciones sobre el cumplimiento”, sección 4320 del Manual de Fiscalización.

5. Ámbito de aplicación

Esta guía será de aplicación obligatoria para los trabajos de fiscalización que incluyan en su alcance la revisión de los contratos/convenios de patrocinio.