



Expte. 7/18. Admisibilidad de la figura del contrato menor en ciertos tipos de contratos.

Clasificación del informe: 2. Calificación y régimen jurídico de los contratos. Objeto de los contratos. 2.2. Contratos privados. 12. Expediente de contratación. Trámites. 12.1. Expediente de contratación. 14. Procedimiento de adjudicación. 14.2. Procedimiento negociado. 14.3. Contratos menores. 26. Contratos privados.

ANTECEDENTES

La Diputación de Málaga dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado solicitando que se emita informe en los siguientes términos:

“La Diputación Provincial de Málaga, tiene entre sus objetivos vertebradores de su actividad cultural, potenciar las singularidades culturales de los pueblos malagueños, así como atender las demandas y necesidades culturales de estos, colaborando con la importante red de entidades culturales y asociativas existentes en la Provincia. En esta línea y dentro de la programación de la Delegación de Cultura, ésta ha venido suscribiendo (directamente o a través de representante) con artistas del espectáculo, bandas de música, grupos de cantantes, orquestas, grupos de teatro, cantantes etc., una serie de contratos privados de servicios, cuyo objeto es la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos, y cuyos importes oscilan entre 500 € a 8.000 €



por actuación, no superando por tanto en ningún caso, los límites que para este tipo de contratos establece el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Igualmente, la Diputación de Málaga ha venido interviniendo, a través de la Delegación de Deportes, Juventud y Educación, en la promoción del deporte, prestando apoyo económico, material y técnico a las entidades deportivas ubicadas en su territorio, al entender el deporte como un servicio a la ciudadanía que debe llegar a la totalidad de la población, tomando el concepto "deporte" como "cualquier forma de actividad física que, a través de la participación organizada o no, tiene por objeto la expresión o mejoría de la condición física y psíquica, el desarrollo de las relaciones sociales o la obtención de resultados en competiciones a todos los niveles", atendiendo a la definición de la Carta Europea del Deporte (1992). En esta línea, ha venido realizando actuaciones de patrocinio a federaciones, clubes y otras entidades de la provincia, para la organización y/o participación en eventos deportivos, considerados de interés provincial, con importes que no superan los límites previstos para el contrato menor.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS:

El artículo 118.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, dice: "Se consideran contratos menores los contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de suministros o de servicios."

Sin embargo, el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, dice en su



artículo 138.3: "Se consideran contratos menores los contratos de importe inferior a 50.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 18.000 euros, cuando se trate de otros contratos..."

Al eliminarse en el artículo 118, la expresión "otros contratos" se plantean dudas sobre si ello puede significar que este artículo sólo permite la utilización de la figura del contrato menor en los contratos de obras, suministros y servicios tipo, quedando en consecuencia, fuera de su aplicación los contratos privados que celebren las Administraciones Públicas.

Por su parte, el artículo 25.1, a) de la citada Ley 9/2017, establece que tendrán carácter privado los siguientes contratos: 1" Los contratos de servicios que tengan por objeto servicios financieros con número de referencia CPV de 66100000-1 a 667200003 y los que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos con número de referencia CPV de 79995000-5 a 79995200-7 y de 92000000-1 a 92700000-8..."

El artículo 26.2 dice en su párrafo segundo: Los contratos privados que celebren las Administraciones Públicas se registrarán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por las Secciones 1ª (preparación de los contratos, artículo 115 y siguientes) y 2ª (de la adjudicación de los contratos, artículos 131 y siguientes), del capítulo I del Título I del Libro Segundo de la presente Ley.

No obstante lo establecido en el párrafo anterior, a los contratos mencionados en los números 1º y 2º de la letra a) del apartado primero del artículo anterior, (entre otros, los de creación e interpretación artística y literaria y los de



espectáculos), les resultarán de aplicación, además del Libro Primero de la presente Ley, el Libro segundo de la misma en cuanto a su preparación y adjudicación.

CUESTIONES:

1.-¿Se puede entender que con la remisión que hace el artículo 26.2 al Libro Segundo de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público, en lo que respecta a la preparación y adjudicación de los contratos privados de creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos, les serían de aplicación las normas del contrato menor del artículo 118, siguiendo el criterio marcado por esa Junta Consultiva en sus informes 4/98, de 2 de marzo y 41/98, de 16 de diciembre, e informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, 8/2017, de 21 de junio?

2.-¿A los contratos de patrocinio, les será de aplicación las normas que para los contratos menores establece el artículo 118 de la citada Ley 9/2017?

3.-En el supuesto de que se considere que no es posible aplicar las normas del contrato menor a los contratos privados, ¿se podría acudir al procedimiento negociado sin publicidad regulado en el artículo 168. a) 2º, previsto para los casos en que las obras, servicios o suministros 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; ... siguiendo el criterio marcado por esa Junta Consultiva en su informe 41/96, de 22 de julio?

4.-En el caso de que se considere que no le son de aplicación, al contrato privado de patrocinio, las normas del contrato menor, ¿en qué supuesto del artículo 168 de la Ley 9/2017 estarían incluidos este tipo de contratos?

CONSIDERACIONES JURIDICAS.

1. La Diputación de Málaga plantea cuatro cuestiones a esta Junta Consultiva. Las dos primeras relacionadas con la posibilidad de aplicar las normas sobre contratos menores de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, a los contratos privados de carácter artístico y a los contratos de patrocinio deportivo; la tercera, en caso de no ser aplicable esta regulación al contrato privado, plantea si sería de aplicación la normativa del contrato negociado sin publicidad. La última pregunta se refiere al supuesto en que no se considere que resulta de aplicación esta normativa sobre el contrato menor a los contratos de patrocinio, cuestionando en qué supuestos del artículo 168 se incluirían este tipo de contratos.

2. La primera cuestión planteada nos exige partir del hecho de que los contratos de servicios que celebra una Administración Pública y que tienen por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos con el número de referencia CPV de 79995000-5 a 79995200-7



y de 92000000-1 a 92700000-8, excepto 92230000-2, 92231000-9 y 92232000-6 se mencionan expresamente en el artículo 25.1 a) 1º de la LCSP como una excepción a la calificación como contratos administrativos de los contratos de servicios que celebran las Administraciones Públicas. Antes al contrario, la ley califica estos contratos como contratos privados.

Esta misma excepción se predica en el mismo apartado de los contratos de servicios que tengan por objeto servicios financieros con número de referencia CPV de 66100000-1 a 66720000-3, y en su apartado 2º de aquellos cuyo objeto sea la suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos. Por lo tanto, en todos los supuestos que analizamos estamos en presencia de contratos calificados por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, como contratos privados.

Su régimen jurídico se regula en el artículo 26 de la Ley, atinente a los contratos privados de las Administraciones Públicas, cuyo apartado 2, en su párrafo segundo, contiene una regulación específica para estos contratos privados. En este precepto, el régimen general de los contratos privados se establece en el primer párrafo, a tenor del cual:

“Los contratos privados que celebren las Administraciones Públicas se registrarán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por las Secciones 1.ª y 2.ª del Capítulo I del Título I 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 su efectos, modificación y extinción, estos contratos se regirán por el derecho privado.”

Sin perjuicio de lo anterior, el segundo párrafo de este apartado añade que:

“No obstante lo establecido en el párrafo anterior, a los contratos mencionados en los números 1.º y 2.º de la letra a) del apartado primero del artículo anterior, les resultarán de aplicación, además del Libro Primero de la presente Ley, el Libro Segundo de la misma en cuanto a su preparación y adjudicación. En cuanto a sus efectos y extinción les serán aplicables las normas de derecho privado, salvo lo establecido en los artículos de esta Ley relativos a las condiciones especiales de ejecución, modificación, cesión, subcontratación y resolución de los contratos, que les serán de aplicación cuando el contrato esté sujeto a regulación armonizada.”

Bajo estas premisas, ubicado el artículo 118 relativo a los contratos menores en la Sección 1ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la LCSP, por la expresa remisión prevista en el artículo 26.2 que acabamos de analizar, procede su aplicación tanto a los servicios que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos objeto de la consulta, cuyo valor estimado fuera inferior a 15.000 euros, como al resto de contratos privados cuyo valor no supere los umbrales previstos en artículo 118 de la LCSP, siempre que concurren los demás requisitos establecidos en el artículo 118 de la norma legal. Las dos remisiones contenidas en el precepto mencionado coinciden en que a los contratos privados que celebren las Administraciones Públicas les son de aplicación las reglas sobre preparación de los contratos de las Administraciones Públicas, aunque los



servicios que constituyen la prestación matriz tengan carácter privado por expresa atribución legal. Dentro de estos preceptos se encuentra el que alude al procedimiento de los contratos menores, precepto que, en lógica consecuencia, también resulta de aplicación a los contratos privados de las Administraciones Públicas a que se hace referencia en este informe.

4. En relación con la segunda pregunta planteada, relativa al patrocinio de actividades deportivas, cabe destacar que no se indica en la consulta la forma en que se articula tal patrocinio. Evidentemente, si el mismo se articula mediante una simple ayuda o subvención concedida a una entidad privada para la realización de una actividad cultural o deportiva de interés público de la competencia de la entidad pública interviniente, la cuestión quedaría por completo al margen de la legislación sobre contratos públicos y de las competencias de esta Junta Consultiva.

Por el contrario, si la entidad consultante suscribe contratos de patrocinio con entidades privadas resultaría conveniente poner esta cuestión en relación con la anteriormente tratada para poder determinar cuál es el régimen jurídico de estos contratos.

El contrato de patrocinio se define en el art. 22 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad. Este precepto 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”*.



Cabe destacar primeramente que los contratos de patrocinio no tienen una regulación específica en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Al configurarse en torno a una prestación de hacer a cambio de la cual se cobra un precio podría considerarse *prima facie* que estamos en presencia de un contrato de servicios. Sin embargo, tal calificación choca con el problema de que la finalidad de interés público que se sirve a través de estos contratos no es sólo la publicidad institucional, sino que la financiación pública de las actividades culturales, deportivas o de otra índole es la verdadera finalidad principal de la actuación de la entidad consultante. Tampoco es previsible que el objeto social de la contratista sea la realización de campañas de publicidad institucional. En todo caso debe quedar claro que en la hipótesis que estamos analizando, existiendo una prestación a cambio del precio satisfecho por la Administración, nos encontramos en presencia de una figura contractual y no de una subvención y que si lo que realmente existe es una figura diferente al contrato, bien de modo patente o de manera encubierta, debe tenerse en cuenta lo señalado en el párrafo primero del presente expositivo.

Teniendo todo lo anterior en consideración, cabría pensar que este tipo de contratos de patrocinio constituirían contratos privados al amparo de los dispuesto en el artículo 26.1.a) de la Ley 9/2017, según el cual tienen la consideración de contratos privados los que celebren las Administraciones Públicas cuyo objeto sea distinto de los referidos en las letras a) y b) del artículo 25. Esta remisión al artículo 25 alude a aquellos contratos que sean distintos de los contratos administrativos típicos o especiales. De esta forma, el régimen jurídico de los contratos de patrocinio sería el propio de los contratos privados que, como hemos visto, determina el apartado 2 del artículo 26 de modo que, como ya hemos señalado, en cuanto a su



preparación y adjudicación les resulta de aplicación el artículo 118 de la Ley, relativo al expediente de contratación en los contratos menores. En cualquier caso, el mismo efecto se anudaría si considerásemos estos contratos como contratos administrativos de servicios.

5. En relación con la siguiente consulta, esto es, si en el caso de no poder aplicar las normas del contrato menor a los contratos privados, se podría acudir al procedimiento sin publicidad del artículo 168 a) 2ª, siguiendo el criterio marcado por el Informe 41/96, de 22 de julio, es necesario indicar que ya se ha respondido en el epígrafe anterior que sí les resultan de aplicación las normas del contrato menor. No obstante, sí parece conveniente pronunciarse sobre la posibilidad de recurrir a las normas del procedimiento negociado sin publicidad.

El recurso al contrato negociado sin publicidad regulado en el artículo 168 tiene unas causas tasadas muy estrictas derivadas de la necesidad intrínseca de proteger el principio básico de la libre concurrencia a través de la publicidad de los contratos. La causa a la que se refiere la consulta se refiere específicamente a los casos en 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.

En nuestro Informe 41/96, de 22 de julio, señalábamos lo siguiente:

“Desarrollando más concretamente aquella conclusión la Junta Consultiva de Contratación Administrativa se manifiesta conforme con el criterio manifestado por el Instituto consultante de que las razones artísticas son suficientes para considerar que sólo puede encomendarse el objeto del contrato a un único



empresario, pues una interpretación contraria dejaría vacío de sentido el precepto u obligaría a una labor ímproba de determinar cuándo una obra artística puede ser llevada a cabo o no por otro artista o empresario, introduciendo un elevado grado de inseguridad jurídica.” Por tanto, las razones artísticas justificaban el recurso al procedimiento negociado sin publicidad.

A la luz de la nueva Ley 9/2017 podemos apreciar que el artículo 168 a) 2º alude a esta causa nuevamente, por lo que podemos llegar a la conclusión de que resulta posible seguir recurriendo al procedimiento negociado sin publicidad para contratos de carácter artístico en que la prestación tenga la peculiaridad de su carácter único, sin perjuicio de que cuando resulte procedente en función del valor estimado del contrato también se pueda utilizar el contrato menor.

6. Finalmente, la última cuestión nos plantea, en el supuesto de que no sean de aplicación al contrato privado de patrocinio las normas del contrato menor, en qué supuesto del artículo 168 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, se podría incardinar este tipo de contratos. Como hemos visto, no resulta necesario responder a esta cuestión en la medida en que ya se ha respondido que las normas del contrato menor sí resultarían de aplicación al contrato de patrocinio cuando se cumplan las condiciones legales.

CONCLUSIONES.

1. De conformidad con las previsiones contenidas en la Ley 9/2017, a los
-



contratos privados de creación e interpretación artística les serían de aplicación las normas de procedimiento relativas al contrato menor en la medida en que se encuentran ubicadas dentro del Libro Segundo de la Ley, y siempre que respeten los umbrales y los demás requisitos predicables del contrato menor.

2. 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.
3. Sería posible recurrir al procedimiento negociado sin publicidad con base en las causas del artículo 168 a) 2ª respecto a aquellos contratos con un claro contenido de carácter artístico único.