

**Sección 4814: Guía de fiscalización de la contratación:
Análisis de la regulación de los contratos de patrocinio**

Referencia: Aprobada por el Consejo de la Sindicatura el 20-9-2011. *Actualizada por el GTS el 15/06/2015*

1. Introducción

En los últimos ejercicios viene observándose el interés de la Administración valenciana en potenciar las distintas marcas de la Comunitat Valenciana mediante patrocinios publicitarios y en financiar determinadas actividades deportivas o culturales de la Comunidad.

La combinación de ambos intereses ha motivado la celebración de patrocinios publicitarios con distinta instrumentación jurídica, ya sea mediante contratos de patrocinio, mediante convenios de colaboración o mediante la concesión de subvenciones directas.

Ciertos patrocinios deportivos que inicialmente se instrumentaron mediante contratos de patrocinio, actualmente vienen considerándose como subvenciones nominativas que se formalizan mediante convenios de colaboración, siendo idéntico el objeto del patrocinio.

A continuación se muestran tres ejemplos de la distinta instrumentación jurídica de los patrocinios anteriormente señalados.

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.

Teniendo en cuenta que, en general, estos patrocinios suelen tener carácter significativo en la fiscalización de la contratación de las entidades públicas valencianas, resulta necesario clarificar el régimen jurídico aplicable y su tratamiento en los informes, comentándose a continuación las situaciones más frecuentes.

2. Distintos instrumentos jurídicos para una misma finalidad

A continuación se resume la regulación legal de los distintos instrumentos jurídicos utilizados por la Generalitat 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**, que se registrará, en cuanto a su **preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP)** 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 registrará por el derecho privado (artículo 20.2 del TRLCSP).

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 7/2003**, de 20 de marzo, de Publicidad Institucional de la Comunitat Valenciana, que se aplica a las administraciones e instituciones públicas de la Generalitat y a la Administración local de su ámbito territorial, es coherente con la doctrina descrita, pues se refiere expresamente a la publicidad mediante patrocinio en su artículo 8, y en su artículo 7.3 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 la regulación normal del mercado**".

Por tanto, cabe concluir que en el contrato de patrocinio prevalece el interés publicitario y resulta irrelevante el destino que la entidad contratada dé a las cantidades acordadas. Lo que importa es el servicio publicitario prestado, y no la financiación de una determinada actividad de utilidad pública o de interés social. 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 los elementos 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 registrará 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

En materia de patrocinios publicitarios, 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.

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 tramitada 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 Ley de Contratos del Sector Público.

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

1. Debe estar justificada la necesidad e idoneidad del contrato, tal como establecen los artículos 1 y 22 del TRLCSP. 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/2014, 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.

2. Existencia de una equivalencia entre las prestaciones, de acuerdo con los precios vigentes de mercado (artículo 7.3 de la Ley 7/2003, de 20 de marzo, de Publicidad Institucional CV).

Para verificar que el precio del contrato es de mercado, deberá comprobarse si el expediente contiene alguna documentación justificativa que permita valorar las prestaciones que debe efectuar el patrocinado. 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. 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, o cualquier otro medio que permita justificar la existencia de aquella equivalencia.

Se valorará la razonabilidad de la documentación justificativa aplicando el juicio profesional. 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/2014 no contiene la documentación justificativa adecuada y suficiente que permita acreditar la equivalencia de las prestaciones contratadas y, por tanto, la onerosidad del contrato.

3. 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 el TRLCSP (artículo 20.2). En la aplicación del juicio profesional, habrá que tener en cuenta el distinto nivel de aplicación del TRLCSP en función de la consideración jurídica de la entidad:

- Administraciones Públicas. La preparación y adjudicación de los contratos deberá someterse a las normas específicas del TRLCSP. Se comprobará el adecuado cumplimiento del artículo 138 del TRLCSP.
- Poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administraciones Públicas. Se comprobará el adecuado cumplimiento del artículo 191 del TRLCSP.
- Otros entes del sector público. Deberán aplicar lo dispuesto en el artículo 192 del TRLCSP.

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

En el expediente del contrato de patrocinio nº _/2011 no se justifica de forma adecuada y suficiente la no utilización de los procedimientos de contratación previstos en el artículo (138, 191 ó 192) del TRLCSP.

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 los patrocinios se instrumenten mediante subvenciones directas, formalizadas normalmente mediante convenios de colaboración, deberá analizarse detenidamente su objeto para comprobar:

1. 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 deberá 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.

2. **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 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 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 del TRLCSP. Podrá concluirse así:

El convenio de colaboración nº _/2014 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 el TRLCSP (arts. 170/ 191/ 192).

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 son la cobertura jurídica adecuada a las contrataciones directas que en materia de patrocinio decidan efectuarse en cada ejercicio. Podrá concluirse utilizando la siguiente redacción:

“En relación con la subvención directa con previsión nominativa en el presupuesto que se concede a través del calificado por la entidad como convenio de patrocinio publicitario número x/2011 , esta Sindicatura entiende que no cumple con los requisitos para considerar la ayuda como destinada a una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública que contempla el artículo 2 de la LGS. Puesto que, tal como lo califica la entidad fiscalizada la prestación a realizar es propia de un contrato de patrocinio, debería ajustarse en cuanto a su preparación y adjudicación a los principios del contrato privado de carácter oneroso y a lo dispuesto en los artículos 170, 191 y 192 del TRLCSP 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 para la aplicación de la NTA del ICAC sobre la importancia relativa”, sección 321 del Manual de Fiscalización, apartado 8. A efectos orientativos, podrá considerarse que tienen un efecto significativo los incumplimientos de la normativa en las siguientes circunstancias:

- a) El importe de los contratos/convenios de patrocinio afectados es, individualmente o en conjunto, superior al NIR de los ajustes.
- b) El número de operaciones en las que se observa un incumplimiento es muy elevado, aunque su importe global no supere el NIR.
- c) Con independencia de lo anterior, un suceso accidental será tratado de forma diferente que un incumplimiento voluntario y reiterado en el tiempo.

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.