

# Anulación judicial de un contrato de patrocinio por ser una subvención encubierta

03/29/2021

Alejandro Huergo Lora

Las Administraciones pueden apoyar económicamente actividades privadas (por ejemplo, culturales o de espectáculos) que consideren de interés público. Para ello tienen a su alcance la técnica de la subvención, que exige una convocatoria pública salvo en aquellos casos (excepcionales) en que la subvención esté prevista, con el nombre del beneficiario, en los presupuestos de la entidad (subvenciones nominativas).

Otra cosa es el contrato de patrocinio, regulado en el 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”. Un contrato que, cuando lo celebra una Administración, se viene considerando de Derecho privado (no administrativo), como se explica en entradas de blog, como esta de [Felio Bauzá Martorell](#).

La diferencia entre el contrato de patrocinio y la subvención es que, en el primero, el interés de la Administración es obtener un “retorno publicitario”, es decir, “publicidad”, siendo en principio indiferente la actividad patrocinada (de la que sólo importa el “impacto publicitario” que proporciona), mientras que, en la subvención, la finalidad que se persigue es hacer posible una actividad considerada de interés público, aunque también se obtiene un reconocimiento público de la ayuda concedida, puesto que es obligatorio que el beneficiario de la subvención deje constancia de ella en carteles y otros actos de difusión.

A veces asistimos a un nuevo tipo de “huida del Derecho administrativo” que consiste en que la Administración recurre al contrato de patrocinio (y no a la subvención) aunque lo que le interesa no es “obtener retorno publicitario” sino apoyar y hacer posible una determinada actividad.

La utilización de una figura (el patrocinio) en lugar de otra (la subvención) no es indiferente, sino que reduce el control jurídico sobre la Administración y facilita eludir el cumplimiento de reglas básicas de las subvenciones. En la subvención es preciso tramitar un procedimiento de licitación para elegir al beneficiario. Además, se controla el uso de los fondos, puesto que éstos sólo se libran en la medida en que se justifique la subvención, es decir, que se acredite que se han realizado gastos “elegibles”, gastos que entran dentro de la finalidad para la que se otorga la subvención. En cambio, el contrato de patrocinio se adjudica normalmente de manera directa, sin competencia, y además se desconoce en qué medida la aportación municipal era necesaria para la viabilidad económica del evento que la Administración quiere apoyar, puesto que el importe del patrocinio es el precio de un contrato y se paga siempre que el patrocinado haya colaborado en la publicidad de la Administración que le patrocina.

Cuando la Administración recurre al contrato de patrocinio buscando apoyar una determinada actividad, más que obtener “retorno publicitario”, comete un fraude de ley y el contrato es nulo

porque en realidad supone eludir las reglas de la subvención o de otro tipo contractual.

Esto lo vienen diciendo, más o menos entre líneas, varios órganos consultivos o de resolución de recursos contractuales:

- Informe 13/2012 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón: “La equivalencia entre las prestaciones de las partes debe quedar claramente constatada en los pliegos y en el propio documento contractual, *de forma que la colaboración en la publicidad de la Administración por el patrocinado tenga entidad suficiente para constituir una contraprestación a la aportación económica que percibe, y así descartar, que tras la figura de un contrato, pueda ocultarse la concesión de una subvención*”. Informe 28/2008: “descartar que, tras la figura de un contrato, pueda ocultarse la concesión de una subvención, *en la que no existe la contraprestación directa por parte del beneficiario*”. Lo mismo en otros informes (1/2009,
- Informe 7/2018 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (JCCPE): “si el mismo [el patrocinio] 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”; “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”.
- Resolución 193/2018, de 23 de febrero de 2018, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC): “El patrocinio es, por una parte, un contrato pero no de servicios, y por otra, no es una subvención, *en cuanto que la entidad patrocinadora otorga la ayuda al patrocinado a cambio de la colaboración de éste para satisfacer el interés particular propio de la entidad del sector público patrocinadora, y no solo para promover actividades particulares que favorezcan o satisfagan el interés general también perseguido por aquella entidad patrocinadora*”. Lo mismo la resolución 106/2018, de 2 de febrero. La cuestión es la valoración del retorno publicitario, para justificar la equivalencia de prestaciones. “Trasladado el concepto [se refiere al concepto legal de contrato de patrocinio publicitario, del 22 LGP] al ámbito público es claro que, salvo que la contraprestación publicitaria del patrocinado en favor de la entidad del sector público contratante tenga una equivalencia con lo que se denomina en la definición «ayuda económica», o al menos, suponga un beneficio propio para la entidad patrocinadora pues si no, estaríamos más bien ante una subvención. Por tal razón resulta esencial la valoración de la contraprestación económica publicitaria y de su equivalencia con la retribución que pudiera derivar del procedimiento de licitación”.
- Sindicatura de Cuentas de la Comunidad Valenciana, Manual de Fiscalización de la Sindicatura de Cuentas de la Comunidad Valenciana. Sección 4814: Guía de fiscalización de la contratación (aprobada por el Consejo de la Sindicatura el 20 de septiembre de 2011, actualizada por el GTS el 15 de junio de 2015): Análisis de la regulación de los contratos de patrocinio: “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". En otras palabras, "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".

- Informe 3/1999, de 20 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias: "Recoge, por tanto, esta definición de subvención dos requisitos que hacen inviable la aplicación de su régimen jurídico al patrocinio publicitario: ha de tratarse de una atribución patrimonial gratuita y ha de estar destinada al fomento de una determinada actividad o comportamiento de interés público o social por parte del subvencionado. Dado que el patrocinio publicitario tiene como finalidad la publicidad del patrocinador, no el fomento de la actividad del patrocinado, y dado que la prestación de aquél no es gratuita, sino que, por el contrario, tiene como contraprestación el uso de la imagen del patrocinado mediante determinadas actuaciones que éste se obliga a llevar a cabo, tenemos que concluir que no es posible aplicar el régimen jurídico de las subvenciones al patrocinio publicitario".

Una reciente sentencia, ya firme, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 4 de Oviedo (sentencia de 22 de enero de 2021, procedimiento ordinario 45/2020), declara nulos tanto el acuerdo por el que se aprobaron el expediente y los pliegos del contrato de patrocinio, como el de adjudicación del contrato (por procedimiento negociado sin publicidad), porque no se trataba realmente de un contrato de patrocinio, sino que se pretendía apoyar una determinada actividad privada que el Ayuntamiento en cuestión consideraba favorable para los intereses públicos.

En el caso concreto, se traba de un festival en periodo navideño, y la memoria del contrato lo justificaba aludiendo constantemente a las ventajas de ese festival en términos de ocio infantil y de reactivación del comercio y la hostelería locales, lo que es señal de que la verdadera causa del contrato no es obtener publicidad para el Ayuntamiento, sino apoyar esa actividad.

"La cuestión sustancial que plantean los dos recursos se centra en la facultad del Ayuntamiento para celebrar un contrato que califica de patrocinio y hacerlo de acuerdo con la legislación de los contratos administrativos y, más en particular, adjudicándolo mediante un procedimiento negociado sin publicación.

(...) A la vista de la precipitada tramitación del expediente de contratación durante el mismo mes de diciembre, teniendo en cuenta que la adjudicación del contrato se produjo en plenas fiestas navideñas y dada la escasa entidad de su justificación y los serios problemas de credibilidad de que la publicidad del Ayuntamiento fuese el objeto real de la contratación se puede llegar a la conclusión de que el procedimiento de adjudicación del contrato controvertido que se ha seguido no es conforme a Derecho.

(...) difícilmente puede admitirse, a la vista de su precio (...), que estemos ante un contrato de publicidad o de patrocinio sino que, en realidad, se trata de la realización de unas actividades de ocio y recreativas que, sin duda, resultaban de interés para el Ayuntamiento. Sin embargo, no se entiende la celebración de un contrato de patrocinio por una cuantía especialmente considerable par conseguir dar publicidad al Ayuntamiento respecto de unas actividades celebradas dentro del municipio, en un espacio público y con repercusión limitada en el marco de las fiestas navideñas generalizadas en la región y en

el país.

(...) Por tanto, la esencia y razón de ser del contrato controvertido no puede ser, en modo alguno y a la vista del precio del contrato, de su duración y de las actividades realizadas, la publicidad institucional o el patrocinio sino que es, simplemente y en realidad, la realización de actividades culturales y de ocio que pueden interesar el Ayuntamiento pero que benefician en primer término a la empresa que las desarrolla”.

Cuando del análisis de un contrato y del expediente se evidencia que el motivo que ha llevado a la Administración al patrocinio no es la obtención de “retorno publicitario”, sino la voluntad de apoyar una determinada actividad, el contrato será ilegal porque no se cumple la causa del contrato de patrocinio, que es, como ya se ha dicho, la obtención, por parte del patrocinador, de publicidad a cambio del apoyo económico a la actividad del patrocinado.

El hecho de que en la decisión administrativa hayan pesado más las características concretas de la actividad patrocinada (que la hacen merecedora de apoyo), que su idoneidad para proporcionar publicidad (“retorno publicitario”) a la Administración, es un síntoma de que el supuesto contrato de patrocinio es, en realidad, una subvención encubierta.

Se dirá, con razón, que, a veces, el patrocinio publicitario por parte de empresas privadas también es una forma de ayuda a terceros, desarrollada en el marco de la responsabilidad social corporativa. Pero una empresa privada no es una Administración, no está sometida al principio de legalidad y no debe (ni puede) canalizar su actividad de fomento o de apoyo a iniciativas de terceros a través de una técnica como la subvención.

Además, en el caso de las Administraciones Públicas la idea de “retorno publicitario” plantea bastantes problemas, sobre todo cuando se limita a reproducir el nombre de la entidad patrocinadora en la cartelería de un determinado espectáculo o actividad. Los Ayuntamientos y otras Administraciones ya son sobradamente conocidas (sobre todo en su territorio) y, además, no actúan en el mercado ni tienen que ganarse el favor de los consumidores, sino que ejercen competencias de Derecho público, por lo que nada ganan por el hecho de que su nombre aparezca en el logo de una actividad. La publicidad institucional consiste en la transmisión de un mensaje, no en la simple mención de un logo (artículo 3.1 de la Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de Publicidad y Comunicación Institucional, que no se aplica a las entidades locales, pero sí es pertinente para la definición de este concepto jurídico, puesto que no sería admisible que la publicidad institucional fuera una cosa para la Administración del Estado y otra diferente para los Ayuntamientos). Además, esa mención del apoyo recibido de la Administración se produce en todo caso si se recurre a la fórmula de la subvención (artículo 18 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones).

También incide la sentencia en otro problema que aqueja con frecuencia a los contratos de patrocinio, y es su adjudicación directa. Se acude (como en el caso resuelto por esta sentencia) al procedimiento negociado sin publicidad por el motivo previsto en el artículo 168.a).2º de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público: “Cuando las obras, los suministros o los servicios solo puedan ser encomendados a un empresario determinado, por alguna de las siguientes razones (...) que proceda la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial”. Es decir: una vez que se ha decidido patrocinar un determinado evento, el contrato sólo puede celebrarse con su promotor. El problema es que con ello se restringe artificialmente la competencia, puesto que habría que justificar previamente por qué se ha decidido patrocinar justamente ese evento. Eso es lo que intenta evitar el artículo 168: “La no existencia de competencia por razones técnicas y la protección de derechos

exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial solo se aplicarán cuando no exista una alternativa o sustituto razonable y cuando la ausencia de competencia no sea consecuencia de una configuración restrictiva de los requisitos y criterios para adjudicar el contrato”.

En ello insiste la sentencia, al decir que “haber elegido desde el primer momento a una empresa determinada, como es la adjudicataria, para realizar las actividades culturales y de ocio no queda en modo alguno justificado. (...) En este caso no hay duda de que el propio Ayuntamiento ha ido restringiendo las posibilidades de competencia con el único fin de encomendar, no tanto la publicidad o patrocinio, que puede hacerla una empresa de publicidad, sino la prestación de unos servicios de ocio y recreativos a una determinada empresa, la que finalmente ha sido la adjudicataria”.

La Administración no es libre a la hora de calificar los contratos, sino que debe aplicar las normas contenidas en los artículos 12-18 de la LCSP y, en definitiva, atender a su objeto, a las prestaciones, a la causa del contrato. Hasta ahora, los supuestos más dudosos son los de deslinde entre el contrato de servicios y la concesión de servicios, o, en ciertos casos, entre el contrato de suministro y el de servicios. Son cuestiones dotadas siempre de efectos prácticos, que van desde el plazo de duración del contrato a la posibilidad (o no) de interponer el recurso especial en materia de contratación (en el caso de la distinción entre el contrato y la concesión de servicios). Esta reciente sentencia resuelve (y seguramente no existen muchos precedentes) los criterios de distinción entre el contrato de patrocinio y otras figuras como la subvención, y expone una causa de nulidad de los contratos públicos: su utilización cuando debería entrar en juego otra figura jurídica, que es la que responde al objeto y causa de la relación jurídica.