

COMPETENCIAS LABORALES: UNA REVISIÓN

Maria MARCÓ ARBONÈS

Técnica de Recursos Humanos. Ajuntament de l'Escala (Girona)

Trabajo de Evaluación presentado para obtener el Diploma de especialización en Planificación y gestión de recursos humanos. (CEMCI)

SUMARIO:

1. Introducción
2. Definiciones de competencia laboral
3. Algo de historia
4. Componentes de las competencias laborales
5. Clasificación de competencias
6. Mapeo de competencias
7. Modelo de competencias
8. Estrategias para el desarrollo de modelos de competencias
9. Relación de los modelos de competencias con los objetivos y la metas organizacionales
10. Competencias en el sector público
11. Gestión de competencias frente a gestión tradicional en la administración pública
12. Conclusiones
13. Bibliografía

RESUMEN

Este trabajo se ha concebido como una revisión histórica de los diferentes ámbitos que han contribuido al desarrollo del modelado y la práctica de competencias, una breve revisión de algunos patrones de clasificación, modelos de construcción y la gestión de competencias frente a gestión tradicional en la administración pública.

I. INTRODUCCIÓN

En consonancia con el contexto actual de cambios acelerados y predominantes, la gestión de recursos humanos se ha centrado en desarrollar enfoques capaces de fomentar las contribuciones de las personas a las organizaciones, al mismo tiempo que crean contextos organizativos con el potencial de convertirse en áreas de logro profesional y personal para quienes trabajan en ellas.

Una tendencia que ha adquirido un papel cada vez más prevalente en la configuración de las prácticas de recursos humanos es la gestión basada en competencias (CBM, por sus siglas en inglés). Arraigado en el contexto norteamericano, el movimiento de las competencias se ha establecido en la mayoría de los sectores de actividad económica y en la mayoría de los países occidentales.

La administración pública no ha escapado a esta influencia. De hecho, algunos de los proyectos pioneros de modelado de competencias, llevados a cabo bajo la guía de uno de los iniciadores de este enfoque (McClelland, 1973), tuvieron al Departamento de Estado de los Estados Unidos como contexto privilegiado para identificar perfiles de competencias. Más recientemente, el informe de las Naciones Unidas (*Unlocking the Human Potential for Public Sector Performance World Public Sector Report, 2005*) utiliza el concepto de competencias como uno de los elementos organizativos de la evolución de la gestión de personas en el sector público.

Hoy en día, todas las organizaciones hablan en términos de competencia. Atrás quedaron los días en que las personas solían hablar en términos de conjuntos de habilidades, lo que haría que sus organizaciones fueran competitivas. Ha habido un cambio en la estrategia de las organizaciones. Ahora creen en sobresalir y no solo en competir. Es mejor desarrollar una competencia central que los ayude a superar la crisis, y encontrar otra forma para desarrollar a las capacidades de las personas, pues el recurso humano es el recurso más valioso que tiene cualquier organización. Desde hace más de cuatro décadas, las competencias y los modelos de competencias se han convertido en una parte inseparable de la gestión de Recursos Humanos y han sido ampliamente

utilizados como un medio para aumentar la eficiencia personal y organizacional. Las competencias incluyen la colección de factores de éxito necesarios para lograr resultados importantes en un puesto o rol laboral específico en una organización en particular. La competencia se refiere a la competencia intelectual, gerencial, social y emocional. Las personas son recompensadas por sus competencias (Spencer & Spencer, 1993), que a su vez están influenciadas por algunos antecedentes personales (Bartram, 2005).

Los *Modelos de Competencias* son herramientas de medición efectivas que ayudan a los empleados a acordar un lenguaje común y comprender qué se entiende por desempeño superior. Además, la gestión de recursos humanos basada en competencias es una estrategia central para ayudar a alinear el comportamiento y las habilidades internas con la dirección estratégica de la organización en su conjunto.

Los modelos de competencias traducen las estrategias, metas y valores organizacionales en comportamientos específicos. Hoy en día, las organizaciones se dieron cuenta de que, si se diseña adecuadamente y se maneja hábilmente, el modelo de competencias conduce a mejoras en el desempeño individual y organizacional y, por lo tanto, ayuda a la integración y promoción de todas las prácticas de gestión de recursos humanos. Dado que el interés en medir y predecir el desempeño en el lugar de trabajo ha crecido enormemente, el término "competencia" parece haberse convertido en una parte básica del vocabulario de los profesionales de recursos humanos.

2. DEFINICIONES DE COMPETENCIA LABORAL

El término "competencia" tiene una larga historia, habiendo sido utilizado en varios contextos y con diferentes significados. Como afirmó Zemke (1982), la palabra "competencia" no tiene un significado en sí mismo, depende del sentido dado por quien lo define. En la actualidad, esta afirmación es todavía vigente. Estas diferencias no solo se derivan de divergencias intelectuales sobre el significado de las competencias, sino

también de la influencia de las culturas nacionales en las cuales se utiliza el concepto como una guía en los cambios de prácticas de gestión de recursos humanos.

Por ello, la definición de competencia es una de las tareas más arduas en la investigación empresarial, con poco acuerdo entre los investigadores. Así, por ejemplo, McClelland (1973) presentó datos de que los puntajes tradicionales de rendimiento e inteligencia pueden no ser capaces de predecir el éxito laboral y lo que se requiere es perfilar las competencias exactas requeridas para realizar un trabajo determinado de manera efectiva y medirlas usando una variedad de pruebas. Definió la competencia como *“un rasgo personal o un conjunto de hábitos que conducen a un desempeño laboral más efectivo o de más nivel”*, en otras palabras, una habilidad que agrega un claro valor económico a los esfuerzos de una persona en el trabajo. Por su parte, Klemp (1980) definió la competencia como *“una característica subyacente de una persona que resulta en un desempeño efectivo y/o superior en el trabajo”*, mientras que Boyatzis (1982, 2007) adoptó el término competencia como una *“característica subyacente de un individuo que casualmente (el cambio en una variable causa el cambio en otra) se relaciona con un desempeño superior en un trabajo”*. Identificó que había 19 competencias genéricas que suelen tener los directivos más destacados. Agrupó esas 19 competencias de gestión genéricas en cinco grupos distintos, como gestión de objetivos y acciones, liderazgo, gestión de recursos humanos, dirigir a los subordinados y centrarse en los demás. Otras definiciones como las de Hornby y Thomas (1989), que definen competencia como *“la capacidad de desempeñar con eficacia las funciones asociadas con la gestión en una situación de trabajo*, la de Jacobs (1989), que la define como *“una habilidad o habilidad observable para completar con éxito una tarea gerencial o la de Hogg (1989), que sostiene que las competencias son las características de un gerente que conducen a la demostración de habilidades y destrezas, que resultan en un desempeño efectivo dentro de un área ocupacional, completan las definiciones clásicas de competencia en el trabajo.*

Más recientemente, Cernusca y Dima (2007) abordan el concepto de la competencia se vinculándolo con el desempeño y el desarrollo profesional de uno. Los

autores también analizan algunos modelos de mapeo de competencias y herramientas de evaluación para la gestión del desempeño. Una empresa puede poseer recursos humanos extremadamente capaces, pero es posible que no trabajen en el puesto que más les convenga. Aquí es donde el *mapeo de competencias* y las *herramientas de evaluación* ayudan a los expertos en recursos humanos a elegir quién debe trabajar en qué puesto.

Desde este enfoque, Rothwell et al. (2004) señala que los programas han evolucionado desde un enfoque temprano en las distinciones entre los mejores en su clase (ejemplares) y los que tienen un desempeño completamente exitoso para convertirse en un vínculo entre la estrategia organizacional y el desempeño organizacional e individual. Como indica este autor, el interés por los enfoques basados en competencias está creciendo, los profesionales de capacitación y desarrollo están utilizando modelos de competencia para aclarar las competencias específicas de la organización para mejorar el desempeño humano y unificar las capacidades individuales con las competencias básicas de la organización.

Actualmente, el método de selección basado en competencias se considera un procedimiento de optimización, estructurado y completo con el que los candidatos son evaluados sobre las competencias que necesitan demostrar cuando son admitidos en la organización. A su vez, el sistema de competencia y gestión del desempeño, diagnostica las futuras necesidades de capacitación y desarrollo de los empleados, ayuda a los ejecutivos de recursos humanos a apoyar a los empleados en decisiones como promociones y transferencias (Gaspar, 2012).

Aunque las definiciones del término competencia han aumentado en la última década, hay cierto acuerdo en considerar que las competencias incluyen el conjunto de factores de éxito necesarios para lograr resultados importantes en un puesto o rol laboral específico en una organización en particular. Los factores de éxito son combinaciones de *conocimientos, destrezas y habilidades* (más históricamente llamados KSA; knowledge, skills, and abilities) que se describen en términos de comportamientos específicos y son demostrados por empleados superiores en esos trabajos o roles laborales.

No obstante, y aunque el significado y la definición del término "competencia" aún está sujeto a debate (Shippman et al., 2000), una definición operativa que permita acotar metodologías y procedimientos de evaluación de competencias laborales, es la definición propuesta por Bartram, Robertson y Callinan (2002), que establece que las competencias son conjuntos de comportamientos fundamentales en la entrega de los resultados o resultados deseados en la empresa (p. 7). Las competencias conceptualizadas de esta manera son algo que las personas realmente hacen y se pueden observar (Campbell et al., 1993, p. 40). En definitiva, una competencia es la capacidad de aplicar o usar conocimientos, destrezas, habilidades, comportamientos y características personales para realizar con éxito tareas de trabajo críticas, funciones específicas u operar en un rol o puesto determinado. Las competencias son, pues, características subyacentes de las personas que indican formas de comportarse o de pensar, que se generalizan en una amplia gama de situaciones y perduran durante largos períodos de tiempo.

3. ALGO DE HISTORIA

Esta diversidad de definiciones se vuelve normal si prestamos atención a los diferentes ámbitos que contribuyeron al desarrollo del modelado y la práctica de competencias: diferencias individuales; psicología educativa y métodos de capacitación; investigación sobre liderazgo y la historia de los centros de evaluación; investigación en análisis de puestos; el concepto de múltiples inteligencias; el concepto de "competencia central" de Prahalad y Hamel (1990); la difusión de herramientas de gestión estratégica basadas en la idea de utilizar el propósito organizacional, así como los valores y patrones de comportamiento relacionados como dispositivos orientadores. Al considerar estas siete contribuciones como los elementos fundamentales del movimiento de competencias, presentaremos una breve descripción de cada una.

1-La búsqueda de las características más estables que diferencian a las personas tiene una larga historia, especialmente en la psicología diferencial. A finales del siglo XIX y principios del XX, varios investigadores intentaron

desarrollar técnicas para medir la inteligencia humana, los rasgos y las habilidades psicomotoras. La mayoría de los procedimientos de investigación consistían en inferir variables internas a partir del comportamiento observable. Esta conexión entre competencia (interna) y comportamiento (observable) sigue siendo el núcleo de los programas de modelado de competencias.

2-En el campo de la psicología educativa y la pedagogía, encontramos varios esfuerzos para desarrollar métodos más efectivos para capacitar a las personas con el fin de mejorar el rendimiento. Las contribuciones más influyentes se centraron en definir claramente los objetivos de aprendizaje utilizando comportamientos observables. Aquí, el énfasis está en vincular el rendimiento con comportamientos observables específicos, y no en inferir una característica humana más estable, como la personalidad o la inteligencia.

3-Surgidos de los programas de evaluación militar en las Guerras Mundiales I y II y trasladados al contexto empresarial por AT&T, los centros de evaluación jugaron un papel importante como base para el modelado de competencias. Los procesos de los centros de evaluación consisten en evaluar el rendimiento de los gerentes en varias tareas, utilizando un número limitado de dimensiones (impulso, planificación, creatividad, flexibilidad), que en realidad son etiquetas para agrupar comportamientos considerados relevantes para el desempeño laboral.

4- La investigación sobre el análisis de puestos de trabajo se ha centrado, al menos en parte, en la identificación de los requisitos críticos del trabajo que diferencian a los empleados con alto rendimiento de aquellos con bajo rendimiento. Por ejemplo, Flanagan utilizó la técnica de incidentes críticos para analizar comportamientos y proponer seis dimensiones amplias del desempeño de los oficiales de la Fuerza Aérea. Este tipo de enfoque sigue vigente y ha dado lugar a varios modelos de competencias gerenciales (Boyatzis, 1982).

5- El autor más citado de la noción moderna de competencia es David McClelland (1973), quien escribió un artículo muy influyente (*Testing for Competence Rather for Intelligence*). El argumento de McClelland fue muy provocativo y atractivo: podemos demostrar que las pruebas clásicas de inteligencia no son capaces de predecir resultados importantes en la vida real, por lo que es apropiado considerar la existencia de conceptos más relevantes, como conocimientos, habilidades, capacidades, rasgos o motivos relacionados de manera más directa con el desempeño en contextos laborales reales. Las pruebas de inteligencia deberían ser reemplazadas por "pruebas de competencia".

6- El argumento principal presentado por Prahalad y Hamel (1990) es que la ventaja competitiva sostenida se basa en un número de capacidades nucleares centrales y distintivas, a veces denominadas capacidad de aprendizaje interfuncional o habilidades personales incorporadas. En resumen, si el desarrollo adecuado de las competencias centrales organizativas es la raíz misma de la competitividad, es lógico pensar que a nivel individual el desempeño se basa en competencias. Siendo uno de los artículos más reimpresos en la historia de *Harvard Business Review*, el enfoque atractivo de Prahalad y Hamel desempeñó un papel importante en la difusión de la idea de competencia y su relevancia para el desempeño organizacional. Si las cinco contribuciones mencionadas anteriormente tienen el comportamiento individual y la inferencia subsiguiente a variables internas no observables (personalidad, inteligencia, competencias, valores, etc.) como factor clave, el concepto de competencia central se refiere a un nivel de análisis muy diferente: la organización y su efectividad. Este nivel de análisis es más atractivo para los gerentes en general, no solo para los profesionales de recursos humanos.

7- El último factor clave para la generalización y extensión del concepto de competencia es la tendencia de hacer gestión utilizando el propósito organizacional y los valores centrales como referencia principal para la mayoría de las decisiones. Según el estudio de Collins y Porras (1994), las compañías

visionarias son muy conservadoras en cuanto a propósito y valores centrales, sus dimensiones más relevantes. Al mismo tiempo, estas compañías son extremadamente dinámicas al experimentar y cambiar estrategias a corto plazo, cultura y otras prácticas de gestión con el fin de adaptarse a los cambios del entorno. Las compañías con valores sólidos y capacidades dinámicas claras requieren personas que actúen de manera coherente: se identifiquen con los valores y principios rectores y muestren capacidad para adaptarse a los cambios. ¿Cómo traducir en comportamientos esperados de las personas factores como los valores y la capacidad de adaptación? El concepto de competencia es apropiado porque permite la traducción de los requisitos a nivel organizacional, como metas y valores, en características a nivel individual.

4. COMPONENTES PRINCIPALES DE LAS COMPETENCIAS LABORALES

Hay cinco componentes principales de competencia (Tucker y Cofsky, 1994):

1) Conocimiento: se refiere a la información y el aprendizaje que tiene en una persona, como el conocimiento de la madera que tiene un carpintero, o de los elementos de resistencia estructural que conoce un arquitecto.

2) Habilidad: se refiere a la capacidad de una persona para realizar una determinada tarea, como la habilidad de un electricista para realizar un tendido eléctrico o una reparación compleja.

3) Conceptos y valores propios: se refiere a las actitudes, los valores y la imagen propia de una persona. Un ejemplo es la confianza en sí mismo, la creencia de una persona de que puede tener éxito en una situación determinada, como la confianza en sí mismo de un técnico informático para llevar a cabo una instalación de fibra óptica.

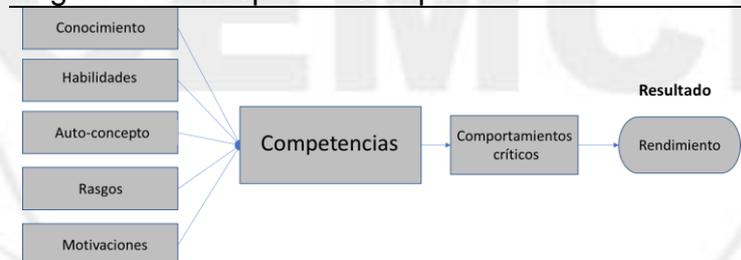
4) Rasgos: Los rasgos se refieren a características físicas y respuestas consistentes a situaciones o información. La fuerza física es un rasgo necesario

para muchos trabajos industriales, al igual que el autocontrol es la capacidad de mantener la calma bajo estrés en determinados trabajos.

5) Motivaciones: Las motivaciones son emociones, deseos, necesidades fisiológicas o impulsos similares que incitan a la acción. Por ejemplo, cirujanos o maestros con una gran orientación interpersonal asumen la responsabilidad personal de trabajar bien con otros miembros del equipo un quirúrgico o docente.

Las motivaciones y los rasgos pueden considerarse precursores de lo que la gente hará en el trabajo sin una estrecha supervisión. Como se muestra en la figura siguiente (figura 1), el resultado de un comportamiento crítico es un mayor rendimiento. El nivel de desempeño (bajo, moderado o alto) está siempre determinada por el nivel de conocimiento, habilidad y actitud.

Figura 1. Concepto de Competencia



5. CLASIFICACIÓN DE COMPETENCIAS

Con el fin de establecer el contexto de las clases de competencias derivadas teóricamente, se realiza una breve revisión sobre algunos patrones de clasificación. En la literatura se presentan diferentes patrones de clasificación de competencias. Con mayor frecuencia, los investigadores definen la categorización según su propia teoría y propósito del estudio.

Katz y Kahn (1986) agruparon las competencias en tres áreas, que posteriormente se ampliaron a las cuatro siguientes:

- a) Técnicas o Funcionales (conocimientos, actitudes, habilidades, etc. asociadas a la tecnología o experiencia funcional requerida para desempeñar el rol).
- b) Gerenciales (conocimientos, actitudes, habilidades, etc. requeridas para planificar, organizar, movilizar y utilizar diversos recursos).
- c) Humanas (conocimientos, actitudes y habilidades requeridas para motivar, utilizar y desarrollar recursos humanos).
- d) Conceptuales (habilidades para visualizar lo invisible, pensar a niveles abstractos y utilizar el pensamiento para planificar el futuro del negocio).

Por su parte, Carrol y McCrackin (1998) organizaron las competencias en tres categorías principales.

- a) Competencias centrales (Hamel y Prahalad, 1994): Una competencia central forma la base para la dirección estratégica; es algo que una empresa hace bien en comparación con otros competidores. Las competencias centrales se refieren a los elementos de comportamiento que son importantes que todos los empleados posean, como, por ejemplo, una competencia central en "*orientación a resultados/calidad*".
- b) Competencias de liderazgo/gerenciales: Esta categoría involucra competencias relacionadas con liderar una organización y personas. Algunos ejemplos incluyen "*liderazgo visionario*", "*pensamiento estratégico*" y "*desarrollo de personas*".
- c) Competencias funcionales: Son habilidades específicas del trabajo requeridas para desempeñar un rol laboral o profesional en particular (Özçelik y Ferman, 2006).

6. MAPEO DE COMPETENCIAS

El 'mapeo de competencias' es un proceso de identificación de competencias clave para una empresa o institución, los trabajos y funciones dentro de ella. El mapeo de competencias se utiliza para identificar atributos clave (conocimiento, habilidades y comportamiento) que se requieren para realizar de manera efectiva la clasificación de puestos o cualquier proceso identificado. El mapeo de competencias analiza el DAFO (Fortalezas, Debilidades, Oportunidades y Amenazas) del individuo para una mejor comprensión y esto ayuda a mejorar el crecimiento de su carrera. Consiste en descomponer un rol o trabajo dado en sus tareas o actividades constitutivas e identificar las competencias (técnicas, gerenciales, de comportamiento, conocimientos conceptuales, actitudes, habilidades, etc.) necesarias para desempeñarlas con éxito.

El mapeo de competencias determina en qué medida un empleado posee las diversas competencias relacionadas con un trabajo. El mapeo de competencias prevé el desarrollo y la sostenibilidad de la competencia, en función de los cambiantes requisitos de la organización. Por lo tanto, el mapeo de competencias es un proceso que utiliza un *experto en recursos humanos* para identificar y describir las competencias que son más cruciales para el éxito en una situación laboral. El mapeo de competencias es uno de los medios más precisos para identificar las competencias laborales y de comportamiento de un individuo en una organización. Las empresas están cambiando enormemente su estrategia de tener empleados con múltiples habilidades con conocimiento de una sola habilidad. El enfoque de competencia se centra en vincular las estrategias de empresa o comerciales con los esfuerzos de desempeño individual. El desarrollo de los empleados se centra en mejorar sus competencias en lugar de prepararlos para cambiar de trabajo. De esta manera, pueden desarrollar capacidades útiles en toda la organización a medida que cambia y evoluciona.

7. MODELO DE COMPETENCIAS

Un modelo de competencias es una lista válida, observable y medible de conocimientos, habilidades y atributos demostrados a través del comportamiento que da como resultado un desempeño sobresaliente en un contexto de trabajo particular. El modelo de competencias es un conjunto de competencias que incluyen los comportamientos clave requeridos para un desempeño excelente en un rol particular (Cernusca y Dima, 2007). Dependiendo del entorno laboral y organizacional, generalmente se requiere un grupo de 7 a 9 competencias totales para un trabajo en particular y se representan en un modelo de competencias (Shippman et al., 2000).

En este sentido, un modelo de competencia define un marco de organización que enumera las competencias requeridas para un desempeño efectivo en un trabajo específico, una familia de trabajos (por ejemplo, un grupo de trabajos relacionados) y una organización. El modelo está organizado en niveles de competencias e incluye descripciones de las actividades y comportamientos asociados a cada competencia. Los modelos de competencias suelen estar muy adaptados a la organización. Como tal, los elementos de un modelo de competencias comunican, en términos claros, las circunstancias y condiciones de desempeño. Las competencias individuales se organizan en modelos de competencia para permitir que las personas de una organización o profesión entiendan, discutan y apliquen las competencias al desempeño de la fuerza laboral.

8. ESTRATEGIAS PARA EL DESARROLLO DE MODELOS DE COMPETENCIAS

Existen tres enfoques para construir modelos de competencias:

- a. **Enfoque de trabajo único:** Los primeros modelos de competencias se desarrollaron para trabajos individuales y son el enfoque más común en la modelización de competencias. El desarrollo de un modelo de competencias para un solo trabajo comienza con la identificación de un trabajo crítico que

la dirección de línea o un profesional de recursos humanos considera que necesita ocupantes mejor seleccionados o desarrollados. La recopilación de datos generalmente incluye un panel de recursos o grupo de enfoque de los ocupantes del trabajo y/o sus gerentes, así como entrevistas con los ocupantes del trabajo. La fase de recolección de datos también puede incluir entrevistas con clientes y subordinados directos, encuestas a otros ocupantes del trabajo y observación directa de los ocupantes del trabajo en su labor. Una vez completado esto, el siguiente paso es analizar los datos para destilarlos en un modelo de competencias que típicamente incluye de 10 a 20 rasgos o habilidades, cada uno con una definición y una lista de comportamientos específicos que describen lo que hacen los ejecutantes eficaces y cómo lograr resultados efectivos.

- b. **Enfoque de modelo uniforme:** Los profesionales de recursos humanos que buscan un impacto amplio, rápido y consistente para la tecnología de competencias a menudo adoptan un modelo de competencias de uniforme, definiendo un conjunto de competencias para un amplio rango de trabajos (por ejemplo, todos los trabajos de gestión). El primer paso es identificar la población a la cual se aplicará el modelo, como todos los gerentes. En lugar de recopilar datos, un equipo encargado de desarrollar el modelo de competencias selecciona generalmente conceptos de modelos de competencias individuales disponibles y de libros y artículos sobre liderazgo, negocios, desarrollo organizacional y desarrollo de recursos humanos.
- c. **Enfoque de múltiples trabajos:** Este método crea múltiples modelos según los trabajos y niveles. Se utiliza este método cuando todos los trabajos no tienen nada en común. Para avanzar en la creación de modelos que sean útiles, la organización debe ser más específica sobre los posibles usos del modelo. El momento es propicio para un enfoque de múltiples trabajos en la construcción de modelos de competencias. Se requiere de dicho enfoque y asume, por ejemplo, que una organización necesita modelos de competencias

para 25 trabajos profesionales y gerenciales, así como programas y herramientas consistentes para la gestión del desempeño, el desarrollo profesional y la selección para estos trabajos, basados en los modelos de competencias.

Los tres enfoques descritos probablemente se utilicen cada vez más, ya que todos ofrecen formas de unificar e integrar una variedad de programas de recursos humanos. El modelo de competencias para un solo trabajo proporciona una manera de mejorar el desarrollo y la selección para un trabajo considerado crucial para el éxito de la organización. El enfoque de modelo uniforme para construir modelos de competencias tiene la ventaja de proporcionar un marco simple y unificador de todos los programas de recursos humanos para un mismo conjunto de trabajos, como los gerenciales. Este enfoque es más difícil de implementar, ya que generalmente requiere la aprobación de la alta dirección y también puede requerir el acuerdo de varios grupos de recursos humanos independientes. Por lo tanto, implementar este enfoque requiere de un liderazgo efectivo de los servicios de recursos humanos. El enfoque de múltiples trabajos para el desarrollo de competencias ofrece las ventajas duales de un marco conceptual común y la personalización para trabajos individuales. Este es el único enfoque que facilita la comparación de modelos de competencias entre sí y la comparación de perfiles de empleados con múltiples trabajos. El enfoque de múltiples trabajos es más rentable que el enfoque de un solo trabajo, si se necesitan muchos modelos de competencias, pero es el enfoque más difícil de implementar de los tres enfoques.

9. RELACIÓN DE LOS MODELOS DE COMPETENCIAS CON LOS OBJETIVOS Y METAS ORGANIZACIONALES

Por lo general, las competencias deben estar vinculadas a los objetivos y estrategias comerciales (por ejemplo, Champion et al., 2011; Martone, 2003). La vinculación de los modelos de competencias con los objetivos empresariales es crucial para el interés y compromiso de la alta dirección. Además, las relaciones empresariales

distinguen los modelos de competencias del análisis de puestos, que generalmente no llega a traducir cómo las competencias influyen directamente en los objetivos organizacionales.

Para asegurarse de que se cumplan las mejores prácticas, el desarrollo del modelo de competencias generalmente comienza con una definición de los objetivos y metas organizacionales. Con base en el marco orientador, se identifican las competencias críticas para alcanzar esos objetivos y metas (figura 2).



A veces, las competencias son traducciones directas de los objetivos organizacionales. Otras veces, las competencias pueden estar un paso atrás en la cadena de esfuerzos requeridos para los objetivos organizacionales, como la identificación de nuevos productos innovadores. Cabe destacar que esta mejor práctica no excluye la inclusión de algunas competencias relacionadas con los requisitos fundamentales de las organizaciones que no están necesariamente vinculadas a objetivos organizacionales específicos, como la producción de productos o servicios de alta calidad. Las competencias de esta naturaleza son más comunes en trabajos de nivel inferior, mientras que las competencias más claramente relacionadas con los objetivos organizacionales son más evidentes en trabajos de gestión y ejecutivos.

10. COMPETENCIAS EN EL SECTOR PÚBLICO

Las competencias se han utilizado principalmente en relación con el sector empresarial privado. Las funciones de gestión pueden ser similares o genéricas en el sector privado y público, pero las condiciones en estos dos sectores son muy diferentes. Noordegraaf et al., (2000) identificó el contexto en el cual los líderes del sector público utilizan categorías del marco y determinan las diversidades en competencias. En su estudio, las competencias gerenciales se derivaron de observaciones de 12 administradores públicos. El autor destaca tres grupos de competencias de los gerentes públicos: competencias interpretativas, competencias institucionales y competencias textuales. La especificidad del líder competente del sector público radica en su capacidad para operar con éxito en un entorno que es inestable debido a la situación política.

Para responder a la pregunta *¿qué competencias necesitan los gerentes públicos para poder operar de manera eficiente, efectiva y competente?* Virtanen (2000) identifica cinco ámbitos de competencia para los gerentes públicos, a saber, a) competencia en la tarea, b) competencia profesional en el área temática que le corresponda, c) competencia profesional en administración, d) competencia política y competencia ética. La mayoría de estas competencias son las mismas que un gerente en el sector privado debe tener para hacer frente a los negocios diarios. La diferencia radica en que, en el sector privado, la agenda del gerente la establece el mercado y la junta directiva, mientras que, en el sector público, son los políticos y el público quienes establecen la agenda para el gerente. En cualquier caso, la gestión pública y la gestión del sector privado se están volviendo cada vez más similares. El marco de competencias en el sector privado brinda muchas ventajas para la gestión de recursos humanos, los gerentes, la organización y los empleados, especialmente como: una herramienta que establece la conexión entre la contratación, la evaluación y el desarrollo; una herramienta que proporciona las expectativas claras de la organización para los empleados; una herramienta que garantiza la comunicación única; una herramienta de

alta profesionalidad en la gestión de recursos humanos. Estas son las razones por las que también debería utilizarse en el sector público.

11. GESTIÓN DE COMPETENCIAS FRENTE A GESTIÓN TRADICIONAL EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El concepto de gestión de competencias ha generado varias críticas. Quizás la más común es argumentar que en realidad no cambia nada en las prácticas de gestión de recursos humanos, excepto la terminología que utilizamos. Lawler (1994) intentó diferenciar entre el enfoque de competencias y el "enfoque más tradicional". En relación a este tema, señaló que en lugar de pensar en las personas como teniendo un trabajo con un conjunto específico de actividades que pueden ser capturadas en una descripción de trabajo relativamente permanente y fija, puede ser más apropiado y efectivo pensar en ellas como recursos humanos que trabajan para una organización. Las organizaciones basadas en competencias son sistemas organizativos en los cuales las capacidades de los individuos son el enfoque principal y que los gestionan de manera que proporciona ventaja competitiva. Según Lawler (1994), la diferencia radica en el énfasis en las características de las personas y en el rendimiento organizativo en lugar de los trabajos fijos. Un mundo en constante cambio requiere flexibilidad y autonomía, y las prácticas de recursos humanos basadas en trabajos no brindan una respuesta adecuada.

Por su parte, Hondeghem y Vandermeulen (2000) muestran cuán sutiles y, al mismo tiempo, profundas pueden ser las diferencias entre los enfoques basados en competencias y los enfoques tradicionales (tabla 1), en lo que respecta a la descripción del trabajo, la selección, el desarrollo, la evaluación y las recompensas. La gestión basada en competencias solo ocurre si las prácticas de recursos humanos cambian en consecuencia.

Tabla 1. Contraste entre el enfoque funcional y de competencias en gestión de recursos humanos (Hondegheem y Vandermeulen (2000))	
Aproximación Funcional	Aproximación Competencial
Descripción del trabajo	Perfil de competencias
Agrupación de tareas centrales y requisitos funcionales (conocimientos, habilidades, responsabilidad)	¿Qué se hace, por qué y cómo? Agrupación de tareas centrales y requisitos de competencias (conocimientos, habilidades, personalidad, actitud, valores y normas, incentivos)
Selección: "¿Cómo es la persona"?	Selección: "¿Cómo funciona la persona?"
Selección para lograr una adaptación entre la función y el individuo Selección para cubrir una vacante Criterios de selección basados en la función actual Criterios de selección centrados en conocimientos, personalidad y actitud	Selección para lograr una adaptación entre el individuo y la organización Selección con miras al crecimiento y desarrollo de una organización a largo plazo Criterios de selección basados en el futuro Criterios de selección: además de conocimientos, personalidad y actitud, también habilidades, valores, comportamiento
Desarrollo	Desarrollo
Desarrollo de conocimientos Orientado a promoción jerárquica Con el objetivo de mejorar habilidades laborales	Desarrollo de conocimiento, capacidad, disponibilidad para aprender Orientado a la movilidad horizontal Orientado al máximo aprovechamiento del potencial humano Con el objetivo de desarrollar habilidades, actitudes y comportamiento
Evaluación	Evaluación
Enfoque en la función del trabajo Enfoque en la dedicación	Enfoque en el funcionamiento en el trabajo, rendimiento, resultados y potencial Enfoque en el comportamiento
Recompensa	Recompensa
Pago de acuerdo al trabajo El peso relativo de la función determina el salario Enfoque en responsabilidad, conocimiento, edad y antigüedad	Pago de acuerdo al trabajo Las competencias requeridas para una organización determinan el salario Enfoque en los resultados

El cambio parece ser el factor más relevante que determina la necesidad de implementar programas de gestión por competencias (Competence-based management; CBM). Por ejemplo, Lawler (1994) se refiere a cuatro fuerzas que conducen a la gestión de competencias: el cambio de la producción en masa a una economía centrada en el

servicio, el conocimiento y el consumidor; la globalización y su impacto en el aumento de la competencia; la necesidad de reaccionar a los cambios rápidos que ocurren en el entorno de la organización; las estructuras organizativas planas cada vez más prevalentes, más receptivas, pero menos parecidas a una clara escala profesional. Siguiendo el pensamiento de Lawler (1994), si podemos decir que estos factores están presentes en las administraciones públicas, se convierten en un contexto claro para el surgimiento de la gestión por competencias. En el mismo sentido, se ha sugerido que una razón principal para introducir la gestión por competencias en las administraciones públicas puede ser una palanca eficaz para que las administraciones públicas cambien, es decir, de la burocracia a organizaciones más flexibles, eficientes y dinámicas. La gestión de competencias hace que el individuo sea más visible y enfatiza el papel de las personas en el logro de los objetivos de una organización. Por lo tanto, *la gestión de competencias puede ser una herramienta eficaz para cambiar una cultura burocrática a una más personalizada.*

Por otro lado, se ha señalado también que la gestión por competencias refleja un cambio tanto en el enfoque funcional como en el significado de la gestión del rendimiento. Si la gestión del rendimiento se enfoca en resultados y productos, la gestión de competencias se centra en los *inputs*, en lo que las personas son capaces de aportar al trabajo. En las organizaciones públicas, a menudo es difícil medir los resultados, por lo que la gestión por competencias puede ser un enfoque apropiado para la gestión del rendimiento (Hondegheem y Vandermeulen, 2000).

No obstante, la introducción de gestión por competencias implica un cambio en la forma en que el departamento de recursos humanos desempeña su papel. Las funciones de recursos humanos en las organizaciones pueden desempeñar 4 roles:

- a. El socio estratégico: Contribuye de manera activa a la definición de las estrategias más globales de los servicios a los que pertenecen. Desarrolla procesos y programas de recursos humanos que pueden conectar estas estrategias con la gestión de personas.

- b. El experto administrativo: Contribuye al diseño e implementación de procesos administrativos en la gestión de personas. Se encarga del procesamiento de documentos y del cumplimiento de los requisitos legales de manera efectiva.
- c. El mediador de los empleados: Contribuye al diseño e implementación de programas destinados a motivar a los empleados, conocer sus necesidades y buscar conciliar sus intereses con los de las organizaciones.
- d. El agente de cambio: Contribuye a crear una cultura flexible y adaptativa, aumentando la capacidad de cambio de las organizaciones a las que pertenecen.

Esto significa que, para cambiar con éxito los recursos humanos en sus organizaciones, los profesionales de recursos humanos en las administraciones públicas deben cambiar su propio modelo de competencias. Por ejemplo, en los Estados Unidos, la *National Academy of Public Administration* (1996) desarrolló un marco de competencias que incluye cinco competencias clave: apoyar la estrategia organizacional, utilizar herramientas de recursos humanos, resolver conflictos, apoyar el cambio organizacional y generar confianza. Los gobiernos deberán invertir en la capacitación de sus propios profesionales de gestión de recursos humanos y los gerentes deberán tomar en serio a los especialistas en gestión de recursos humanos si desean gestionar eficazmente a su personal.

En cualquier caso, muestra el importante papel desempeñado por la competencia en el marco propuesto para el desarrollo de la gestión de recursos humanos en las administraciones públicas. En este sentido, conviene distinguir tres modelos más amplios de administración y gestión pública que parecen enmarcar los cambios contemporáneos en la gestión de recursos humanos. Los modelos son de alguna manera cronológicos (la gobernanza receptiva es más un conjunto emergente de tendencias), pero en la práctica se superponen en diferentes países como resultado de la influencia de factores geopolíticos, sociales y económicos (tabla 2).

Tabla 2. Tres modelos de administración pública (UN Report, 2005)			
	Administración pública	Gestión Pública	Gobernanza receptiva
Relación ciudadano-estado	Obediencia	Derecho	Empoderamiento
Rendición de cuentas de los funcionarios de alto rango	Políticos	Clientes	Ciudadanos y partes interesadas
Principios rectores	Cumplimiento de las reglas y reglamentos	Eficiencia y resultados	Rendición de cuentas, transparencia y participación
Criterios de éxito	Producción	Resultado	Proceso
Atributo clave	Imparcialidad	Profesionalismo	Capacidad de respuesta

12. CONCLUSIONES

En resumen, si consideramos los factores contextuales que determinan el surgimiento de la gestión por competencias, todos ellos conducen a un cambio del enfoque del puesto de trabajo hacia la persona, quien debe trabajar de acuerdo con los valores y objetivos organizacionales, teniendo en cuenta el poder comunicativo de la palabra "competencia" y el probable movimiento hacia un modelo más receptivo en las Administraciones Públicas, se puede concluir que la gestión por competencias tiene un campo propio de desarrollo en las administraciones públicas. En este contexto, la gestión por competencias puede desempeñar un papel importante al proporcionar a las organizaciones públicas un conjunto básico de competencias que les permitan desempeñar un papel más eficaz en la sociedad. Después de todo, una de las contribuciones más reconocidas al movimiento de competencia tuvo lugar en un contexto público (McClelland, 1973)

REFERENCIAS

- BARTRAM, D. "The great eight competencies: A criterion-centric approach to validation". *Journal of Applied Psychology*, 90. 2005. pp. 1185–1203.
- BOYATZIS, R. "The competent manager: A model for effective performance"
New York: Wiley. 1982
- BOYATZIS, R. (2007). "Competencies in the 21st century". *Journal of Management Development*, 27(1). 2007. pp. 5-12.
- CAMPBELL, J. P., MCCLOY, R. A., OPPLER, S. H., & SAGER, C. E. (1993). "A theory of performance". In N. Schmitt & W. C. Borman (Eds.), *Personnel selection in organizations* 1993. San Francisco: Jossey-Bass. pp. 35–70.
- CAMPION, M.A., FINK, A.A., RUGGEBERG, B.J., CARR, L., PHILLIPS, G.M., & ODMAN, R.B. "Doing competencies well: best practices in competency modeling". *Personnel Psychology*, 64. 2011. pp. 225-262.
- CARROLL, A. & MCCRACKIN, J. "The Competent Use of Competency Based Strategies for Selecting and Development". *Performance Improvement Quarterly*, 11 (3), 1998. pp. 45-63. En: <http://dx.doi.org/10.1111/j.1937-8327.1998.tb00099.x>
- CERNUSCA, L and DIMA, C., "Competency and Human Resource Management". *International journal of psychology*, Vol.II. 2007.
- COLLINS, J. and PORRAS, J. "Built to last: Successful habits of visionary companies". New York: Harper Business. 1994
- GASPAR ROBERT. "A Study on the Perception of Human Resource Executives on Competency Mapping for the Superior Results". *International Journal of Social Science Tomorrow*, 1(8). 2012.

HAMEL, G., & PRAHALAD, C.K. “Competing for the future”. Boston: Harvard Business School Press, 1994

HOGG B. “Realizing the Potential of Your Employees through Assessment and Development”. London: Tata- McGraw-Hill Training Series, 1989

HONDEGHEM, A. and VANDEMEULEN, F. “Competency management in the Flemish and Dutch civil service”. *The International Journal of Public Sector Management*, 13, 4. 2000. pp. 342-353.

HORNBY D. and THOMAS R. “Toward a Better Standard of Management”. *Personnel Management*, 21 (1). 1989. pp.52-55.

KATZ DANIEL and KAHN ROBERT. *The Social Psychology of Organizations*. New York: John Wiley & Sons, 1996.

KLEMP, G.O. *The assessment of occupational competence*. Washington, D.C.: Report of the National Institute of Education, 1980.

LAWLER E. “From job-based to competency-based organizations”. *Journal of Organizational Behavior*, 15, 1994. pp. 3–15.

MARTONE D. “A guide to developing a competency-based performance-management system”. *Employment Relations Today*, 30, 2003. pp. 23–32.

MCCELLAND, D. “Testing for competence rather than for ‘intelligence’”. *American Psychologist*, 28, 1973. pp. 1-14.

Competency models for human resources professionals. Washington DC: National Academy of Public Administration, 1996.

NOORDEGRAAF, M. and STEWART, R. “Managerial Behaviour Research in Private and Public Sectors: Distinctiveness, Disputes and Directions”. *Journal of Management Studies*, 37, 2000. pp. 427-443. En: <https://doi.org/10.1111/1467-6486.00187>

ÖZÇELİK, GAYE & FERMAN, MURAT. “Competency Approach to Human Resources Management: Outcomes and Contributions in a Turkish Cultural Context”. *Human Resource Development Review*. 5, 2006. pp. 72-91.

PRAHALAD, C. and HAMEL, G. “The core competence of the corporation”. *Harvard Business Review*, 1990. pp. 79-91.

ROTHWELL, W., BERNTHAL, PAUL R., COLTERYAHN, KAREN, DAVIS, PATTY, NAUGHTON, JENNIFER, & WELLINS, RICH. “ASTD Competency study: Mapping the future”. Virginia: ASTD Press, 2004

SCHIPPMANN J.S., ASH R.A., BATTISTA M., CARR L., EYDE L.D., HESKETH B., KEHOE, J. PEARLMAN, K. & SANCHEZ I. “The practice of competency modeling”. *Personnel psychology*, 53, 2000. pp. 703–740.

SCHIPPMANN J.S., ASH R.A., BATTISTA M., CARR L., EYDE L.D., HESKETH B., KEHOE, J. PEARLMAN, K. & SANCHEZ I. “The practice of competency modeling”. *Personnel psychology*, 53, 2000. pp. 703–740.

SPENCER L. & SPENCER S. *Competence at Work: Model for Superior Performance*. New York : John Wiley & Sons, 1993

TUCKER, S., & COFSKY K. “Competency-Based Pay on a Banding Platform”. *ACA Journal*, 3 (1), 1994.

UNITED NATIONS. *Unlocking the Human Potential for Public Sector Performance. World Public Sector Report*, 2005

VIRTANEN, T. (2000). “Changing competences of public managers: Tensions in commitment”. *The International Journal of Public Sector Management*, 13, 4, 2000.

ZEMKE, R. (1982). "Job competencies: Can they help you design better training?". *Training*, 19, 1982. pp. 28-31.



EL RECONOCIMIENTO EXTRAJUDICIAL DE CRÉDITOS

Lourdes PASTOR PÉREZ

Jefa de Negociado de Inversiones. Ayuntamiento de Vélez-Málaga

Trabajo de evaluación presentado para obtener el Diploma de especialización en presupuestos y contabilidad local (CEMCI)

SUMARIO:

1. Introducción.
2. ¿Cuándo aparece?
3. ¿Cabe un supuesto de reconocimiento en ejercicio en curso o solo en ejercicios cerrados?
4. El crédito presupuestario: ¿Se puede convalidar la falta de crédito?, ¿el reconocimiento extrajudicial convalida?
5. ¿Cuál es el órgano competente para aprobar el reconocimiento extrajudicial?
6. ¿Deriva un ADO del reconocimiento extrajudicial de créditos?
7. ¿Se debe fiscalizar un expediente de reconocimiento extrajudicial?
8. El enriquecimiento injusto en el reconocimiento extrajudicial.
9. Precio frente a indemnización
- 10.- Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

Son múltiples los autores que se han aventurado a la definición con más o menos precisión. Basta con decir que es un procedimiento administrativo con derivaciones presupuestarias, por el cual se reconoce un crédito a favor de un tercero. Pero para que utilicemos este procedimiento, debe cumplirse un requisito; que cuando vayamos a contabilizar el gasto no exista dotación presupuestaria. También puede ocurrir que el gasto no tuviera crédito ya en su origen, aunque lo detectemos con la llegada de la factura. En ese caso, además de la falta de crédito observaremos una falta de procedimiento.

El “reconocimiento” al que se refiere la figura, no es el reconocimiento de la obligación como fase contable, a pesar de que el art. 60 del RD 500/1990, de 20 de abril, regule la figura del reconocimiento extrajudicial en el mismo artículo que la fase contable del reconocimiento en la obligación. O que la expresión “créditos” no se refiere a créditos presupuestarios, sino a los créditos patrimoniales del tercero frente a la administración. Y por supuesto, que la expresión “extrajudicial” hace referencia a la evitación de la carga judicial que supondría para el ayuntamiento el impago de unas facturas a las que el tercero de buena fe, tiene derecho por haber realizado la prestación.

Resulta interesante, la presentación de la figura que hace la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid en su Informe de Fiscalización de los expedientes de reconocimientos extrajudiciales de crédito aprobados por las entidades locales en el ejercicio 2018 de 20 de octubre de 2020: *“La figura del reconocimiento extrajudicial de créditos constituye una excepción al principio presupuestario clásico de especialidad temporal y responde a dos principios tradicionales en nuestro derecho, cuales son el de que nadie puede obtener un enriquecimiento injusto y el de que nadie puede beneficiarse de sus propios actos ilícitos. El procedimiento del reconocimiento extrajudicial de crédito surge para dar respuesta a aquellas obligaciones que nacen al margen de los límites presupuestarios. Es decir los gastos extrajudiciales se realizan al margen de la gestión del presupuesto aprobado en la entidad local ya que no respetan ni la especificidad de los créditos, ni el principio de temporalidad anual”*.

2. ¿CUÁNDO APARECE?

Aparece cuando nacen obligaciones fuera de los límites presupuestarios. Dejemos al margen por ahora, el hecho de que además, haya un vicio procedimental administrativo que le acompañe. Ese vicio tendrá su propia cascada de consecuencias, en concreto la revisión de oficio. La figura hay que situarla, exclusivamente, en el ámbito del déficit presupuestario. Algo evidente si pensamos que la escasa regulación que la contempla reside en el RD 500/90, por el que se desarrolla la ley de haciendas locales, en materia de presupuesto.

Hay que empezar por zanjar de inmediato las dudas derivadas de la consideración que refleja el art. 26.2.b) del RD 500/90 relativas a la adquisición indebida o debida de los gastos. Pues si el gasto que ahora no tiene crédito, fue debidamente adquirido se imputará al presupuesto directamente y sin más trámites que los habituales. Suele pasar en el tracto sucesivo, y las facturas del mes de diciembre. Pero si el gasto fue debidamente adquirido, dará igual el mes, e incluso el ejercicio del cual provengan.

3. ¿CABE UN SUPUESTO DE RECONOCIMIENTO EN EJERCICIO EN CURSO O SOLO EN EJERCICIOS CERRADOS?

El Insistimos en que cabe un supuesto de reconocimiento extrajudicial cuando el gasto que se pretende contabilizar, no tiene crédito. Y el hecho de tener o no tener crédito lo analizamos desde la triple perspectiva, cualitativa, cuantitativa y temporal.

La deficiencia temporal es ciertamente la más habitual, pero el art. 60.2 RD 500/90 no encierra ninguna referencia a la temporalidad. Es el art. 26.2 RD 500/90 el que afirma que imputar al ejercicio corriente, gastos asumidos sin crédito procedentes de ejercicios anteriores, es una excepción a la anualidad. Y es la interpretación conjunta de los dos preceptos la que ha llevado a concluir que solo caben supuestos de ejercicios cerrados. Sin embargo, insisto en que lo que dice el art. 26.2, solamente es que los gastos aprobados por el Pleno a través del trámite del reconocimiento extrajudicial por no tener crédito, y que además sean de años anteriores, pueden imputarse al ejercicio corriente. No tiene que decirse, por evidente, que los gastos aprobados en virtud del art. 60.2, por no tener crédito, y que sean de ejercicio corriente, también se pueden imputar al presupuesto corriente, eso escapa del ámbito del art. 26.2 RD 500/90.

Especialidad cualitativa

Son supuestos en los que no hay crédito específico para el gasto, pero sí se dan las otras dos dimensiones de la existencia de crédito adecuado y suficiente. Habrá crédito a nivel de bolsa de vinculación y habrá correspondencia con la anualidad.

Luego en este caso, la deficiencia no es que no haya crédito en el momento de adquirir el gasto, que sí lo había, y lo hay ahora a nivel de bolsa de vinculación jurídica. Sino que no se había demostrado en el expediente que lo hubiere. Siendo por lo tanto un supuesto fácilmente subsanable, añadiendo el documento contable antes de reconocer la obligación, y evitando el reconocimiento extrajudicial.

Así lo afirma el conocido Informe 2/2012 de la Interventora General de las Islas Baleares.

“El presupuesto de hecho del que parte el artículo 32 c del TRLCSP para que se produzca la consecuencia jurídica de nulidad plena del contrato es la falta de crédito adecuado y suficiente en los presupuestos aprobados por el Parlamento, no la falta de acreditación”.

Destacan también en este argumento la más reciente doctrina del Consejo Consultivo de la Generalitat de Cataluña, dictamen 243/2016, entre otros:

“Por lo tanto, se considera que la falta de documentación sobre la existencia de crédito y aprobación del gasto no es susceptible de erigirse en la causa autónoma de nulidad prevista en el artículo 32.c) de la LCSP, sino que es un dato que se enmarca dentro de la falta total y absoluta de procedimiento que ha rodeado todas las actuaciones y, en consecuencia, debe reconducirse a los elementos determinantes de la causa de nulidad prevista por el artículo 62.1 e) de la LRJPAC.”

Especialidad cuantitativa

Ni lo hay ni lo podía haber habido si el gasto se hubiera tramitado debidamente a nivel procedimental. Es un gasto viciado de nulidad. Pero esta deficiencia, deberá ser corregida antes o después mediante la técnica presupuestaria oportuna, para permitir el pago al tercero. La naturaleza del “quantum” que finalmente se termine pagando al tercero, queda al margen de la figura del reconocimiento extrajudicial.

Un ejemplo posible de este supuesto, lo constituyen los gastos asumidos en el ejercicio corriente en el ámbito de competencias impropias, sin tramitar el oportuno

expediente regulado en el art. 7.4 LRBRL. Cumplirá el requisito de la anualidad, pero será imposible que cumpla el de la especialidad cualitativa, ni tan siquiera en vinculación jurídica, y en consecuencia, el de la cuantitativa.

Especialidad temporal

La más común de las causas. Desde luego, por mucho que haya crédito a nivel cualitativo y cuantitativo, si no lo hay en el plano temporal y además, no fue debidamente adquirido, es imposible que sea tratado como una deficiencia subsanable del expediente. Debe ser el Pleno el que apruebe el gasto. Y ello porque es ese el órgano que aprueba el presupuesto y consagra en el mismo el principio de anualidad, tal cual se define en el art. 162 TRLRHL.

La aprobación de los presupuestos implica de partida la autorización legal a los órganos competentes de gastar, en ese año, para esos fines, y por esas cantidades limitativas. Si se quiere romper alguno de esos límites del presupuesto, habrá de ser el mismo órgano el que los autorice, desde un punto de vista de autorización legal primero, y veremos si también desde un punto de vista de autorización presupuestaria después.

Parte de la doctrina detecta diferencias cuando el gasto acometido sin crédito es de ejercicios cerrados o de corriente, a efectos de hacer posible su convalidación. Siendo factible la misma si se trata de gastos de ejercicio corriente; y no siéndolo si se rompe la anualidad. Lo que es tanto como decir que solo existe el reconocimiento extrajudicial de ejercicios cerrados, y que toda falta de crédito a nivel cualitativo y cuantitativo es subsanable, y que no lo es la falta de crédito a nivel temporal.

4. EL CRÉDITO PRESUPUESTARIO: ¿SE PUEDE CONVALIDAR LA FALTA DE CRÉDITO?, ¿EL RECONOCIMIENTO EXTRAJUDICIAL CONVALIDA?

Una pregunta sencilla bien debiera tener una respuesta sencilla. Pero aquí reside uno de los nudos gordianos de la cuestión, que enlaza con otro punto crítico, relativo a la posibilidad de convalidar la falta de crédito. Lo lógico es pensar que un gasto tiene

que tener crédito en el momento de iniciarse, esto es, de asumirse con la fase A. De hecho, la cuestión no admite discusión en el ámbito de la contratación, con lo mencionado en el art. 116.4 LCSP *“asimismo deberá incorporarse el certificado de existencia de crédito”*, al respecto de la composición mínima de los expedientes, e incluso el art. 118 lo dice para los contratos menores, junto con la interpretación que del procedimiento de contratación menor hace la OIRESCON (Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación) en su instrucción 1/2019, de 28 de febrero, sobre contratos menores, regulados en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre.

Pero no es menos cierto que lo anterior, que al margen del trámite procedimental, cuando un gasto tiene que tener crédito, es en el momento en que la obligación es exigible por un tercero, por haber realizado una prestación que exige contraprestación. Una cosa es la fuente de la obligación, que nacerá siempre que haya un acto administrativo, aunque esté viciado de nulidad radical, y otra cosa es la fuente jurídica del gasto público, que la situaremos en el momento de reconocer la obligación. Luego cabe plantearse si hasta el momento de llegar a la fase O, cuando la obligación todavía no es exigible para la hacienda local, puede ser subsanado el vicio de la falta de crédito; es decir y dicho claramente, si hacer una modificación previa a la fase O, subsana el vicio y convalida la deficiencia; rompiendo en tal supuesto, la teoría de la nulidad radical de los actos nulos, su carácter insubsanable o su falta de efectos.

Así lo afirman autores, como REBOLLO PUIG, M. *“no nos queda sino admitir «que el régimen de la nulidad no es del todo homogéneo, que sus consecuencias no se producen siempre en bloque y con la máxima intensidad que reclamaba la teoría clásica al asimilarla a la inexistencia ni con la mínima que llega casi a identificarla con la anulabilidad, sino que se pueden moldear según la concreta ilegalidad en que incurra el acto nulo, los intereses en juego y la confrontación con otras reglas y principios»”*

Y BELADÍEZ ROJO, M.: *«para determinar si procede o no esta técnica de convalidación lo que hay que tener en cuenta es si el defecto puede ser corregido, siendo irrelevante la calificación jurídica que se otorgue a la invalidez del acto».*

Pensemos también que, de manera marginal, la omisión de la función interventora que verdaderamente es tipificada como infracción muy grave por el art. 28.d) de la Ley 19/2013, de Transparencia y Buen Gobierno, es la omisión del trámite de intervención previa de los gastos (fase O), y no el trámite de omisión de fiscalización previa (fases AD). Luego cabría plantearse si realmente se puede graduar la gravedad del vicio de la falta de crédito.

Pero sea como fuere, y al margen de la discusión doctrinal, es innegable que la dotación presupuestaria a posteriori produce algún efecto en el vicio de nulidad y de paso en la obligación de revisar de oficio un acto viciado, pues carece de sentido iniciar una revisión de oficio por falta de crédito, cuando ya sí lo tiene.

Así lo deja indicado CARRETERO ESPINOSA DE LOS MONTEROS, C. *“Y es que si el acto administrativo incurso en causa de nulidad por falta de consignación presupuestaria consigue dotarse de la misma por actuación de los mecanismos de derecho presupuestario, es claro ya no va a ser razonable ni posible iniciar el procedimiento de revisión de oficio, por expreso mandato del legislador, que expresamente excluye la posibilidad de su inicio «cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes», según el art. 110 de la nueva LPC. Iniciar un procedimiento de revisión de oficio respecto de una actuación por falta de consignación presupuestaria cuando ya cuenta con ella por obra del procedimiento presupuestario de reconocimiento extrajudicial, afecta directamente al derecho de los particulares y resulta claramente contrario a la equidad, con lo que en ningún caso procedería su inicio.”*

Lo que ahora cabe plantearse es si el efecto que produce la dotación de crédito a posteriori en la revisión, hay que extenderlo también al reconocimiento extrajudicial de créditos.

Y la respuesta ha de ser forzosamente negativa. Pues la revisión de oficio y el reconocimiento extrajudicial, ni tienen la misma causa, ni el mismo procedimiento, ni la

misma intención final. Si bien ambos casos son y deben ser considerados como excepcionales, el nivel de la excepcionalidad de la revisión está dotado de una mayor intensidad que el nivel de la excepcionalidad del extrajudicial. Y ello por múltiples fundamentos, principalmente el principio de seguridad jurídica, la confianza legítima y los derechos que el tercero de buena fe ha generado y que no tienen por qué dilatarse provocando un empobrecimiento injusto. Podemos concluir que el reconocimiento extrajudicial, aun siendo un procedimiento excepcional, debe ser menos excepcional que la revisión de oficio.

El Consejo Consultivo de las Islas Baleares ha insistido en esta línea a partir de su Dictamen 57/2014, de 21 de mayo, considerando la revisión de oficio como un procedimiento extraordinario y restrictivo, mientras que el extrajudicial lo configura como una cuestión de legalidad ordinaria: *“Es decir, el órgano consultante ha convertido en ordinario y ha normalizado un supuesto que debiera ser excepcional, de manera que el Consejo Consultivo no puede admitir que se revisen actos nulos de pleno derecho con carácter general. La utilización de la revisión de oficio para dar cobertura formal a la contratación nula constituye una vía claramente in idónea, toda vez que se utiliza un procedimiento extraordinario y restrictivo para una cuestión de legalidad ordinaria que puede hallar solución con el mero reconocimiento de deuda, a través del procedimiento del enriquecimiento injusto. En este punto debemos remitirnos a la reflexión contenida en nuestro anterior dictamen 93/2012 donde se analizaban además otras vías legalmente adecuadas para resolver este tipo de supuestos.”*

La respuesta, como digo, parece sencilla, pues todos sabemos que la falta de crédito presupuestario es un vicio de nulidad, y ni los vicios de nulidad se pueden subsanar; ni los actos que los padecen se pueden convalidar. Pero conforme nos adentramos en la cuestión, el problema se vuelve complejo.

Hemos de saber, que el enfoque que se hace, por parte de la doctrina y de los órganos consultivos del vicio de la falta de crédito, es de una relativa nulidad. El vicio en cuestión se presenta como un vicio coral, que suele ir acompañado de la fatal total y absoluta de procedimiento administrativo. Pensemos que difícilmente puede haber un

expediente que habiéndose tramitado debidamente, carezca de crédito presupuestario. Si no tiene crédito es porque se ha omitido al menos la parte esencial de solicitar su existencia. Con ese argumento se llega a la conclusión de que el vicio de la falta de crédito es un vicio accesorio al de la falta de procedimiento, y más aún, que siendo imposible subsanar la falta de procedimiento, no ocurre lo mismo con la falta de crédito, pues si, utilizando las técnicas presupuestarias oportunas, se consigue la dotación extemporánea no ha lugar a seguir considerando el vicio de nulidad, pues este ya no existe, se ha corregido y por ese motivo, no tiene sentido la revisión de oficio.

Así lo describe la doctrina, como DE VICENTE GONZÁLEZ, J.L. (2005): *“Por tanto, trasladando esta visión al ámbito local, hemos de residenciar en el Pleno de la Corporación esta capacidad de convalidación sobre actos nulos por falta de consignación presupuestaria”*.

Y LOPEZ-FONT MÁRQUEZ, J.F. (1979): *“Las actuaciones administrativas declaradas nulas por haber hecho surgir compromisos de gastos por cuantía superior al importe de los créditos autorizados en el estado de gastos de los presupuestos, pueden ser convalidadas por ley. Y no podía ser de otra manera porque si la Ley de Presupuestos es el tope económico-jurídico de la actuación del Poder Ejecutivo, sólo el Parlamento tiene competencia a nivel constitucional para derogar parcialmente la Ley presupuestaria convalidando por norma de igual rango a la presupuestaria las actuaciones nulas de la Administración por no existir para ellas habilitación legal. En consecuencia, la declaración de nulidad del artículo 60 LGP habrá que matizarla por la existencia de este especial régimen convalidatorio que rompe el esquema general del régimen de la nulidad en nuestro Derecho Administrativo”*.

También CARRETERO ESPINOSA DE LOS MONTEROS, C. (2015), que recurre a un circunloquio para evitar decir aquello en el fondo parece querer afirmar, que la falta de crédito es un vicio convalidable: *“se opera una cierta transformación de dichos actos o disposiciones nulas, y aunque no puede hablarse propiamente de convalidación del acto nulo, -por cuanto por definición éste no es convalidable (...) es lo cierto que la actuación administrativa realizada primigeniamente sin consignación*

presupuestaria y por tanto nula, se consolida en el sistema jurídico. Podríamos así decir que ha operado una especie de «sanación» del acto calificado como nulo por el legislador, al margen de las posibilidades que ofrece el art. 52 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPC), que sólo permite la convalidación de los actos anulables, pero no de aquellos para los que la Ley impone la sanción de nulidad radical. (...) estamos pues ante un caso muy especial dentro de la categoría de los actos nulos, para el que el ordenamiento jurídico, si bien no prevé expresamente su convalidación, si su consolidación en la vida administrativa, primando la presunción de validez del acto administrativo.”

Pero no olvidemos que los interventores somos operadores jurídicos por encima de creadores doctrinales. Se trata de analizar la aplicación práctica del reconocimiento extrajudicial, y no la teoría de la nulidad de los actos. Por eso bastará con decir que al reconocimiento extrajudicial, no le interesa el vicio de que adolece el expediente, sino el hecho en sí del déficit presupuestario y la obligación de pago. La nulidad, la eliminación del acto o el mantenimiento de su eficacia, caminarán por la senda de la revisión de oficio y sus límites; y el pago, el reconocimiento de la obligación por la prestación realizada, caminará por el trámite del reconocimiento extrajudicial.

No podemos ver el reconocimiento extrajudicial como un trámite de convalidación de nada. Se trata de un expediente de gasto ex novo, diferente del que trae causa, en aplicación del art. 60.2 RD 500/90, que busca la imputación presupuestaria del gasto mediante un procedimiento nuevo, con alteración del órgano competente. Pero tampoco podemos negar cierta transformación en el acto viciado, hasta el punto que hemos visto de la falta de sentido que tendría tramitar el procedimiento de revisión de oficio por nulidad del acto cuando este era la falta de crédito y ha sido dotado a posteriori. La idea central, por tanto, es la consideración de la figura del extrajudicial como totalmente distinta de la de la revisión de oficio, ajena a la consideración del vicio que se contiene de nulo o anulable. Son procedimientos distintos, con objetivos distintos.

Si no hay crédito en el momento de ir a contabilizar la fase O, y no fue debidamente adquirido en su momento, incurrimos en el supuesto de hecho del art. 60.2 e iniciaremos el expediente de reconocimiento extrajudicial. Ese expediente ha entrado en una nueva línea de tramitación para su aprobación. Ahora de lo que se trata es de pagar al tercero para que la administración no se enriquezca injustamente. Hecho este último que nos enfrena de cara con el principio de interdicción del enriquecimiento injusto

Corroborar esta teoría el Tribunal de Cuentas en su Informe 1315/2019:

“La utilización del artículo 60.2 del RD 500/90 habilita, mediante la figura del reconocimiento extrajudicial de créditos, la imputación de gastos de ejercicios anteriores al presupuesto en vigor. No obstante, esta excepcionalidad al principio de temporalidad de los créditos no resulta admisible para convalidar los actos nulos, debiendo tenerse en cuenta que en ningún caso subsana las irregularidades o vicios que fueran la causa de nulidad. En todo caso, para evitar el enriquecimiento injusto de la Administración, las facturas correspondientes a un servicio hecho deben ser pagadas al tercero afectado.”

La utilización del reconocimiento extrajudicial de créditos para imputar gastos de ejercicios anteriores al presupuesto en vigor, si bien evita el enriquecimiento injusto de la Administración -las facturas correspondientes a un servicio hecho deben ser pagadas al tercero afectado-, no convalida los actos nulos, en tanto, en ningún caso, subsana per se las irregularidades o vicios que fueran la causa de nulidad ni depura las responsabilidades a que hubiera lugar.”

5. ¿CUÁL ES EL ÓRGANO COMPETENTE PARA APROBAR EL RECONOCIMIENTO EXTRAJUDICIAL?

En este punto señalar que básicamente hay dos líneas, una que atribuye la competencia al Pleno de la corporación, y otra que atribuyéndosela a éste de manera inicial, admite la delegación.

El argumento de los últimos se basa en el art. 23.1 TRRL que claramente recoge la competencia del Pleno en los reconocimientos extrajudiciales de crédito, pero no la incluye, posteriormente en las materias indelegables. Hay una contradicción clara entre el art. 23.1 TRRL y el art. 60.2 RD 500/90. Contradicción superable si tenemos claro que una ley posterior y especial como el RD 500/90, prevalecerá frente al TRRL.

Otra teoría acude a la temporalidad para definir las competencias. Así, si es un extrajudicial de ejercicios cerrados, la competencia siempre será del Pleno, pues si es el órgano competente para aprobar los presupuestos, autorizando los créditos, será también este el que autorice la ruptura del principio de anualidad de los gastos no debidamente comprometidos. Sin embargo, si el supuesto es sobre gastos de ejercicio corriente acometidos sin crédito, ya no estamos en el ámbito del art. 60.2 que se ve afectado en su interpretación, y según esta teoría por el art. 26.2 RD 500/90, y los supuestos de corriente, serán imputados al presupuesto por el Alcalde, llevando esta teoría a la negación propia de la existencia de los reconocimientos extrajudiciales de ejercicio corriente que vimos al principio de este artículo, pues no tendrán mayor trascendencia que los gastos del ejercicio tramitados debidamente.

Otra tercera postura es la que argumenta que la falta de crédito debe haberse producido en el momento de la adquisición del gasto, esto es fase A. De tal modo que, ante un supuesto de ruptura de la anualidad, si se dota una partida en el presupuesto inicial, aprobado por el Pleno, con expresa denominación referida a estos gastos, no será necesario volver a llevar los gastos otra vez al Pleno y podrán imputarse directamente al presupuesto corriente por el Alcalde. Esta postura está inspirada en el art. 34 LGP que lo habilita para el Estado.

Esta línea la hace suya el propio Tribunal de Cuentas Informe 1017/2013, diferenciado sin decirlo el tratamiento dado a la no existencia de crédito a nivel cuantitativo y cualitativo frente a la deficiencia temporal:

“El expediente de reconocimiento extrajudicial de crédito es un procedimiento de carácter extraordinario para aplicar al presupuesto de ejercicio obligaciones

contraídas en ejercicio anteriores. La finalidad del mismo es diferenciar la tramitación presupuestaria de estas obligaciones, otorgando la competencia para aprobar este tipo de expedientes al Alcalde o Presidente de la Entidad local, si existe crédito en el presupuesto corriente para atender los gastos de ejercicios anteriores que se propone aplicar, o al Pleno, en caso de que se requiera una modificación presupuestaria”.

6. ¿DERIVA UN ADO DEL RECONOCIMIENTO EXTRAJUDICIAL DE CRÉDITOS?

Otra cuestión de importancia en la materia, es delimitar si es el reconocimiento extrajudicial es un acto administrativo con trascendencia presupuestaria directa. Esta cuestión hila directamente con la de si un expediente de reconocimiento extrajudicial se debe someter a fiscalización previa, porque como sabemos, sólo se someten a fiscalización e intervención previa las fases presupuestarias que señala el art. 7 RD 424/2017. Luego, si de la aprobación de extrajudicial se deriva una fase presupuestaria, deberá fiscalizarse, pero si no es así, no.

Volvamos un momento al art. 60 RD 500/90:

- “1. *Corresponderá al Presidente de la Entidad local o el Órgano facultado estatutariamente para ello, en el caso de Organismos autónomos dependientes, el reconocimiento y la liquidación de obligaciones derivadas de los compromisos de gastos legalmente adquiridos (artículo 166.2 y 4, LRHL).*
- 2. *Corresponderá al Pleno de la Entidad el reconocimiento extrajudicial de créditos, siempre que no exista dotación presupuestaria, operaciones especiales de crédito, o concesiones de quita y espera.*
- 3. *Las bases de ejecución del presupuesto para cada ejercicio recogerán las delegaciones o desconcentraciones que en materia de reconocimiento y liquidación de obligaciones se hayan efectuado. En el supuesto*

de delegaciones o desconcentraciones con carácter permanente bastará una remisión expresa a éstas.”

Acudimos a la hermenéutica jurídica para analizar el precepto, y conocer si el legislador pretendía que de un expediente de reconocimiento extrajudicial, derivara un ADO. Y observamos que el legislador situó el reconocimiento extrajudicial en el punto dos de un artículo totalmente referido, en los otros apartados al reconocimiento de la obligación. Visto esto, solo cabe una pregunta, si el art. 60.1 atribuye al Presidente la competencia para reconocer las obligaciones en la fase O cuando estas se derivan de compromisos de gastos legalmente adquiridos, a sensu contrario, cuándo esos gastos son adquiridos ilegalmente, ¿la competencia será del Pleno?

La opción alternativa a la expresada, sería considerar que el reconocimiento extrajudicial en sí mismo es una autorización legal del gasto, y del mismo modo que el Pleno aprueba los presupuestos, los autoriza y los somete al principio de anualidad, el Pleno emite también una autorización legal expresa para la ruptura del mencionado principio. Pero subsanada la deficiencia temporal, procederá actuar tal y como corresponda con arreglo al sistema vigente de distribución competencial en el gasto público. Así, el acto administrativo derivado de la aprobación del reconocimiento extrajudicial de créditos, será solo la autorización legal de la imputación presupuestaria, y luego deberá hacerse la gestión de las fases contables con arreglo al régimen competencial ordinario. Opción interpretativa sólida, si no fuera porque la argumentación que se está exponiendo también lo es, siendo además más sencilla y natural con el objetivo que se tiene.

Así pues, el artículo en cuestión no dice que si los gastos legalmente adquiridos son competencia del Alcalde, los ilegalmente adquiridos son de Pleno. Lo que cabe plantearse, es si es necesario que lo diga.

Si el legislador hubiera querido decir que del extrajudicial del art. 60.2 RD 500/90, se deriva un gasto presupuestario directo, lo hubiera tenido muy fácil. Pero también pudiera ser que lo diera por sentado al situar la regulación del reconocimiento

extrajudicial en el mismo corazón del artículo destinado a regular el reconocimiento de la obligación. Y es que si al definir la figura del reconocimiento extrajudicial de créditos, hemos dicho que es reconocer un crédito a un tercero, qué es eso sino una fase D del gasto, y si además ya hay factura por prestación realizada, será ya, una fase O.

7. ¿SE DEBE FISCALIZAR UN EXPEDIENTE DE RECONOCIMIENTO EXTRAJUDICIAL?

Como ya he dicho, esta pregunta y la anterior guardan una íntima relación y al responder una se responde también la otra. Inevitablemente, si un reconocimiento extrajudicial produce un ADO, procede su fiscalización. La clave está en considerar que la fiscalización del extrajudicial no es la misma que se realizó, o que se debió realizar, sobre el expediente del que trae causa.

Ya hemos dicho que un expediente de reconocimiento extrajudicial, en puridad, no convalida el vicio de la falta de crédito. Lo que a mi juicio ocurre, es que el hecho de haber gastado sin crédito, del modo ya explicado, causa una deriva el camino procedimental del expediente, alterando el órgano competente para aprobar el gasto, y el procedimiento a seguir. Pero se trata de un expediente nuevo y diferente del que lo originó. Para parte de la doctrina es un expediente de indemnización, en virtud de la consideración del principio jurídico del enriquecimiento injusto, título jurídico habilitante de manera autónoma para que nazca la obligación. Para otra parte de la doctrina, no se puede aplicar, sin más, la consideración de la nulidad del acto, y considerar que el acto no existe por estar viciado de nulidad, sin haber tramitado con anterioridad la revisión de oficio. De nuevo nos encontramos cara a cara con la teoría del enriquecimiento injusto como título habilitante autónomo de obligaciones para la hacienda pública, que ahora veremos.

Otro argumento, menos riguroso, para fundamentar la necesidad de fiscalización del reconocimiento extrajudicial puede ser la aplicación de la técnica analógica para traer a colación el Acuerdo del Consejo de Ministro de 2008 cuando manifiesta la

necesidad de fiscalizar un expediente de revisión de oficio, de manera separada e independiente a la fiscalización que se hubiera realizado en el expediente del que la revisión trae causa, calificándolo como extremo de general comprobación, tanto en plena como en limitada.

La fiscalización será plena si no lo hemos previsto como aspectos a regular dentro de la limitada previa de requisitos básicos, tal y como indica el art. 13.3 RD 424/2017.

8. EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO EN EL RECONOCIMIENTO EXTRAJUDICIAL

Nos asomamos ahora a otro aspecto complejo del extrajudicial; su relación con el enriquecimiento injusto y las dos caras de este.

En este caso, es importante no perder de vista todo lo que hemos visto hasta ahora sobre la relativa nulidad del vicio de falta de crédito, frente a la nulidad radical que aparece cuando a este vicio le acompaña la falta absoluta de procedimiento; de modo que aunque empecemos hablando del reconocimiento extrajudicial, el hilo argumental nos arrastrará, de manera inexorable, hacia la figura de la revisión de oficio y la teoría de la nulidad de los actos.

Cuando tras tramitar un expediente de reconocimiento extrajudicial, se pagan las facturas, ¿se terminan pagando en virtud del Principio de interdicción del enriquecimiento injusto de la administración? O, por el contrario, ¿se pagan en virtud del contrato viciado pero eficaz, para evitar el hecho de que la administración se enriquezca injustamente?

Observemos que son dos cosas diferentes, una es un Principio jurídico consolidado, fuente directa y autónoma de obligaciones; la otra es un hecho a evitar, pero la fuente de la obligación la mantiene el propio contrato que aún viciado de nulidad, se mantiene eficaz por no haberse anulado.

Las dos caras del enriquecimiento injusto ya fueron declaradas por MANUEL REBOLLO PUIG, M. manifestando que “...puede afirmarse que una de las dificultades que se nos plantea es de inicio el que el término enriquecimiento injusto no tiene una única acepción, y a tal efecto se ha manifestado la existencia de dos configuraciones del enriquecimiento injusto en el Derecho Administrativo: como fuente de obligaciones y como prohibición genérica de que se produzca el enriquecimiento injusto”.

También afirma su existencia DE VICENTE GONZÁLEZ, J.L.: “En conclusión, debe dejarse constancia de que el uso del término «enriquecimiento injusto» por nuestra jurisprudencia no es único y en unas ocasiones se alude al mismo como principio general que impide que se produzca en las relaciones jurídicas, en otras como mero refuerzo argumental de la aplicación de otros principios jurídicos como los de equidad o justicia, y en otras como fuente de obligaciones”.

Es a mi juicio, la segunda acepción del enriquecimiento injusto, como hecho a evitar, la referida en el art. 28.2.e) RD 424/2017 aun en su calamitosa redacción, reflejando que es el hecho en sí de evitar la consecuencia del enriquecimiento injusto, junto a otros límites de la revisión, lo que debe motivar la decisión del interventor de tramitar o no la revisión de oficio ante un supuesto de omisión de función interventora.

Sin embargo, la doctrina mayoritaria lo tiene claro y apuesta por el principio jurídico como título habilitante autónomo para el nacimiento de las obligaciones derivadas de un contrato viciado de nulidad radical en cumplimiento de lo establecido en el art. 20 LGP.

Así lo afirman CEBRIÁN HERRANZ, L. y PASCUAL MARTÍN, J.I. “Nosotros, frente a estos argumentos, entendemos que el origen de la obligación de indemnizar no se encuentra en el contrato o convenio, sino en el principio general que proscribire el enriquecimiento injusto que hace nacer una obligación de pago en la Administración. Siendo así, la convalidación del gasto o el reconocimiento extrajudicial de crédito no subsana la ausencia de acto administrativo, sino que su objetivo es

distinto: permitir a la Hacienda Pública acometer un gasto no previsto presupuestariamente”.

Se destaca también a MOREO MARROIG, T.: *“el acto verbal de adjudicación de los contratos, al margen del procedimiento establecido, no puede ser fuente de obligaciones para la Administración, por adolecer de vicio de nulidad y no ser susceptible de convalidación (...) Esta posible invalidez de la actuación administrativa, no exime de la obligación de abono de las obras, servicios realizados, o bienes suministrados, evitando el enriquecimiento injusto de la Administración que ha recibido tales prestaciones”.*

O DE VICENTE GONZÁLEZ, J.L.: *“Cuando nos encontramos con contratos inexistentes o prestaciones complementarias, o modificaciones no aprobadas previamente pero ejecutadas, deberíamos entender que en este caso ni siquiera procede la declaración de nulidad de lo inexistente, sino la búsqueda de una fuente de la obligación alternativa a la del contrato; en consecuencia, la declaración de haber recibido la prestación y la existencia de un enriquecimiento que debe ser satisfecho no exigiría ningún acuerdo previo de declaración de nulidad de un contrato que no ha tenido lugar”.*

Y, por último, MARTÍNEZ HELLÍN, J. en su lúcido artículo de 2019, que determina que *“si consideramos que el reconocimiento extrajudicial de créditos es el cauce formal previsto por el ordenamiento jurídico para la realización de pagos que traen causa de actos administrativos inválidos, el principio del enriquecimiento sin causa es el fundamento jurídico sustantivo que ha venido fundamentando la imputación de este tipo de obligaciones a la Administración. El fundamento material de este procedimiento o la fuente que origina la exigencia de la obligación de la Administración de proceder al pago no es otro que la doctrina relativa a la prohibición del enriquecimiento injusto o enriquecimiento sin causa”.*

Incluso REBOLLO PUIG, M.: afirma que no es necesario acudir a la revisión de oficio para declarar formalmente la nulidad del contrato, pudiendo utilizar el

enriquecimiento injusto como título habilitante, y por lo tanto, pagando un quantum indemnizatorio al tercero, basado en los costes sufridos por la prestación, en vez de considerar el precio del contrato:

“No hay razón para exigir que, antes de aplicar el enriquecimiento injusto, se deba declarar formalmente la nulidad del contrato y, menos aún, para imponer que la Administración haya debido antes revisar de oficio el contrato o impugnarlo en recurso de lesividad. Algunas STS, absolutamente minoritarias, así lo han entendido. Pero la inmensa mayoría no tiene inconveniente en condenar a la Administración al pago como restitución del enriquecimiento injusto obtenido aunque no se haya declarado formalmente la nulidad del contrato.”

Pero personalmente me cuesta verlo. No creo que los operadores jurídicos, ni los órganos municipales, tengamos capacidad para dar por hecho la nulidad de un contrato y no considerarlo, por lo tanto eficaz, sin haber tramitado previamente la revisión de oficio.

Y ello será así, aún en el caso de ausencia de forma escrita. En casos de contratación verbal podría plantearse que no hay contrato alguno que revisar, lo que daría pie a acudir directamente a la vía indemnizatoria. No cabe ese argumento en ningún caso; SOLER MIDSUF, E. (2017):

“Ahora bien, si se trata de un contrato adjudicado de forma verbal [..], o sin seguir el procedimiento legalmente establecido para proceder a la contratación, se incurre en causa de nulidad de pleno derecho, y si la Administración advierte la presencia de una causa de nulidad lo que corresponde es la tramitación del procedimiento de revisión de oficio.”

El Consello Consultivo de Galicia lo expresa muy bien en su informe de 13 de mayo de 2019, relativo a la fijación de los criterios a seguir en relación al reconocimiento extrajudicial de créditos, al afirmar que *“no se puede acudir a la vía de la indemnización en lugar del precio del contrato, en base al principio de interdicción*

del enriquecimiento injusto, sin antes haber tramitado la revisión de oficio y haber anulado el mismo”.

9. PRECIO FRENTE A INDEMNIZACIÓN

Y es que pensemos en las consecuencias de esto que estamos viendo. Si pagamos en virtud de un contrato, estamos pagando un precio; pero si pagamos en virtud del Principio de interdicción del enriquecimiento injusto como título autónomo, dejamos el contrato atrás, y pagaremos una indemnización por el efectivo empobrecimiento del tercero.

El precio se configura como un elemento esencial del contrato, solo si hay contrato habrá precio. Considerar el contrato inexistente, supone que el importe a pagar puede variar respecto del que era precio. No olvidemos que la situación ha sido generada por la propia administración, que ha creado una presunción de certeza en el tercero de buena fe y que ahora debe serle compensada. Es doctrina casada por el TS, que frente a la interpretación del tercero como corresponsable de la situación creada, debe considerarse que los vicios y omisiones son imputables a la administración, y no al contratista, pues las prestaciones son solicitadas en apariencia de corrección administrativa, y una vez realizadas, son aceptadas por la administración sin manifestar reserva alguna.

Habrá que calcular ese importe en base a la teoría del doble límite; la administración estará obligada a restituir su enriquecimiento, pero con el límite del efectivo empobrecimiento del tercero. La propia LCSP de 2017 lo expresa en el art. 42, como una consecuencia directa de la necesaria anulación del contrato, y posterior la firmeza de esta:

“La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las

cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor”.

Por otro lado, en el caso de la contratación, el art. 41.1 LCSP, ya está estableciendo un procedimiento para tramitar los supuestos de nulidad, el del Capítulo I del Título V de la Ley 39/2015 LPACAP. De modo que bastará con el fundamento del hecho en sí de evitar el enriquecimiento injusto de la administración para argumentar la obligación del pago, no tiene necesidad de construirse sobre ningún principio jurídico, que además, habrá de considerarse siempre subsidiario de cualquier otra fuente de la obligación, opinión que refuerza DE VICENTE GONZALEZ, J.L. (2005):

“De hecho, puede afirmarse que el enriquecimiento injusto es una fuente de obligación subsidiaria, aplicable exclusivamente en defecto de contrato administrativo o de cualquier otra fuente de obligación y cuya finalidad fundamental es la salvaguarda de los principios de justicia y equidad que recoge nuestro ordenamiento en las relaciones con la Administración”.

También dice REBOLLO PUIG, M. que argumentar en función de las dos fuentes de obligaciones, el contrato y el principio, es fuente de confusiones de todo orden, abogando por argumentar solo en el principio jurídico, dando el contrato como inaplicable:

“Parece que los tribunales se sienten inseguros para invocar como único fundamento de ciertas obligaciones de la Administración el principio de enriquecimiento injusto. Así, no es infrecuente que las sentencias utilicen simultáneamente fundamentos contractuales para sostener una obligación que al final basan en la prohibición de enriquecimiento injusto. Esta forma de proceder no tiene ningún sentido. Al contrario, la justificación simultánea de fundamento de una misma obligación en el contrato y en el enriquecimiento injusto supone de ordinario una contradicción insuperable y origen de confusiones de todo orden.”

Pese a ello, y en mi actual opinión, el camino desde el precio hasta la indemnización, bien debiera pasar por la revisión de oficio y la determinación del quantum indemnizatorio con audiencia al interesado. De este modo se dará preferencia una vez más, al principio de seguridad jurídica frente al de legalidad. Así, en la indemnización no tiene cabida el beneficio industrial, que debiera ser eliminado, ni se podrán devengar intereses de demora, ya que un contrato inválidamente celebrado, no puede tener los mismos derechos que los derivados del contrato válido.

Es muy claro el informe del Consejo Consultivo de Aragón en su dictamen 288/2018, de 10 de diciembre:

“En cuanto a la petición, por parte de una se las empresas emisoras de facturas, relativa al devengo de intereses por la demora en el pago de la factura, este Consejo Consultivo muestra su conformidad con lo expresado en la propuesta de resolución, pues el pago de los intereses de demora recogido en el artículo 198.4 de la LCSP y en Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en operaciones comerciales, está previsto para situaciones de “normalidad contractual”, esto es, aquellas en las que existe un contrato válido y en vigor. Pero no puede aplicarse a supuestos como los que nos ocupan en este dictamen, en los que la actuación contractual es nula de pleno derecho y la indemnización a satisfacer al contratista consiste en el “valor” de la prestación, con el objeto de evitar un enriquecimiento injusto de la Administración Pública contratante; sin que sea posible abonar los intereses devengados, pues tampoco se podrá realizar el pago del importe facturado hasta resolver el procedimiento de revisión de oficio y tramitar el reconocimiento del crédito correspondiente”.

De cualquier modo, la doctrina de los órganos consultivos relativa a la fijación del quantum indemnizatorio es extraordinariamente variable, situándose en un extremo al Audiencia Nacional (Sentencia 1274/2018) que elimina del precio, el beneficio industrial, los gastos generales, e incluso el IVA que a mi juicio es claramente procedente por lo señalado en el art. 78.3 LIVA.

Y es que, citando el dictamen 1724/2011 del Consejo de Estado, “*la Administración no puede partir de que un acto es nulo como fundamento para remediar un daño por haber sido antijurídico sin que haya precedido previa declaración de tal nulidad*” Por lo que para poder pagar una indemnización en base al principio jurídico de enriquecimiento injusto, por déficit graves de procedimiento, deberá anularse el contrato, y para ello deberá tramitarse el correspondiente expediente de revisión de oficio, de tal modo que si no se lleva a cabo este, procederá pagar el precio del contrato, que aunque viciado de nulidad, sigue siendo eficaz.

10. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO IBAÑEZ, M.R. “Régimen general de la invalidez de los actos administrativos y sus efectos”. *Ponencia para el XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*. 2017

ÁLVAREZ GARCÍA, S.E. “Invalidez de los contratos y reconocimiento extrajudicial de créditos”. *El Consultor de los Ayuntamientos*. Nº 2. Febrero 2019, Editorial Wolters Kluwer.

APARISI APARISI, M.C. “La cuenta 413. Novedades en la contabilidad pública local” (20/03/2017). En: <https://elderecho.com/la-cuenta-413-novedades-en-la-contabilidad-publica-local>

BELADÍEZ ROJO, M. *Validez y eficacia de los actos administrativos*. Madrid: Marcial Pons, 1994

BUENO ARMIJO, A. “La revisión de oficio de disposiciones y actos administrativos nulos de pleno derecho en España”. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, nº 20, 2018. Pp. 345-387

CANO CAMPOS, T. “Consideraciones generales sobre la invalidez en el Derecho Administrativo”. *Revista Documentación Administrativa*. n.º 5, 2018. pp. 7-26.

CARRETERO ESPINOSA DE LOS MONTEROS, C. “El procedimiento de reconocimiento extrajudicial de créditos. Nulidad de las actuaciones administrativas y responsabilidad”. *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 93, 2015. pp. 107-132.

CEBRIÁN HERRANZ, L., y PASCUAL MARTÍN, J.I. “Obras ejecutadas sin la cobertura de contrato: convalidación de actuaciones y revisión de oficio”. *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, 2018. pp. 1-45

COSCULLUELA MONTANER, L. “Consideraciones sobre el enriquecimiento injusto en el derecho administrativo”. *Revista de administración pública*, Nº 84, 1977, págs. 185-202

DE VICENTE GONZÁLEZ, J.L. “Enriquecimiento injusto y prestación no contratada en el ámbito de la Administración Local”. *Revista de Administración Pública*, nº 168, 2005. pp. 409-441.

DIEZ SASTRE, S. “Los efectos de la invalidez en la Ley de Contratos del Sector Público”. *Revista de Documentación Administrativa*, nº 5, 2018. pp. 69-92.

MARTÍNEZ HELLÍN, J. “Contratación verbal y enriquecimiento sin causa: posición crítica con respecto a la necesidad de acudir a la revisión de oficio”. *El Consultor de los Ayuntamientos*. Nº 8, 2019.

MOREO MARROIG, T. “La contratación irregular y sus consecuencias”. *El Blog de espúblico*. (05/04/2021). En: <https://www.administracionpublica.com/la-contratacion-irregular-y-sus-consecuencias-un-problema-por-resolver/>

REBOLLO PUIG, M. “Enriquecimiento injusto y nemo auditur en el Derecho administrativo”. *Cuadernos de Derecho Local*, nº 12, 2006.

SÁNCHEZ-NIEVES MARTÍNEZ, F. y MODELO BAEZA, J.M. “El Reconocimiento Extrajudicial de Créditos. Aspectos controvertidos. Propuesta de tramitación del expediente”. *El Consultor de los Ayuntamientos*, nº 23. 2006.

SOLER MIDSUF, E. “La contratación verbal en la administración local: Efectos, procedimiento a seguir, y responsabilidades que pueden derivarse”. *Auditoría Pública*, n° 70, 2017. pp. 127-134.

VALERO ESCRIBANO, J.I. “La regularización de las facturas derivadas de contrataciones irregulares”. *Revista Española de Control Externo*, n° 50, 2015. Pp. 149-179.

FUENTES NORMATIVAS:

Real Decreto 500/1990, de 20 de abril por el que se desarrolla el capítulo primero del título sexto de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, en materia de presupuestos.

El Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

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.

Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del Sector Público Local.

Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido.

EL CONTRATO PUBLICITARIO DE PATROCINIO EN EL ÁMBITO DEL SECTOR PÚBLICO. VISIÓN CRÍTICA Y REALISTA DEL SECTOR PÚBLICO COMO PATROCINADOR

Lucía SÁNCHEZ ORTEGA

Directora General de Contratación Pública Estratégica del Ayuntamiento de Málaga.

Trabajo de evaluación presentado para obtener el certificado de aprovechamiento del Curso: Contratación pública local (VIII Edición). CEMCI

SUMARIO

1. Concepto del contrato de patrocinio publicitario y régimen jurídico. Diferencias con otras figuras afines.
 - 1.1. Diferencia entre el contrato publicitario de patrocinio y la subvención pública.
 - 1.2. Diferencia entre el contrato público publicitario de patrocinio y el mecenazgo.
 - 1.3. Diferencia entre el contrato de patrocinio y el convenio de colaboración.
2. Tipos de publicidad.
 - 2.1. La publicidad institucional.
 - 2.2. La publicidad comercial.
 - 2.3. Publicidad de las normas y actos administrativos.
3. Regulación jurídica de la publicidad institucional en España. En particular en la Comunidad Autónoma Andaluza.
4. Análisis de otras figuras utilizadas por parte de entes del sector público españoles para la celebración de contratos de patrocinio.
5. Conclusiones.

1. CONCEPTO DEL CONTRATO DE PATROCINIO PUBLICITARIO Y RÉGIMEN JURÍDICO.

El contrato de patrocinio publicitario se encuentra regulado en la norma sectorial dedicada a la publicidad, la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (en adelante, LGP), dictada por el Estado en el ámbito de sus competencias de acuerdo con lo establecido por el artículo 149. 1, 1.º, 6.º y 8.º de la Constitución española, en su

artículo 22, como uno de los cuatro tipos de contratos publicitarios previstos en la misma, en sus artículos 13 a 22, en concreto, denominados de publicidad, de difusión publicitaria, de creación publicitaria y de patrocinio, definido éste último 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. El contrato de patrocinio publicitario se regirá por las normas del contrato de difusión publicitaria en cuanto le sean aplicables”*.

Asimismo, para la comprensión del contenido de este trabajo hemos de detenernos en conocer dos conceptos definidos en la misma, como son la “publicidad” y “los medios de comunicación”. En primer lugar, se entiende por “publicidad”, en su artículo 2, *“Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una **actividad comercial, industrial, artesanal o profesional**, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones,”* lo que podríamos considerar publicidad comercial, aunque también resulta de aplicación la presente norma, a todos los contratos publicitarios aunque versen sobre actividades publicitarias distintas a las anteriores, consideradas comerciales, según lo dispuesto en el artículo 7 de la misma.

En segundo lugar, esta misma Ley en su art. 8 contiene una acepción de lo que considera son “medios de publicidad”, como *“las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que, de **manera habitual y organizada**, se dediquen a la difusión de publicidad a través de los soportes o medios de comunicación social cuya titularidad ostenten”*, concepto de medio de comunicación que hoy día es objeto de reflexión, dada la necesidad de ampliación a otros sectores distintos a los tradicionales servicios de comunicación de prensa escrita o digital o de comunicación audiovisual, como son la televisión y la radio, y estos son los usuarios que emplean servicios de intercambios de videos a través de diferentes plataformas que existen actualmente por Internet, y que ha

dado lugar a la modificación¹ para su inclusión dentro del concepto de prestadores de servicios de comunicación audiovisual previsto en el artículo 94 de la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual.

Con independencia de esta actual concepción amplia de “medio de comunicación” hay que tener en cuenta que el patrocinado nunca podrá ser considerado como tal, dado que su actividad es ajena y distinta al sector publicitario, pues los servicios publicitarios que presta son accesorios al ejercicio de su verdadera actividad, económica o no, perteneciente al sector deportivo, cultural, benéfico, científico o de cualquier otra índole (no definida legalmente), que evidentemente proyecta una buena imagen a la sociedad, y que es su verdadero “valor” o “activo” a la hora de seleccionar a un determinado patrocinado y no, a otro, para la identificación con éste, del mensaje publicitario que se pretende contratar, y que el patrocinado se compromete a difundir en las condiciones y soportes pactados durante el desarrollo de su actividad, en palabras de la Junta Consultiva de Contratación de Canarias, en su informe 3/1999, *“En definitiva, la contraprestación del patrocinado se concreta en ceder al patrocinador el derecho de usar la buena imagen de su actividad deportiva, benéfica, cultural, científica, relacionándola, mediante procedimientos o actuaciones de variada índole, con el producto que éste quiere “vender””*.

Pues bien, este contrato de patrocinio celebrado por una entidad del sector público, sigue conservando su **naturaleza privada**², al tratarse de un contrato con objeto distinto a los administrativos típicos, por no coincidir con el de servicios definido en el artículo 16 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en adelante LCSP, como *“prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro,*

¹ Real Decreto 444/2024, de 30 de abril, por el que se regulan los requisitos a efectos de ser considerado usuario de especial relevancia de los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma, en desarrollo del artículo 94 de la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual.

² STS 781/2007, 25 de Junio de 2007, sala Primera Civil, “...que el contrato cuyo incumplimiento origina la reclamación objeto de este proceso reviste carácter privado, y se halla sólo sometido a la legislación administrativa en todo cuanto afecta a los actos tradicionalmente considerados separables -los relativos a la formación de la voluntad de la Administración, a su preparación y adjudicación-, en tanto que en cuanto a sus efectos y extinción se somete a las normas de derecho privado, correspondiendo, por consiguiente, a los órganos de la jurisdicción civil la competencia para conocer de los litigios relativos, como aquí, a las consecuencias del incumplimiento contractual, como se desprende de lo dispuesto en el artículo.”

incluyendo aquellos en que el adjudicatario se obligue a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario”, y la falta de identidad con estos se desprende de dos notas características que se dan en los contratos de patrocinio, y que debieran ser tenidas en cuenta por todo órgano de contratación a la hora de confeccionar el correspondiente expediente para su adjudicación, y en particular, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, dado que afecta a los conceptos de capacidad y solvencia del “empresario”, a que se refiere a los artículos 65 y 74 a 83, respectivamente de la LCSP, y que no le son de aplicación directa en virtud de lo dispuesto en el artículo 26, apartado 2. En concreto:

- 1.- La falta de capacidad de obrar del patrocinado para la prestación de servicios publicitarios, a los efectos del artículo 65 de la LCSP, dado que éste, ya sea persona física o jurídica, no se encuentra constituido para tal objeto, ni dado de alta para el ejercicio de actividades económicas publicitarias³.
- 2.- La falta de solvencia técnica en servicios publicitarios, por regla general, el patrocinado debería carecer de experiencia en ese ámbito, pues de lo contrario pudiera convertirse en una empresa dedicada a una actividad económica del sector de publicidad, aunque sea sin ánimo de lucro, que por aplicación de los artículos 82 y 86 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y el Derecho a la Defensa de la Competencia de la Unión Europea, podría llegar a afectar a la libre competencia, al impedir o restringir la contratación, por un lado, de otros actores susceptibles de ser patrocinados⁴, y

³Dictamen del CC Andalucía 584/2022. Naturaleza de los contratos de patrocinio publicitario: tienen la consideración de contratos privados, “En definitiva, el contrato de patrocinio, aún en el caso de ser celebrado por una Administración Pública, tiene la consideración de contrato privado pues el patrocinado, como se ha expuesto anteriormente, no es una empresa dedicada a los servicios publicitarios, lo que excluye la posibilidad de considerarlo como contrato administrativo de servicios, y tampoco puede ser considerado como un contrato administrativo especial ya que no resulta vinculado al giro o tráfico específico de la Administración, ni satisface de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella”.

⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 1 de julio de 2008. Artículos 82 CE y 86 CE - Concepto de empresa - Asociación sin ánimo de lucro que representa en Grecia a la Federación Internacional de Motociclismo - Concepto de "actividad económica" - Derecho especial legalmente previsto para emitir un dictamen conforme sobre las solicitudes de autorización presentadas para organizar carreras de motocicletas - Ejercicio en paralelo de actividades como la organización de carreras de motocicletas y la celebración de contratos de patrocinio, publicidad y seguro. Asunto C-49/07, “una persona jurídica como el ELPA debe ser considerada una empresa en el sentido del Derecho comunitario de la competencia, aunque no tenga ánimo de lucro, una persona jurídica cuyas actividades consisten no sólo en participar en las resoluciones administrativas que autorizan la organización de competiciones de motocicletas, sino también en

fundamentalmente, de los actores principales dedicados a la prestación de servicios publicitarios, los medios de comunicación.

En cuanto al régimen jurídico de este contrato, en virtud de lo dispuesto en el artículo 26 de la LCSP, es el correspondiente a la doctrina de los actos separables, es decir, aplicación de la LCSP en cuanto a sus normas de preparación y adjudicación, en virtud del tenor literal siguiente *“Los contratos privados que celebren las Administraciones Públicas se regirán, 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 concreto, le resulta de aplicación exclusivamente lo regulado en sus artículos 115 a 130 de la misma, relativos a las normas de preparación de los contratos. Resultando de aplicación las normas de derecho privado respecto a sus efectos, modificación y extinción.

Y es la doctrina existente de órganos consultivos sobre el contrato de patrocinio, que se relaciona de forma ordenada por órgano consultivo en materia de contratación, estatal y autonómicos en el Anexo al final de este trabajo, de la que podemos extraer las siguientes características:

- Contrato privado, no típico, cuyo régimen jurídico es el anteriormente descrito del artículo 26, apartado 2 de la LCSP.
- Contrato generalmente “intuitu personae”⁵.

organizar ella misma tales competiciones y en celebrar en este contexto contratos de patrocinio, publicidad y seguro, está incluida en el ámbito de aplicación de los artículos 82 CE y 86 CE”.

⁵ Informe 13/2012, de 11 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, «cualquier intento de forzar la concurrencia en una cuestión de esta naturaleza, siempre y a cualquier precio, solo podría acabar mezclando entidades con actividades muy diferentes, de difícil o imposible homogeneización, tanto en cuanto al presupuesto de la actividad, como en lo que a la difusión publicitaria pretendida se refiere. Normalmente se tratará de un contrato por razón de la persona o “intuitu personae”, en el que la concurrencia resultaría, si no en todos los casos, al menos, en muchos de ellos, incompatible con la naturaleza y objeto del contrato».

- Contrato susceptible de adjudicación por cualquier procedimiento previsto en la LCSP, incluido el contrato menor y el negociado sin publicidad⁶.
- Necesidad de estudiar el contenido del negocio jurídico concreto, por su posible confusión con otras figuras, como son la subvención y el convenio de colaboración⁷.

Tales conclusiones doctrinales han sido emitidas en forma de respuesta ante la eterna y repetida pregunta de diferentes entes públicos, **¿cuál es el negocio jurídico adecuado para “patrocinar” un determinado evento, convenio o contrato?**, como fue la primera vez que se consultó esta problemática al consultivo estatal en el año 1999, Informe 70/99, de 11 de abril de 2000, “Discrepancias con la Intervención. convenio o contrato para el patrocinio de un foro internacional”, a lo cual el órgano consultivo no da una respuesta concluyente al condicionarla al cumplimiento de lo dispuesto en la normativa de contratos, por otro lado, tenemos la cambiante doctrina del consultivo canario, que lo considera convenio de colaboración excluido de la LCSP en 1999⁸, para posteriormente calificarlo como contrato en el 2018⁹, cuestión que después de más de veinte años sigue abierta, a la vista del último informe emitido hace dos años por el órgano consultivo madrileño, Informe 2/2022, de 10 de marzo, sobre el instrumento jurídico a utilizar para el pago de un canon federativo para la celebración de eventos deportivos, el cual, a la vista del objeto no publicitario del mismo, la inexistencia de contraprestaciones entre las partes firmantes y la colaboración de ambas partes para un asunto de interés común, concluye en este supuesto, que se trataría de un convenio.

Por lo que en el siguiente epígrafe trataremos de desbrozar las similitudes y diferencias entre dichos negocios jurídicos, con ayuda jurisprudencial, doctrinal y fuentes de la bibliografía citada al final de este trabajo, con números 1, 7, 8, 9, 10 y 13.

⁶ Informe JCCE 7/18, Admisibilidad de la figura del contrato menor en ciertos tipos de contratos.

⁷ Informe 8/2019, de la CCCJA, sobre los patrocinios que afectan a las entidades que integran la Administración Local

⁸ Informe 3/1999 de la Junta Consultiva de Contratación de Canarias

⁹ Informe 3/2018, de la Junta Consultiva de Contratación de Canarias

1.1. Diferencia entre el contrato publicitario de patrocinio y la subvención pública.

Aunque no debiera haber confusión a la vista de la causa distinta que subyace en estos negocios jurídicos, por cuanto los patrocinios son contratos de servicios publicitarios, mientras que las subvenciones son técnicas de la actividad de fomento o apoyo económico de las Administraciones Públicas a favor del sector público o privado, volvemos a repasar la definición que de dicho instituto jurídico contiene el artículo 2 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, en adelante LGS, para determinar sus notas características y diferenciadoras con el patrocinio, disponiendo su concepto *“como toda disposición dineraria realizada por cualesquiera de los sujetos contemplados en el artículo 3 de la propia Ley, a favor de personas públicas o privadas, y que cumpla los siguientes requisitos:*

- a) Que la entrega se realice sin contraprestación directa de los beneficiarios.*
- b) Que la entrega esté sujeta al cumplimiento de un determinado objetivo, la ejecución de un proyecto, la realización de una actividad, la adopción de un comportamiento singular, ya realizados o por desarrollar, o la concurrencia de una situación, debiendo el beneficiario cumplir las obligaciones materiales y formales que se hubieran establecido.*
- c) Que el proyecto, la acción, conducta o situación financiada tenga por objeto el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública.”*

Definición de la que extraemos las principales notas características de las diferencias de ambas figuras, que serían las siguientes:

- 1.- El patrocinio se instrumenta mediante contrato y la subvención, mediante resolución del órgano concedente o convenio para la canalización de las subvenciones directas previstas en la misma norma.

- 2.- El patrocinio contiene una prestación de servicios consistente en un contenido publicitario, y la subvención no conlleva ninguna contraprestación a cambio por parte del beneficiario, sin perjuicio de la obligación de éste de dar la adecuada publicidad del carácter público de la financiación de la actividad subvencionada, como obligación prevista en el artículo 18 de la LGS.¹⁰
- 3.- Patrocinado puede ser cualquier persona física o jurídica, pública o privada, que ejerza una actividad deportiva, benéfica, cultural, científica o de otra índole con una determinada capacidad de influencia o repercusión mediática, que no por ello se convierte en “medio de publicidad”, por faltarle las notas de habitualidad y organización a su actividad publicitaria puntual, mientras que beneficiario de una subvención puede ser cualquier persona física o jurídica, pública o privada, que tenga que realizar la actividad que fundamentó el otorgamiento de la subvención o que se encuentre en situación que legitima su concesión.
- 4.- Y en último lugar, podemos concluir que patrocinador puede ser una persona física o jurídica, pública o privada, y entidad concedente de una subvención pública, solo pueden ser las personas jurídicas públicas a que se refiere el artículo 3¹¹ de la citada LGS.

A la vista de lo anterior, podemos considerar que es la existencia de una contraprestación, la nota que diferencia a ambas figuras jurídicas cuya semejanza es la entrega de fondos públicos, para ello resulta de interés la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, **STS 4026/2021, de 26 de octubre**

¹⁰ Los beneficiarios deberán dar la adecuada publicidad del carácter público de la financiación de programas, actividades, inversiones o actuaciones de cualquier tipo que sean objeto de subvención, en los términos reglamentariamente establecidos.

¹¹ 1. Se entiende por Administraciones públicas a los efectos de esta ley:

- a) La Administración General del Estado.
- b) Las entidades que integran la Administración local.
- c) La Administración de las comunidades autónomas.

2. Deberán asimismo ajustarse a esta ley las subvenciones otorgadas por los organismos y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas en la medida en que las subvenciones que otorguen sean consecuencia del ejercicio de potestades administrativas.

de 2021, dictada en procedimiento de casación relativa a la diferente fiscalidad de los contratos de patrocinio, deduciéndose de la misma que la no sujeción a IVA de las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas directamente por las Administraciones Públicas sin contraprestación en ejercicio de potestades públicas, supuesto en el que quedarían incluidas las subvenciones, no se aplicaría a los contratos de patrocinio, dada la existencia de una contraprestación publicitaria, que describe en los siguientes términos *“Los negocios jurídicos celebrados entre, por un lado, una fundación del sector público que, para la realización de fines de interés general, tiene encomendada la tarea de fomentar el deporte y, por otro lado, determinadas entidades deportivas y deportistas que se comprometen a exhibir el logo de la referida fundación a cambio de una suma de dinero, pueden constituir una “prestación de servicios realizada a título oneroso”, cuando la expresada fundación no haya ejercido potestades o prerrogativas públicas”*, funciones públicas que se consideraron descartadas en el presente caso, a la vista de la existencia de la contraprestación publicitaria a que se obligaba a las entidades y deportistas patrocinados.

Asimismo, el propio Consejo Consultivo de Andalucía en su **Dictamen 780/2022, de 24 de noviembre**, para la resolución de un contrato de patrocinio de un Festival, reconoce que en realidad lo que se quiere revisar es el otorgamiento de una subvención sin seguir el procedimiento previsto para ello, al resultar que en la actividad financiada, la finalidad perseguida en este contrato por el Ayuntamiento, no era la publicidad institucional, sin consideración alguna del evento en que ésta se plasmase, esto es, no era el “retorno publicitario” y, en consecuencia, concluye que estamos ante una prestación subvencional.

También en la **Resolución 193/2018, de 23 de febrero de 2018, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales** incide en la diferencia entre ambos negocios jurídicos, afirmando que *“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”.

1.2. Diferencia entre el contrato publicitario de patrocinio y el mecenazgo.

Conviene en este apartado deslindar las diferencias entre la figura del contrato publicitario de patrocinio, anteriormente descrita, de la figura del mecenazgo, cuyo concepto se regula en el artículo 1, apartado 1 de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, en adelante ley de Mecenazgo, *“como la participación privada en la realización de actividades de interés general”*, a través de donativos, donaciones o aportaciones a favor de entidades calificadas como beneficiarias del mecenazgo en su artículo 16, cobrando especial importancia por su similitud con el contrato publicitario de patrocinio, y de ahí la existencia de una confusión de los distintos negocios jurídicos, con una modalidad de mecenazgo descrita en el artículo 25 de esa misma Ley, consistente en ayudas económicas que se instrumentan a través de los convenios de colaboración empresarial en actividades de interés general, que pueden suscribir las personas físicas o jurídicas de carácter privado, no constituyendo la difusión de la participación del colaborador, una prestación de servicios, por ministerio de dicha Ley¹², pues el objeto de la ayuda es colaborar en una actividad de interés general obteniendo un beneficio fiscal por ello, sin que el hecho de que se haga pública la existencia de tal colaboración sea la finalidad perseguida por el mecenazgo.

En atención a lo descrito, vamos a resumir las notas que diferencian ambos negocios jurídicos, que serían las siguientes:

- 1.- El patrocinio se instrumenta mediante contrato y el mecenazgo mediante convenio.

¹² Artículo 25, apartado 1, párrafo segundo, “La difusión a que se refiere el párrafo anterior, en el marco de los convenios de colaboración definidos en este artículo no constituye una prestación de servicios”.

- 2.- El patrocinio contiene una prestación de servicios consistente en un contenido publicitario, y el mecenazgo no contiene ninguna prestación de servicios, sin perjuicio de que se difunda la imagen del mecenas o patrocinador.
- 3.- Patrocinado puede ser cualquier persona física o jurídica, pública o privada, que ejerza una actividad, lucrativa o no, de carácter deportiva, benéfica, cultural, científica o de otra índole, mientras que receptor de un incentivo al mecenazgo por el que se otorga un beneficio fiscal a quien lo realiza, sólo pueden ser un *numerus clausus* de entidades referidas en el artículo 16 de la dicha Ley¹³, entre las que se encuentran las entidades sin ánimo de lucro, el Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales, etc., todas ellas sin fines lucrativos.
- 4.- A la vista de lo anterior, podemos concluir que patrocinador puede ser una persona física o jurídica, pública o privada, pero mecenas sólo puede ser un particular, persona física o jurídica, **de carácter privado**, de hecho así se deduce de la propia exposición de motivos de la misma Ley, *“dictada al amparo del artículo 149.1.14.ª de la Constitución y sin perjuicio de los regímenes tributarios forales, tiene una finalidad eminentemente incentivadora de la colaboración particular en la consecución de fines de interés general, en atención y reconocimiento a la cada vez mayor presencia del sector privado en la tarea de proteger y promover actuaciones caracterizadas por la ausencia de ánimo de lucro, cuya única finalidad es de naturaleza general y pública.”*

¹³ Artículo 16. Entidades beneficiarias del mecenazgo.

Los incentivos fiscales previstos en este Título serán aplicables a los donativos, donaciones y aportaciones que, cumpliendo los requisitos establecidos en este Título, se hagan en favor de las siguientes entidades:

- a) Las entidades sin fines lucrativos a las que sea de aplicación el régimen fiscal establecido en el Título II de esta Ley.
- b) El Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales, así como los Organismos autónomos del Estado y las entidades autónomas de carácter análogo de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales.
- c) Las universidades públicas y los colegios mayores adscritos a las mismas.
- d) El Instituto Cervantes, el Institut Ramon Llull y las demás instituciones con fines análogos de las Comunidades Autónomas con lengua oficial propia.
- e) Los Organismos Públicos de Investigación dependientes de la Administración General del Estado.

Es decir, todo patrocinio, en el sentido de colaboración económica, de una actividad no es una forma de mecenazgo a los efectos de la Ley de Mecenazgo, pues sólo será así considerado, por encontrarse beneficiado de una bonificación fiscal, las aportaciones que se realicen por parte del sector privado a favor de las entidades reconocidas oficialmente por esta Ley como receptoras de tales incentivos para ser aplicadas a actividades de interés general, sin que por ello se obtenga una prestación de servicios a cambio, más que la difusión pública de la consideración de mecenas o patrocinador y el correspondiente incentivo fiscal.

Y recalcamos la nota característica de que el mecenazgo, al igual que las donaciones a estas entidades, deben provenir del sector privado, lo cual hizo necesaria una habilitación legal para que una sociedad mercantil de capital público estatal, como es la Sociedad Estatal de Loterías y Apuestas del Estado, SELAE, S.A, pudiera concertar tales acuerdos o convenios de colaboración, actuando en calidad de mecenas, a través de la disposición final novena de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014, en la que se articula la forma en la que esta empresa estatal puede suscribir acuerdos de financiación de actividades de carácter social, cultural o deportivo de entidades sin ánimo de lucro determinadas en el mismo, durante el año 2014 y los tres siguientes, y posteriormente, a través de la disposición final trigésima de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de PGE para 2018, se mantuvo esta habilitación legal con vigencia indefinida¹⁴, para celebrar acuerdos de “patrocinio” que, actualmente, se ha hecho extensiva a todo el sector público empresarial y fundacional estatal¹⁵, a través de habilitación en la propia Ley

¹⁴ «Con efectos de 1 de enero de 2018 y vigencia indefinida, se modifica la disposición adicional novena de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, que queda redactada como sigue: “La Sociedad Estatal Loterías y Apuestas del Estado, S. A. podrá suscribir y financiar acuerdos de colaboración y patrocinio con la Cruz Roja Española y la Asociación Española de Lucha contra el Cáncer, así como financiar acuerdos suscritos con anterioridad en las condiciones que en los mismos se hayan establecido, garantizando para cada una de las anteriores una aportación económica equivalente a la media de los ingresos percibidos de forma individual, como resultado de los sorteos finalistas de Lotería Nacional en beneficio de las respectivas instituciones, de los cuatro últimos ejercicios en que se celebraron estos sorteos. Igualmente podrá suscribir y financiar acuerdos de colaboración y patrocinio con Caritas Española, garantizándole un importe anual equivalente al que corresponda percibir a la Asociación Española de Lucha contra el Cáncer conforme a lo señalado anteriormente. Los convenios a suscribir requerirán el previo informe favorable del Ministerio de Hacienda y Función Pública.”

¹⁵ Artículo 3 de la Ley 47/2003, de 23 de noviembre, de Presupuestos Generales del Estado 2. El sector público empresarial, integrado por:

- a) Las entidades públicas empresariales.
- b) Las sociedades mercantiles estatales.

Presupuestos Generales del Estado, como la contenida en la disposición final décima cuarta de la última Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023, prorrogada para el presente ejercicio 2024, por la que se modifica la Disposición adicional vigésima quinta, relativa a acuerdos de colaboración y patrocinio suscritos por el sector público empresarial y fundacional de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, con el siguiente contenido: “*Las entidades que integran el sector público empresarial y fundacional conforme a lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del artículo 3 de la Ley 47/2003, de 23 de noviembre, General Presupuestaria, podrán suscribir y financiar acuerdos de patrocinio para el fomento de actividades de carácter social, cultural, deportivo o científico, previo informe favorable del Ministerio de Hacienda y Función Pública.*”

Las aportaciones anuales contempladas en el párrafo precedente no podrán superar en su conjunto en el ejercicio el 2 % del beneficio después de impuestos de la entidad correspondiente al ejercicio anterior.

En tanto las cuentas anuales de la entidad no estén aprobadas, las citadas aportaciones no podrán superar el 2 por ciento del beneficio después de impuestos estimados por la entidad para el ejercicio anterior. Esta estimación será objeto de liquidación definitiva una vez aprobadas las cuentas anuales.

La presente disposición adicional no será de aplicación a los contratos de patrocinio de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad que habrán de ser tramitados conforme a lo que establece la legislación vigente de acuerdo con su naturaleza jurídica.

Lo dispuesto en esta disposición adicional se aplicará a aquellas entidades para las que no se haya regulado este aspecto por una norma de rango legal.»

c) Cualesquiera organismos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de la Administración General del Estado, los consorcios y los fondos sin personalidad jurídica no incluidos en el sector público administrativo.

3. El sector público fundacional, integrado por las fundaciones del sector público estatal.

A la vista de tal previsión normativa, podemos ahora concluir, por un lado, que el mecenazgo es una forma de colaboración en actividades sin ánimo de lucro por parte del sector privado y del sector público empresarial y fundacional estatal por expresa disposición legal, y por otro, que tal patrocinio o “mecenazgo” es diferente al contrato de patrocinio regulado en la LGP, por las siguientes dos notas:

- 1.- Según el patrocinado sea o no, una entidad beneficiaria del mecenazgo del artículo 16. Si lo es, suscribirá un acuerdo o convenio de patrocinio y si no lo es, un contrato publicitario de patrocinio.
- 2.- La difusión de la colaboración del mecenazgo, no es una prestación de servicios en el acuerdo o convenio de patrocinio, y sí lo es, si lo que se suscribe es un contrato publicitario de patrocinio.

Para finalizar este epígrafe y como hemos visto anteriormente, las Entidades Locales y otras entidades determinadas en la Ley del mecenazgo, pueden ser perceptoras de ayudas para la realización de sus actividades de interés general, y para canalizar estas ayudas o ingresos en los erarios públicos existe una regulación específica, que en el ámbito de la administración local de Andalucía, se encuentra prevista en el Decreto 18/2006, de 24 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía, en sus artículos 29 a 31, bajo la idéntica denominación de “patrocinio”, al que en este caso le podemos añadir la nota de “mecenazgo” por lo anteriormente informado, consistiendo éstos en la obtención de aportaciones económicas, materiales o cesiones de bienes, cuya gestión y aceptación por parte de los entes locales se instrumenta a través de una ordenanza y se formalizan a través de convenios específicos de patrocinio con los patrocinadores previamente determinados con arreglo a los criterios establecidos en dicha ordenanza. Norma local que debería, por recomendación contenida en **el Informe de la Comisión Consultiva de Contratación Pública de la Junta de Andalucía 8/2019, de 26 de febrero de 2020**, diseñar un procedimiento administrativo ajustado a los principios reguladores de la Ley de Contratos del Sector Público y respetar, por tanto, las normas generales de contratación.

1.3. Diferencia entre el contrato de patrocinio y el convenio de colaboración.

Por último, y por su mayor semejanza repasaremos las semejanzas y diferencias entre el contrato de patrocinio y el convenio de colaboración suscrito con una persona física o jurídica, privada, excluido de la LCSP en virtud de lo dispuesto en su artículo 6, apartado 2, *“siempre que su contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales”*, conteniendo su regulación jurídica en el capítulo VI del Título I de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, artículos 47 a 53, y que son las siguientes:

- 1.- El patrocinio se instrumenta mediante un contrato con un contenido obligacional bilateral y recíproco regulado por la normativa de derecho privado, supletoriamente en el Código Civil, mientras que el convenio no es más que un acuerdo de voluntades, que, sin embargo, su naturaleza y régimen jurídico se ajustará a lo previsto en la legislación de contratos del sector público.
- 2.- El objeto del contrato de patrocinio es de servicios publicitarios, mientras que el objeto del convenio, deberá mejorar la eficiencia de la gestión pública, facilitar la utilización conjunta de medios y servicios públicos, contribuir a la realización de actividades de utilidad pública y cumplir con la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.
- 3.- Patrocinado puede ser cualquier persona física o jurídica, pública o privada, que ejerza una actividad deportiva, benéfica, cultural, científica o de otra índole, al igual que el particular de un convenio con cualquier entidad del sector público, y esta es la nota de identidad de ambos negocios jurídicos.
- 4.- El contrato de patrocinio es de carácter oneroso, por cuanto su objeto contiene una prestación de servicios consistente en un contenido publicitario

a cambio de una contraprestación, precio¹⁶, mientras que el convenio, aunque puede contener aportaciones dinerarias por parte del ente público firmante, tales fondos no responden ante una prestación de servicios que tiene como destinatario al ente público, sino a sufragar los gastos de la reunión de prestaciones dirigidas al mismo fin común, que al incluir a un sujeto público participante, debe ser además, un fin de interés general.

A efectos de incidir en sus diferencias resulta esclarecedor el Informe del órgano consultivo de contratación andaluz, **8/2019, de 26 de febrero de 2020**, pues, además del contrato de patrocinio, prevé la posibilidad de suscripción de convenios en las circunstancias indicadas en el mismo, de concurrencia de un interés común que trasciende del simple retorno publicitario que obtiene la Administración mediante un patrocinio, a continuación se transcribe el mismo para su mejor comprensión: *“De este Informe (JCCE 7/18) citado cabe destacar que si bien es cierto que la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado invoca la posible instrumentación del patrocinio mediante una subvención, no puede dejar de advertirse que una subvención es una entrega dineraria sin contraprestación directa para la Administración, de manera que la calificación de la relación correspondiente como contrato privado de patrocinio, como convenio o como subvención dependerá en última instancia de la causa del negocio, es decir, del peso que en la misma tuviera el fin publicitario perseguido por la Administración, pues si éste fuera relevante, debería calificarse como contrato, o bien como convenio si hubiera un fin común de ambas partes, no limitándose dicha actividad publicitaria a la que es propia de toda subvención y que corresponde a todo beneficiario de subvenciones (artículo 18.4 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones).*

En este sentido, y para el caso en el que una Administración Pública actúe como patrocinadora, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad

¹⁶ Informe 3/1999, de la Junta Consultiva de Contratación de Canarias, “Por tanto, a juicio de esta Junta Consultiva, la expresión “ayuda económica” utilizada en el citado artículo 24, hay que interpretarla como una auténtica contraprestación económica, que no nace de la mera liberalidad del patrocinador ni constituye una prestación unilateral y gratuita de éste dirigida a fomentar una actividad deportiva, benéfica, cultural o científica, sino que, por el contrario, forma parte del contenido de obligaciones recíprocas que conforman el objeto de un contrato oneroso con el que el patrocinador, a cambio de un precio, obtiene el uso de la imagen del patrocinado para fomentar la venta de su producto”.

Autónoma de Aragón en su Informe 13/2012, de 11 de julio, sobre los Pliegos Tipo de Cláusulas Administrativas Particulares aplicables a los contratos privados de patrocinio publicitario también acude a ese concepto de patrocinio dispuesto en la Ley General de Publicidad.

Cabe señalar que la Junta Consultiva de Contratación de Aragón califica la figura del patrocinio como un contrato, caracterizándolo como un contrato oneroso, bilateral y conmutativo, que se basa en la existencia de obligaciones ciertas y equivalentes para ambas partes y al que, además, considera como contrato privado aún en el caso de ser celebrado por una Administración Pública y resultando aplicable para la adjudicación de este tipo de contratos el procedimiento negociado sin publicidad por las razones expuestas en el informe.

No obstante, habría que contemplar también la posibilidad de que si concurriese un interés común entre las partes más allá de un intercambio de prestaciones que únicamente se basase en una entrega dineraria a cambio de dar publicidad a una entidad, podría formalizarse un convenio.

Al respecto, el artículo 47.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público establece que: “Son convenios los acuerdos con efectos jurídicos adoptados por las Administraciones Públicas, los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes o las Universidades públicas entre sí o con sujetos de derecho privado para un fin común (...) 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”.

No obstante, respecto a la posibilidad de emplear tales convenios de colaboración entre los entes del sector público y sujetos de derecho privado, para la financiación de actividades de interés común a realizar en el territorio competencia de la Administración firmante, hay que reconocer que esta figura no siempre resulta adecuada para apoyar aquellas actividades que no son fruto de un acuerdo de voluntades en la que

se diseña un concreto evento y se reparten las costes, sino que su origen procede de la actividad económica del privado que se materializa en aquellas sedes territoriales que se encuentren interesadas en acoger el evento por razones justificadas de interés público, y es debido a la aplicación del artículo 48, apartado 6, que establece que cuando dichos convenios contienen aportaciones financieras (o subvenciones), estos deben ceñirse exclusivamente a los gastos soportados, en los términos literales siguientes: “*Las aportaciones financieras que se comprometan a realizar los firmantes no podrán ser superiores a los gastos derivados de la ejecución del convenio*”, pues desconoce la Administración interesada en colaborar económicamente en un evento de interés público realizado por un privado, la contabilidad de gastos e ingresos reales de este particular.

2. TIPOS DE PUBLICIDAD Y SU REGULACIÓN JURÍDICA.

En primer lugar, hay que comenzar haciendo mención a la distinción que realiza el propio Tribunal de Cuentas en sus informes de fiscalización¹⁷ relativos a la publicidad institucional, en concreto, en su **Informe 904, de Fiscalización sobre los Contratos de Publicidad y Comunicación Institucional suscritos por las principales Entidades Locales durante los años 2005, 2006 y 2007**, “*Dentro del denominado Derecho de Publicidad, hay que distinguir entre las normas que regulan la actividad publicitaria en tanto que actividad empresarial y profesional; la normativa reguladora de la publicidad de disposiciones normativas, resoluciones y actos administrativos y judiciales; y demás información sobre actuaciones públicas que deban difundirse por*

-
- ¹⁷ Informe 904 de Fiscalización sobre los Contratos de publicidad y comunicación institucional suscritos por las principales entidades locales durante los años 2005, 2006 y 2007.
 - Informe nº 968 I de Fiscalización sobre contratos de publicidad y comunicación institucional suscritos por los departamentos ministeriales del área político-administrativa del estado durante los años 2005, 2006 y 2007.
 - Informe nº 1.047 de Fiscalización sobre contratos de publicidad y comunicación institucional suscritos por departamentos ministeriales y organismos del área de la administración económica del estado, ejercicios 2010, 2011 y 2012
 - Informe nº 1.177 de Fiscalización de la contratación más relevante de servicios de publicidad formalizada por las entidades del sector público empresarial estatal en los ejercicios 2011, 2012 y 2013.
 - Informe nº 960, de Fiscalización de los contratos de publicidad y comunicación institucional suscritos por departamentos ministeriales del área de la administración económica del estado y organismos autónomos de ellos dependientes. Año 2013

mandato legal y las normas que rigen la actividad publicitaria efectuada por las Administraciones Públicas en el ámbito de su interrelación con los ciudadanos”, de lo que se deduce la existencia de hasta tres tipos de publicidad diferentes a utilizar por parte del sector público, que podríamos denominar, comercial, de normas y actos administrativos y por último, la denominada institucional, cuyos conceptos y regulación jurídica iremos exponiendo a continuación, acompañado de ejemplos extraídos de los informes de fiscalización del sector público en materia de publicidad de este mismo órgano y pronunciamientos judiciales.

2.1. La publicidad institucional.

Es *“aquella actividad comunicativa que, orientada a la difusión de un mensaje común y veraz, ajeno a la mera opinión política, realiza la Administración para dar a conocer a los ciudadanos sus derechos y obligaciones, los servicios que presta y las actividades que desarrolla”*, así se define en la exposición de motivos de la **Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de Publicidad y Comunicación Institucional** (en adelante LPCI), de aplicación exclusiva a la Administración General de Estado y entidades integrantes del sector público estatal, resultando únicamente legislación básica a respetar en el desarrollo normativo de las Comunidades Autónomas, su artículo 4¹⁸ en lo que respecta a las prohibiciones, dictada al amparo del título constitucional previsto en el artículo 149, 1, 18 de la CE, entre otras, se resalta la prohibición legal de dedicarla a ensalzar los logros de gestión o los objetivos alcanzados por las entidades del sector

¹⁸ 1. No se podrán promover o contratar campañas institucionales de publicidad y de comunicación:

- a) Que tengan como finalidad destacar los logros de gestión o los objetivos alcanzados por los sujetos mencionados en el artículo 1 de esta Ley.
- b) Que manifiestamente menoscaben, obstaculicen o perturben las políticas públicas o cualquier actuación legítimamente realizada por otro poder público en el ejercicio de sus competencias.
- c) Que incluyan mensajes discriminatorios, sexistas o contrarios a los principios, valores y derechos constitucionales.
- d) Que inciten, de forma directa o indirecta, a la violencia o a comportamientos contrarios al ordenamiento jurídico.

2. Los mensajes o la presentación de las campañas institucionales de publicidad y de comunicación no podrán inducir a confusión con los símbolos, ideas, expresiones, diseños o imágenes empleadas por cualquier formación política u organización social.

3. No se podrán difundir campañas institucionales de publicidad que no se identifiquen claramente como tales y que no incluyan la mención expresa de la Administración o entidad promotora o contratante.

público, que ha dado lugar a numerosas anulaciones de anuncios de campañas de publicidad institucionales que incurrían en tal sesgo.¹⁹

En resumen, podríamos concluir que **su finalidad es informar a los ciudadanos sobre la propia actividad administrativa, “dar a conocer”,** o en palabras del **Tribunal Constitucional** en su reiterada doctrina sobre reparto de publicidad institucional entre los medios de comunicación, formulada ante el recurso de amparo interpuesto por Radio Castellón, a través de cuatro sentencias²⁰, *“La publicidad institucional es una concreción de la comunicación pública que pone en relación a los poderes públicos con los ciudadanos a través de los medios de comunicación social.”*, y ponemos especial atención en esta definición, en los canales por los que la doctrina del Tribunal Constitucional considera se ha de difundir la publicidad institucional, los “medios de comunicación”, por lo que más adelante se comentará respecto al reparto de publicidad entre éstos.

Asimismo, en su artículo 1, apartado 2, reconoce expresamente que *“esta Ley no será de aplicación a las campañas de carácter industrial, comercial o mercantil que desarrollen los sujetos enumerados en el apartado anterior en el cumplimiento de los fines que les son propios”*, es decir, excluye de su ámbito de aplicación a la publicidad comercial cuyo concepto analizamos al principio de este trabajo.

Continuando el análisis normativo de la publicidad institucional, en su artículo 3²¹, se establecen los objetivos tasados que ha de perseguir la publicidad institucional, y

¹⁹ Anulación de la campaña publicitaria "1000 días de Gobierno", que enaltece la labor del ejecutivo de la Generalidad mediante STS de 14 de junio de 2010.

²⁰ STC 104/2014, de 23 de junio, STC 130/2014, de 21 de julio, STC 147/2014, de 22 de septiembre de 2014 y 160/2014, de 6 de octubre.

²¹ a) Promover la difusión y conocimiento de los valores y principios constitucionales.

b) Informar a los ciudadanos de sus derechos y obligaciones legales, de aspectos relevantes del funcionamiento de las instituciones públicas y de las condiciones de acceso y uso de los espacios y servicios públicos.

c) Informar a los ciudadanos sobre la existencia de procesos electorales y consultas populares.

d) Difundir el contenido de aquellas disposiciones jurídicas que, por su novedad y repercusión social, requieran medidas complementarias para su conocimiento general.

e) Difundir ofertas de empleo público que por su importancia e interés así lo aconsejen.

f) Advertir de la adopción de medidas de orden o seguridad públicas cuando afecten a una pluralidad de destinatarios.

g) Anunciar medidas preventivas de riesgos o que contribuyan a la eliminación de daños de cualquier naturaleza para la salud de las personas o el patrimonio natural.

en su apartado 2, lo que la LCSP en su artículo 28, apartado 1, considera la necesidad del contrato, *“Las campañas institucionales de publicidad y de comunicación se desarrollarán exclusivamente cuando concurren razones de interés público y en el ejercicio de competencias propias”*.

Y es su artículo 8 relativo a los contratos vinculados a las campañas reguladas por esta Ley, el que establece que *“se adjudicarán con arreglo a su normativa aplicable, respetando estrictamente los **principios de publicidad y concurrencia**, y atendiendo siempre a criterios objetivos tales como el coste económico y la eficacia prevista del plan de medios. Estos mismos criterios objetivos deberán ser observados por los contratistas en los supuestos de subcontratación.”*

Y aquí conectamos los principios aludidos de **publicidad y concurrencia** que han de respetar los entes del sector público en los contratos de publicidad institucional a celebrar **con los diferentes medios de comunicación** a que hicimos referencia anteriormente, pues en la doctrina del TC ²²antes mencionada para la definición del concepto de publicidad institucional, se dirimía en amparo el recurso interpuesto por Radio Castellón frente a la asignación de publicidad institucional por los Ayuntamientos de Castellón de la Plana, Burriana, Vila-Real y Almazora, por vulneración del derecho a la igualdad ante la ley, en relación con el derecho a la libertad de información, en concreto, por la exclusión absoluta de inserción de publicidad institucional en dicho medio de comunicación, particularmente relevante por su implantación y audiencia, carente por completo de justificación administrativa, en la que para su resolución se abordaron la protección de los dos derechos constitucionalmente protegidos siguientes: *a) el derecho de los ciudadanos a recibir la información de interés general que emane*

h) Apoyar a sectores económicos españoles en el exterior, promover la comercialización de productos españoles e atraer inversiones extranjeras.

i) Difundir las lenguas y el patrimonio histórico y natural de España.

j) Comunicar programas y actuaciones públicas de relevancia e interés social.

²² “La incidencia de la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la adjudicación de los contratos de publicidad institucional”. María Asunción SANMARTÍN MORA. *Contratación Administrativa Práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*.

“La contratación de publicidad institucional en la nueva ley de contratos del sector público”, *Observatorio de Contratación Pública*. María Asunción SANMARTÍN MORA. Directora General de Contratación, Patrimonio y Organización del Gobierno de Aragón.

de los poderes públicos en condiciones de igualdad y no discriminación; b) los derechos de los medios de comunicación social con ocasión de la contratación y difusión de esa información pública.

Al respecto, considera el alto Tribunal, que *“empezando por la primera vertiente citada diremos que, en tanto que facilita la difusión y recepción de información objetiva y veraz sobre asuntos de interés general, la publicidad institucional puede contribuir a concretar el derecho de los ciudadanos a recibir información (STC 14/2003, de 28 de enero, FJ 8), que queda comprendido en el art. 20.1 d) CE, toda vez que no estamos ante una publicidad que procure intereses particulares, sino, antes al contrario, otros propósitos, institucionales, inscritos en el interés general. Adicionalmente, el derecho de acceso a esas informaciones queda atravesado por el art. 14 CE, pues no cabe concebir que la comunicación con los ciudadanos que emane de los poderes públicos, de interés también público, no se canalice a los miembros de la comunidad en términos de igualdad y no discriminación”*.

Estimando finalmente el Tribunal el recurso interpuesto por resultar contrario al principio de igualdad consagrado en el art. 14 de la Constitución Española, la exclusión absoluta de la inserción de publicidad institucional en dicho medio de comunicación, particularmente relevante en función de su implantación y audiencia, sin justificación administrativa alguna que objetive la decisión de conformidad con la pluralidad de elementos concurrentes.

Pues para comprender el alcance de este derecho constitucionalmente consagrado de igualdad en el reparto de contratos de publicidad institucional a los medios de comunicación resultan de interés las referencias bibliográficas citadas al final de este trabajo con números 2, 3, 4, 5 y 6 , en las que entre otras cuestiones, nos recuerdan que anteriormente, en los años 80, se financiaba la actividad de los medios de comunicación a través de ayudas a este sector, establecida en la Ley 29/1984, reguladora de la concesión de ayudas a empresas periodísticas y agencias informativas, que hubo de ser derogada con la incorporación de España en la Unión Europea, mediante la Ley 37/1988, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado

para 1989, por contravenir la normativa comunitaria sobre competencia, comprometiéndose a partir de ese momento el sostenimiento financiero y la independencia ideológica de los mismos, en caso de no aplicarse tales principios en la contratación de la publicidad institucional contenidos en la legislación, de publicidad y concurrencia, ya que estos son la garantía del derecho fundamental a la igualdad, consagrado constitucionalmente en su artículo 14, en el reparto contractual de tales fondos públicos entre los medios de comunicación.

Esta misma percepción de la necesaria utilización de los medios de comunicación para canalizar la publicidad institucional de los poderes públicos dirigida a los ciudadanos, es compartida por nuestro Tribunal de Cuentas, en su **Informe 904**, en la que se pronuncia sobre la utilización de contratos de patrocinio por parte del sector público para realizar actividades de publicidad institucional, de forma desfavorable por entender que el mensaje institucional directo que debe ofrecer el sector público a la ciudadanía se desdibuja con el soporte empleado (una persona física o jurídica, determinada por unos valores concretos), del siguiente tenor literal *“El empleo de estas técnicas supone desvirtuar la finalidad de la publicidad institucional, a la que se desvincula del ciudadano como receptor analítico de información servicial para vincularla con quien es considerado sujeto pasivo meramente receptor de unos valores que se presumen ínsitos en el soporte utilizado, de forma que el medio empleado deviene mensaje”*.

Considerándose finalmente en dicho Informe, *“actuaciones publicitarias ajenas a la finalidad propia de los servicios de publicidad institucional”*, una serie de ejemplos relativos a Convenios de colaboración y/o patrocinio con entidades deportivas o determinadas empresas para publicitar eventos específicos de diferentes entes públicos fiscalizados.

No obstante lo anterior, en el siguiente epígrafe podremos comprobar como esos principios contenidos en la legislación de publicidad institucional estatal, no han quedado debidamente plasmados en la legislación dictada por todas las Comunidades Autónomas, dando lugar a diferentes fórmulas jurídicas en la contratación de publicidad

institucional por parte de los entes públicos españoles que pueden dar lugar, a un desigual y a la vez, justificado reparto de fondos entre los medios de comunicación, situación de la que se ha hecho eco la Unión Europea, preocupada por la politización de los medios de comunicación y por la falta de transparencia respecto a quienes son sus propietarios y los fondos públicos que reciben, aprobando recientemente el Consejo y el Parlamento, un acuerdo sobre el nuevo **Reglamento de Libertad de Medios de Comunicación** de la **Unión Europea, en el cual** respecto a la publicidad institucional, contiene medidas de transparencia tales, como la obligación de los medios de informar sobre los fondos públicos recibidos en concepto de publicidad o en forma de subvenciones, incluyendo financiación desde terceros países, y obligación de asignar tales fondos públicos a los medios de comunicación o a las plataformas en línea, mediante **criterios públicos proporcionados y no discriminatorios**.

A la vista de todo lo anterior y a modo de reflexión personal, considero que el contrato de patrocinio adjudicado por procedimiento negociado sin publicidad, no debiera ser un procedimiento adecuado para la contratación de publicidad institucional, pues en primer lugar, permite el acceso a la percepción de tales fondos públicos constitucionalmente protegidos en los términos expuestos, a los actores objeto de este estudio, los patrocinados profesionales del deporte, de la beneficencia, la cultura, la ciencia y otros sectores no definidos legalmente, pero en todo caso, ajenos a los medios de comunicación, y segundo, porque el procedimiento utilizado para ello de carácter excepcional sin límite de gasto, aunque pudiera estar justificado a nivel procedimental al amparo de lo dispuesto en el artículo 168 de la LCSP, limitaría el acceso a un reparto igualitario y proporcional de tales fondos al sector empresarial dedicado a la publicidad.

2.2. La publicidad comercial.

Cuya definición vimos al principio de este trabajo, su **FINALIDAD** es **fomentar la contratación o incremento de las ventas de los productos objeto de publicidad, “promover” de forma directa o indirecta la actividad económica.**

La consideración de dicha actividad publicitaria comercial del sector público, distinta de la institucional, es también objeto de fiscalización por parte del Tribunal de Cuentas, en su **Informe N.º 1.177 de Fiscalización de la Contratación más relevante de servicios de Publicidad Formalizada por las Entidades del Sector Público Empresarial Estatal en los ejercicios 2011, 2012 Y 2013**, para verificar que su contenido no transmita ningún mensaje de carácter institucional o de percepción de buena imagen, por parte del ente del sector público que la contrata, manifestándose en los siguientes términos:

“Al respecto, todas las campañas revisadas en los trabajos de fiscalización en relación con los contratos analizados tenían carácter comercial o mercantil, ya fuera para vender productos en concreto, para dar a conocer con fines comerciales a la empresa anunciante como proveedora de productos o, en el caso de SEVALAE, para promocionar la oferta pública de venta de las acciones de SELAE. No obstante, las campañas de Renfe-Operadora, si bien tenían, en general, un carácter marcadamente comercial, compartían ciertos elementos que podrían considerarse institucionales, dado el interés o relevancia social inherente en la promoción del uso del tren. En la mayoría de los anuncios de estas campañas, a continuación del nombre de la Entidad, se añadía un logotipo o una referencia breve en el que se indica “Ministerio de Fomento/Gobierno de España” (apostilla) que potencia el carácter institucional de la campaña y, además, proyecta de algún modo la buena imagen de la Entidad o de sus servicios en la imagen del Gobierno existente en el momento en que se publicara el anuncio.”

Y llama la atención por la separación clara que realiza este órgano fiscalizador en esta materia de publicidad, entre comercial e institucional, El **Informe N.º 960 de Fiscalización de los Contratos de Publicidad y Comunicación Institucional suscritos por Departamentos Ministeriales del Área de la Administración Económica del Estado y Organismos Autónomos de ellos dependientes**, en lo que respecta a la actividad publicitaria de TURESPAÑA, la cual por acuerdo de su Consejo de Ministros en el año 2008, pasó a ser exclusivamente de carácter comercial y no,

institucional, por el contenido de la misma, así consta en el apartado II.3.2.A. del citado Informe, relativo a INSTITUTO DE TURISMO DE ESPAÑA (TURESPAÑA), organismo público, adscrito al [Ministerio de Industria, Comercio y Turismo](#) a través de la **Secretaría de Estado de Turismo**, responsable de la promoción de España como destino turístico en el mundo, concluyendo lo siguiente:

“Las campañas de publicidad realizadas por TURESPAÑA en los años fiscalizados, genéricamente denominadas “Promoción del Turismo de España en el Exterior”, tenían la consideración de institucionales, y como tales se reflejaron en los planes e informes anuales de publicidad institucional. No obstante lo anterior, por acuerdo del Consejo de Ministros del 30 de mayo de 2008 las campañas de TURESPAÑA pasan a ser campañas de tipo comercial, quedando por tanto fuera del objeto y ámbito de la Ley 29/2005 de Publicidad y comunicación Institucional (artículo 1.2). En los Informes de Publicidad de 2006 y 2007 se ponen de manifiesto los importes de adjudicación de los contratos de difusión de publicidad en medios tradicionales (“off line”), y no se informa de los gastos ejecutados, ni de las modificaciones de los contratos iniciales, ni de los contratos de difusión de publicidad en Internet (“on line”), ni de los de creatividad publicitaria, por lo que los importes son inferiores en 6.614 y 6.028 miles de euros a los costes de la campaña en los ejercicios correspondientes.”

A la vista del anterior ejemplo de organismo público estatal, con competencias en materia de promoción del turismo de España, que contrata publicidad comercial para incrementar la afluencia de visitantes a nuestro territorio, hemos de detenernos para aclarar, que **el carácter industrial o comercial se predica de la publicidad a realizar** y no, del carácter del ente del sector público que contrata la publicidad, es decir, no sólo las empresas mercantiles podrían contratar actividades publicitarias de carácter comercial o industrial, sino también la propia Administración Pública y resto de entidades dependientes con forma distinta a la mercantil, cuando publicitan con fines comerciales, mercantiles o industriales, las actividades o servicios que desarrollan o prestan, sean de interés general (servicios públicos en régimen o no, de competencia

general²³) o de carácter industrial o mercantil (actividades económicas en régimen de competencia), es decir, en ambos casos, lanzan a la ciudadanía un mensaje publicitario de carácter comercial con finalidad de incrementar, directa o indirectamente, las ventas del producto/servicio a promocionar objeto de su competencia, y por tanto, se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la regulación de la publicidad comercial, y no, de la institucional, caracterizada por el contenido informativo de derechos y servicios que presta el sector público a los ciudadanos.

No obstante, resulta evidente que la actividad o servicio que presta o promueve el sector público, debe revestir un **interés económico**, para que la publicidad comercial de la misma retorne en un beneficio industrial o comercial, aunque el beneficiario directo no sea la Administración Pública, sino otros sectores económicos que competencialmente tiene atribuida el ente público anunciante la obligación de promover, por ejemplo, la analizada publicidad comercial de España como destino turístico que reporta beneficios económicos a la industria turística cuya promoción es competencia del organismo antes mencionado, TURESPAÑA.

Como ejemplo de la distinción arriba expuesta, tenemos el propio Plan de Publicidad y Comunicación Institucional publicado en la web estatal²⁴, elaborado por la Comisión de Publicidad y Comunicación Institucional, en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de Publicidad y Comunicación Institucional, con carácter anual, en el que se destina un presupuesto de 138,29 millones de euros a publicidad institucional, junto al importe de 131,76 millones de euros destinados a campañas de carácter comercial, resultando una inversión publicitaria total prevista (campañas institucionales más comerciales) de la Administración General del Estado y su sector público, de 270,06 millones de euros.

Aunque las campañas de carácter comercial no entran dentro del ámbito de aplicación de la Ley 29/2005, como se informa en el presente Plan, no obstante, se

²³ “Retrato de una empresa pública que no huye del derecho administrativo”. Fermín VALLECILLO MORENO. Interventor General del Ayuntamiento de Málaga. *Revista La Ley* 18 de junio de 2013.

²⁴ <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/cpci/Paginas/index.aspx>

recogen como información en el mismo, siendo once los ministerios que contratarán este tipo de campañas, inversión en publicidad comercial que asciende casi al mismo importe que la institucional, y en la que se puede observar que más de 45 millones de euros corresponden a la Sociedad Estatal de Loterías y Apuestas del Estado, S.A.(SELAE), más de 16 millones a RENFE Operadora, entre otros organismos, habiendo observado a través de los contratos publicados en sus respectivos perfiles de órganos de contratación alojados en la PLACSP, contratos de patrocinio, en concepto de publicidad comercial publicados por tales entes públicos estatales suscritos con federaciones deportivas, comités olímpicos, fundaciones y empresas privadas.

2.3. Publicidad de las normas y actos administrativos.

Por último, el concepto de este tipo de publicidad distinto de los anteriores se deduce del apartado 2 del artículo 2 de la **Ley 6/2005, de 8 de abril, reguladora de la Actividad Publicitaria de las Administraciones Públicas de Andalucía (en adelante LAPAPA)**, en el cual se excluye de la aplicación de la misma, a la publicidad normativa y otros anuncios de actos de la Administración que deban publicarse legalmente, tanto en boletines oficiales del ámbito territorial de la correspondiente Administración Pública, como en otros medios de difusión, complementarios, a los que potestativamente la administración puede acudir, en virtud de la previsión contenida en el tercer párrafo del artículo 44 de la Ley 39/2015, de 2 de octubre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común.

3. REGULACIÓN JURÍDICA DE LA PUBLICIDAD INSTITUCIONAL POR COMUNIDAD AUTÓNOMA. EN PARTICULAR EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA ANDALUZA.

Como adelantábamos en el epígrafe anterior, esta materia ha sido objeto de regulación por cada Comunidad Autónoma, excepto en cinco de ellas que todavía no han legislado al respecto, como son Madrid, Cantabria, Galicia, Castilla La Mancha y Navarra (si bien esta última dictó una Orden Foral 1/2003, de 11 de noviembre, del

consejero de administración local, como portavoz del gobierno de Navarra, por la que se determinan las directrices de contratación de la publicidad institucional de la administración de la comunidad foral de Navarra) para el resto, resulta de aplicación su propia normativa, tanto para la administración de su CCAA y sus entes dependientes, como para los entes locales de su correspondiente territorio, con diferencias significativas respecto a la aplicación de los principios de publicidad y concurrencia que la contratación de tales servicios publicitarios debiera contener en salvaguarda del sostenimiento financiero y garantía de independencia de los medios de comunicación utilizados en tales territorios, teniendo en cuenta además, que tres de ellas, Cataluña, Aragón y Andalucía publicaron sus respectivas normas antes de la estatal, y por tanto, contienen en su texto, objetivos publicitarios prohibidos en el artículo 4 de la Ley estatal, consistentes en información de lo que se consideran logros en sus resultados de su gestión pública.²⁵

No obstante lo anterior, centrándonos en el objeto de este trabajo, el contrato de patrocinio publicitario, el cual generalmente se contrata mediante procedimiento negociado sin publicidad, por tratarse en la mayoría de las ocasiones de un contrato “intuitu personae”, como informaba el órgano consultivo de Aragón, en primer lugar, debemos recordar que dicho procedimiento de carácter excepcional²⁶, se encuentra regulado en el artículo 168, apartado a) 2) de la LCSP, dirigido a un único empresario determinado por las especiales circunstancias descritas en el mismo, en el que encajaría el contrato de patrocinio publicitario dirigido a una persona, ajena al sector de la publicidad, elegida por su buena imagen reputacional, motivo que pudiera estar relacionado con los previstos en dicho artículo *“Cuando las obras, los suministros o los servicios 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 única no integrante del Patrimonio Histórico español o actuación artística única; que no exista competencia por razones técnicas; o que proceda la*

²⁵ Informe 904 de fiscalización sobre los contratos de publicidad y comunicación institucional suscritos por las principales entidades locales durante los años 2005, 2006 y 2007.

²⁶ Informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado 2/13, de 25 de julio de 2014: “el uso del procedimiento negociado es verdaderamente excepcional dentro de nuestra legislación de contratos, por lo que debe ser estudiado con gran rigurosidad”.

protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial”, es decir, se trataría de una adjudicación directa que requiere se justifique que no exista una alternativa o sustituto razonable y que la ausencia de competencia no sea consecuencia de una configuración restrictiva de los requisitos,²⁷ exigidos en el expediente.

Recordado lo anterior, podemos afirmar, que tal procedimiento no podría celebrarse por la Administración General del Estado y sus entes dependientes, así como en CCAA como las de Andalucía, Asturias, Euskadi, Baleares, Extremadura y Murcia, por aplicación a la contratación de estos servicios de los principios de publicidad y concurrencia que inspiran su normativa de aplicación, mientras que del análisis del resto de normativas del territorio nacional donde estos principios no han quedado impresos, si sería admisible utilizar tal procedimiento, siempre y cuando su objeto responda a satisfacer necesidades de publicidad institucional de la entidad contratante y se justifique en el expediente las circunstancias antes indicadas²⁸.

No obstante lo anterior, tales principios no son inspiradores de la normativa de Cataluña, Canarias, Castilla y León, La Rioja y Valencia, y en principio, la utilización de tal procedimiento excepcional de forma justificada no conculcaría su normativa en esta materia. Asimismo, determinadas normativas territoriales, como las de Cataluña, Aragón, Extremadura, La Rioja, Valencia y Murcia, expresamente contienen mención a dicho contrato de patrocinio, y en dos de ellas, incluso regulación de sus limitaciones, como son las de Valencia y Murcia.

En concreto, en nuestra CCAA, la andaluza, la regulación de la publicidad institucional se encuentra prevista en una Ley dictada casi nueve meses antes de la

²⁷ Sentencia n.º 29/2021, de 22 de enero de 2021, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Oviedo, anula un contrato de patrocinio porque el Ayuntamiento se ha encargado de ir 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. (B10)

²⁸ JCCE Informe 11/2004, de 7 de junio, “La utilización del procedimiento negociado tiene carácter excepcional y solo procede cuando concurren las causas taxativamente previstas en la ley, que son de interpretación estricta y han de justificarse “debidamente” en el expediente. La causa justificadora del procedimiento negociado del artículo 170 d del TRLCSP no reside en el carácter artístico del trabajo, sino en que únicamente haya un empresario o profesional al que pueda encargársele el trabajo, sea por razones técnicas, artísticas o de exclusividad de derechos.”

estatal, la **LAPAPA**, cuyo ámbito de aplicación subjetiva previsto en su artículo 2, apartado 1, establece que *“esta Ley será de aplicación a las actividades publicitarias que desarrollen la Junta de Andalucía y las Administraciones locales andaluzas, así como los organismos, entidades de Derecho público y sociedades mercantiles vinculadas o dependientes de aquéllas, participadas mayoritariamente de forma directa o indirecta, que no sean de carácter industrial o comercial.”*

Es decir, al igual que la previsión contenida a nivel nacional, no resulta de aplicación a los entes del sector público mencionados anteriormente, cuando el objeto de la publicidad sea de carácter comercial o industrial.

Respecto al contenido que ha de tener la publicidad institucional en nuestra CCAA andaluza, previsto en su artículo 3²⁹, llama la atención su apartado g) *“Difundir la imagen de Andalucía o del ámbito de cada Administración con fines de promoción turística”*, por tratarse de un objetivo de promoción de la industria turística andaluza, que sin embargo, desde el ámbito de la Administración Estatal analizado anteriormente en el informe del Tribunal de Cuentas, se ha considerado de carácter comercial.

Pues bien, los principios a garantizar en la contratación de la actividad publicitaria institucional andaluza son los previstos en el artículo 4, apartado 4 de la LAPAPA, siguientes: **la libre concurrencia**, así como la transparencia, eficacia y rentabilidad en la asignación de los recursos económicos. Mientras que los procedimientos para contratar la actividad publicitaria serán los previstos en la LCSP y demás normativa que resulte de aplicación, en especial en lo relativo a los criterios de adjudicación de los mismos, según lo dispuesto en el artículo 5 de la misma Ley,

²⁹ “a) Promover valores y conductas que consoliden la democracia, la libertad, la convivencia y la solidaridad.
b) Implicar a la ciudadanía andaluza en el objetivo de lograr una sociedad cohesionada y avanzada en cuanto a conciencia cívica y progreso económico y social.
c) Informar a los ciudadanos de sus derechos y obligaciones.
d) Promover el ejercicio de derechos o el cumplimiento de deberes en condiciones de igualdad.
e) Fomentar actitudes y comportamiento de los ciudadanos en relación a bienes o servicios públicos de carácter educativo, cultural, social, sanitario, de fomento de empleo u otros de análoga naturaleza.
f) Favorecer la existencia de hábitos saludables, individual o colectivamente.
g) Difundir la imagen de Andalucía o del ámbito de cada Administración con fines de promoción turística.
h) Informar sobre la existencia, composición y funcionamiento de las instituciones públicas.
i) Informar, con carácter general, sobre los proyectos y resultados en la gestión pública.”

regulación jurídica de aplicación que impide, como hemos concluido anteriormente, la utilización del procedimiento negociado sin publicidad para contratar publicidad institucional en Andalucía.

A colación con lo anterior, resulta de interés conocer el caso de Aragón, a través del **Informe 13/2012, de 11 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación, Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, Asunto: «Pliegos Tipo de Cláusulas Administrativas Particulares aplicables a los contratos privados de patrocinio publicitario**, pues del mismo se extrae la conclusión de que el contrato de patrocinio puede adjudicarse mediante procedimiento negociado sin publicidad por parte de todas las entidades que conforman el sector público aragonés, y ello es así, porque su legislación autonómica en materia de publicidad institucional conformada por la Ley 16/2003, de 24 de marzo, excluye expresamente a los contratos de patrocinio de la aplicación de los criterios de contratación, al disponer en su artículo 5, apartado 1, exactamente lo siguiente (el entre paréntesis es nuestro): *“1. Los contratos de **publicidad, difusión publicitaria y creación publicitaria** (no incluye el contrato de patrocinio al que se refiere en su artículo 1) en los que fueren parte las administraciones, los organismos y las empresas públicas comprendidos en el ámbito de aplicación de esta Ley, se ajustarán a los principios contenidos en la misma y a lo dispuesto en la normativa vigente en materia de contratación de las Administraciones públicas, con respeto a los principios de **libre concurrencia e igualdad entre los licitadores.**”*

A diferencia de nuestra norma sectorial autonómica andaluza LAPAPA, que establece literalmente, en su artículo 5 (el entre paréntesis es nuestro): *“1. Los contratos que, relativos a la actividad publicitaria (todos los indicados en su artículo 1, contratos de publicidad, difusión publicitaria, creación publicitaria y patrocinio, sin exclusión alguna), celebren los entes comprendidos en el ámbito de esta ley se ajustarán a los principios a los que se refiere el artículo anterior (libre concurrencia), así como a lo previsto en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, y demás normativa que resulte de aplicación, en especial en lo relativo a los criterios de adjudicación de los mismos.”* Y los principios a los que se refiere el artículo anterior

son los ya citados, ” *En todo caso, deberá garantizarse la libre competencia, así como la transparencia, eficacia y rentabilidad en la asignación de los recursos económicos.*”

De lo anterior podemos finalizar este apartado concluyendo que, no podrían adjudicarse mediante procedimiento negociado sin publicidad los contratos de publicidad institucional, como el de patrocinio, que se celebren por las entidades que conforman el sector público en Andalucía, salvo que la actividad publicitaria a contratar por el ente público andaluz tenga un contenido de carácter mercantil o industrial, pues con dicho objeto no le sería de aplicación la normativa reguladora de la publicidad institucional, sino la de publicidad general, regulada en la Ley General de Publicidad de 1988.

Y esta afirmación se deduce de la propia LGP, la cual no contiene ninguna mención específica para la contratación de la publicidad comercial por parte de tales entes, por lo que en tal caso, habrá de acudirse a lo regulado para cada tipo de ente en la LCSP, resultando de aplicación los principios previstos en su artículo 1 y los procedimientos regulados en la misma, según el ente sea poder adjudicador, poder adjudicador no administración pública y ente del sector público, sin más limitación que las previstas en dicha Ley³⁰.

Al final de este trabajo se ofrece un cuadro informativo del análisis de legislación autonómica en materia de publicidad institucional en el que se detallan los elementos valorados anteriormente, tales como principios y criterios de contratación, mención o no al contrato de patrocinio, incluyendo en la última columna la posibilidad o no de celebrar contratos de patrocinio por procedimiento negociado sin publicidad, en atención a la inclusión o no en la norma, de los principios de publicidad y competencia que han de regir los contratos de publicidad institucional (Patrocino NSP: SI o NO).

³⁰ “La contratación pública en relación a los poderes adjudicadores no Administración Pública. Especial referencia al ámbito cultural”. Herminia María MORALES MÉNDEZ, Técnico Servicios Jurídicos *Contratación Administrativa Práctica*, Nº 189, Sección Reflexiones, Enero-Febrero 2024.

4. ANÁLISIS DE OTRAS FIGURAS UTILIZADAS POR PARTE DE ENTES DEL SECTOR PÚBLICO ESPAÑOLES PARA LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS DE PATROCINIO

A la vista de la imposibilidad legal de contratar patrocinios de publicidad institucional por procedimiento negociado sin publicidad, por conculcar los principios de libre concurrencia e igualdad en algunos territorios autonómicos, como el andaluz, venimos contemplando a través de publicación en las web institucionales o en la Plataforma de Contratación del Sector Público³¹, la celebración de este negocio jurídico a través de la articulación de diferentes figuras que serán objeto de análisis en este trabajo, como son las siguientes:

4.1. Plan de Patrocinios.

Como respuesta a una convocatoria de un Plan elaborado como “norma marco” de los contratos de patrocinio que posteriormente se adjudicaran, previa selección mediante criterios de adjudicación de impacto mediático, a través de contratos menores y procedimientos negociados sin publicidad, según su importe exceda o no del umbral establecido legalmente para el primero. Pues bien, a la vista del clausulado de tales Planes, se ha de poner de manifiesto que tal figura jurídica vulnera la correcta justificación de varios de los extremos exigidos para la confección de un expediente de contratación, como este de patrocinio, previsto en el artículo 116, apartado 4, de la LCSP, artículo que le es de plena aplicación, aun tratándose de un contrato privado. En particular, nos referimos a los siguientes extremos del citado artículo:

³¹ <https://transparencia.dip-badajoz.es/planificacion/planes-anales-de-patrocinios/>
https://contrataciondelestado.es/wps/poc?uri=deeplink%3Adetalle_licitacion&idEvl=VKW3sIUOqtVq4S9zvaQpQ%3D%3D
https://contrataciondelestado.es/wps/poc?uri=deeplink%3Adetalle_licitacion&idEvl=UrASDLgQb6mExvMJXBMHHQ%3D%3D

a) La elección del procedimiento de licitación.

A la vista de la articulación de tales planes, podemos concluir que el órgano de contratación no podría justificar adecuadamente la elección de los procedimientos establecidos para los contratos de patrocinio, pues es el propio Plan es el que contiene la elección de los mismos en función del importe destinado al patrocinio, en base a criterios contrarios a la naturaleza doctrinal y legal de tales procedimientos, pues por un lado, el contrato menor, es una suerte de adjudicación directa para objetos de escasa cuantía que no sean de carácter recurrente³², y que por tal razón, no puedan ser objeto de planificación, convirtiéndose este tipo de contratos previstos en este Plan en todo lo contrario, en una suerte de otorgamientos de contratos menores de patrocinio que responden a una convocatoria perfectamente planificada, económica y temporalmente. Mientras que por otra parte, el procedimiento negociado sin publicidad por razones de “exclusividad”, previsto en el artículo 168, apartado 2 de la LCSP, es un procedimiento al que debe recurrirse con carácter excepcional, y no se podría justificar en los expedientes que se confeccionen en respuesta al Plan de patrocinios convocado, pues en primer lugar, la actividad a patrocinar surge a propuesta del interesado y no, de la configuración de la necesidad a satisfacer por esta Administración y segundo, porque es respuesta al previo Plan de Patrocinios, por lo que la ausencia de competencia en la actividad propuesta por el privado, es consecuencia de una configuración restrictiva de los requisitos y criterios para adjudicar el contrato, prohibición antes contenida en la LCSP en el mismo artículo, que aunque actualmente ha sido suprimida³³, se considera un concepto vigente y de aplicación directa en virtud de la propia definición de “exclusividad” prevista en el considerando 50 de la Directiva 24/2014/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, admitida para este tipo de procedimientos que debe responder a causas objetivas, del siguiente tenor, *“La exclusividad puede también surgir por otros motivos, pero solo las situaciones de exclusividad objetiva pueden justificar el*

³² Informe JCCE 90/2018, de 4 de marzo de 2019, “en el caso de los contratos menores, aunque la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público ha incidido en la realización de una tramitación reducida, con el fin de ofrecer una garantía de transparencia, publicidad y seguridad jurídica en la realización de estos contratos, lo que no ha hecho es variar su concepción clásica como un supuesto de adjudicación directa, permitido y sancionado legalmente por virtud de su escasa cuantía.”

³³ Disposición final 27.8 de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, sin explicación en la Exposición de Motivos.

recurso al procedimiento negociado sin publicación, siempre que la situación de exclusividad no haya sido creada por el propio poder adjudicador con vistas al futuro procedimiento de contratación”, exclusividad que en estos contratos ha sido creada por el mismo poder adjudicador³⁴ como respuesta a esta convocatoria de lo que deberíamos denominar, ayudas públicas.

b) La necesidad de la Administración a la que se pretende dar satisfacción mediante la contratación de las prestaciones correspondientes; y su relación con el objeto del contrato, que deberá ser directa, clara y proporcional.

Pues bien, la necesidad e idoneidad aludida en tales Planes que se ejecutan a través de contratos de patrocinio, no resulta adecuada a lo exigido en el artículo 28 de la LCSP, dedicado a la necesidad e idoneidad del contrato y eficiencia en la contratación, cuyo apdo. 1, establece que, “*Las entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales*”, entendiéndose que por tales fines se satisfacen competencias provinciales y/o municipales concretas establecidas legalmente, asumidas por delegación o distintas, en los términos establecidos en el artículo 7, apdo. 4 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local (en adelante LBRL).

Siendo las necesidades indicadas en tal Plan: “el apoyo al sector correspondiente” y “la mejora de la imagen reputacional del ente convocante”, podemos concluir respecto de la primera, “*de apoyo al sector*”, que no se trata de una necesidad, sino del ejercicio de la competencia propia de municipios y diputaciones provinciales, que se sustancia a través de técnicas o figuras jurídicas distintas a los contratos dirigidos a personas físicas y jurídicas, públicas o privadas, que realicen eventos que sean susceptibles de apoyo económico, como son los Planes Provinciales de Cooperación a las Obras y Servicios municipales y las subvenciones, en los términos establecidos en el

³⁴ Resolución TACRCJA 195/2017, “En definitiva, pues, para acudir al supuesto legal de procedimiento negociado es necesario que el órgano de contratación justifique y acredite que es imposible promover la concurrencia porque objetivamente solo existe una empresa que pueda encargarse de la ejecución del contrato, no concurriendo una razón técnica determinante de la exclusividad cuando, además de existir alternativas razonables en el mercado, la exclusividad fuera consecuencia de una restricción artificial de los parámetros de la contratación al exigirse en los pliegos unos requisitos técnicos que solo puede cumplir una empresa determinada».

artículo 36, apdo. 1, a) de la LBRL; y la segunda, “*de imagen reputacional*”, que dicha necesidad es totalmente ajena al cumplimiento de los fines institucionales de cualquier Administración Pública, y que incluso, la búsqueda de esa percepción a través de contratos de patrocinio de publicidad institucional podría contravenir la prohibición prevista en el artículo 4 de la norma estatal, a) *Que tengan como finalidad destacar los logros de gestión o los objetivos alcanzados por los sujetos mencionados en el artículo 1 de esta Ley*, al publicarse exclusivamente el logo del ente convocante, sin inclusión de ningún mensaje dirigido a la ciudadanía.

Por todo lo anteriormente expuesto podríamos concluir que la finalidad perseguida por este instrumento jurídico, debería articularse a través de una subvención, en los términos establecidos en el artículo 2 de la LGS, dirigidas a personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, españolas o extranjeras, para apoyar determinadas actividades que se celebren en el territorio de competencia de ente público convocante, dirigidas a la consecución de un determinado objetivo, *como es la ejecución de un proyecto, la realización de una actividad, la adopción de un comportamiento singular, ya realizados o por desarrollar, o la concurrencia de una situación*³⁵, que sea además, *de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública*³⁶, como el previsto en dicho Plan, “*de desarrollo sostenible contra el despoblamiento rural*”, exigiendo el artículo 9, apdo. 2 de la LGS, que con carácter previo al otorgamiento de las subvenciones, deberán aprobarse las normas que establezcan las bases reguladoras de concesión en los términos establecidos en esta ley, con obligación de difundir el carácter público de la aportación recibida al desarrollo de su actividad, en los términos recogidos en el artículo 18, apdo. 4 de la LGS.

4.2. Contratación de patrocinio publicitario a través de procedimiento abierto.

También se ha observado en la Plataforma de Contratación del Sector Público, convocatoria de contratación de patrocinios por procedimiento abierto dirigido a las empresas privadas promotoras/organizadoras de determinadas actividades

³⁵ Artículo 2,1, b) de la LGS.

³⁶ Artículo 2,1, c) de la LGS.

agroalimentarias y/o culturales, cuya necesidad e idoneidad se encuentra justificada en el expediente para la “promoción de un determinado sector económico de actividad mediante la inserción de un mensaje de marca comercial”, adecuada a lo exigido en el artículo 28 de la LCSP, competencia de dicha Administración Pública convocante, pues bien, a la vista del clausulado de tales pliegos, se ha de poner de manifiesto que con tal figura jurídica los entes públicos tampoco conseguirían satisfacer la necesidad perseguida con dicho contrato, de vincular su marca o mensaje con unos determinados valores o “buena imagen” proyectada por el patrocinado, por aplicación en sus normas de preparación y adjudicación de la LCSP y sus principios inspiradores, en particular, del análisis de los extremos contenidos en el artículo 116, apartado 4, de la LCSP, se detectan las siguientes inconveniencias para la consecución de la finalidad última perseguida:

a) La elección del procedimiento de licitación.

Respecto a la elección del procedimiento de contratación por procedimiento abierto dirigido a empresas privadas promotoras/organizadoras de determinadas actividades, no puede considerarse plenamente justificada la elección del mismo, por loable que éste sea al permitir la concurrencia de toda empresa con capacidad de obrar con solvencia adecuada y suficiente y no incurso en prohibición de contratar, por cuanto, como indicamos al principio de este trabajo, el patrocinado, a que se refiere el artículo 22 de la LGP, es un profesional dedicado a la cultura, el deporte, la investigación, la beneficencia u actividad de otra índole, elegido por los valores que proyecta a la sociedad en su actividad diaria, con los que el ente público quiere vincularse para emitir un mensaje a la ciudadanía, por lo que hay que tener en cuenta que la elección de este procedimiento permite la concurrencia de todo tipo de empresas con diferente reputación social, y no por ello, incursas en prohibición de contratar.

b) Los criterios de solvencia técnica o profesional, y económica y financiera, y los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato, así como las condiciones especiales de ejecución del mismo.

Respecto a la necesidad de definir en el expediente de contratación los criterios de solvencia técnica y profesional, hemos de indicar que no podría incluirse un CPV correspondiente a servicios de publicidad, por cuanto se ha informado que los patrocinados no deben tener solvencia en dicho sector, por tanto, al configurar el expediente de contratación los criterios de solvencia deberán dirigirse a un sector profesional determinado (cultural, deportivo, científico, de beneficencia o de otra índole), y acreditarse con los medios establecidos en la LCSP³⁷, lo cual nunca resultaría proporcional a su imagen reputacional.

Asimismo, respecto a la necesidad de acreditar la solvencia económica a través de los medios establecidos en la LCSP³⁸, tales como, volumen de negocios, suscripción de seguro, patrimonio neto, debe tenerse en cuenta que la superación de unos determinados dichos umbrales económicos, pueden estar excluyendo a licitadores con buena reputación corporativa interesados en acceder al patrocinio de sus nobles actividades más necesitadas de dicha ayuda, que los que superan este requisito de admisión.

Igual ocurre con los criterios de adjudicación, pues éstos deben cumplir los términos definidos para ellos en el artículo 145 de la LCSP, apdo. 5, de forma que se garantice la adquisición del mejor objeto calidad-precio, que debiera ser la consecución de un retorno publicitario que mejore la marca del ente público convocante, criterios entre los que no se podrán incluir características subjetivas de imagen de la empresa³⁹, que es realmente el activo o valor intangible que persigue este contrato publicitario.

³⁷ Por analogía, artículo 90 de la LCSP, solvencia técnica o profesional para contratos de servicios.

³⁸ Artículo 87 de la LCSP, acreditación de la solvencia económica y financiera.

³⁹ Informe de la JCCCE 53/1997, de 2 de marzo de 1998. "Los criterios objetivos de valoración de las ofertas y su distinción de los medios en virtud de los cuales se determina la solvencia de las empresas. El criterio objetivo de la calidad".

Informe 9/2012, de la Junta Consultiva de Contratación de Cataluña, "Al margen de los criterios mencionados, tal como ha declarado esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en el pliego se puede introducir cualquier otro criterio que reúna los requisitos siguientes: - ser objetivo, - estar referido a la prestación objeto del contrato o directamente relacionado con esta prestación, - tiene que permitir determinar cuál de las ofertas o de las proposiciones presentadas es la más ventajosa económicamente, y - no tiene que hacer referencia a las características de las empresas".

4.3. Convocatoria de subvenciones para el fomento del patrocinio publicitario.

Por último, como ejemplo de técnica jurídica adecuada para el fomento del patrocinio de equipos deportivos desde el sector privado, podemos acudir a la Orden de la Consejería de Educación y Deporte de la Junta de Andalucía, 2 de mayo de 2024, publicada en el BOJA número 97 de 21/05/2024, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones en materia de deporte, en régimen de concurrencia no competitiva, dirigidas a empresas, personas trabajadoras por cuenta propia y fundaciones, para el fomento del patrocinio publicitario deportivo, entendemos que a la vista de la imposibilidad de esta Administración autonómica de celebrar contratos de patrocinio institucionales deportivos, por las razones aludidas en este trabajo, han preparado una línea estratégica de subvenciones que fomenta que las entidades y personas beneficiarias, como sectores productivos estratégicos en la economía andaluza, apuesten por el contrato de patrocinio publicitario deportivo como un activo diferenciador de su marca, relacionado con los valores del deporte, que redundará en un incremento de su reputación corporativa, una maximización de sus ganancias y, por lo tanto, en el retorno de la inversión realizada al efecto, técnica subvencional de los contratos de patrocinio deportivos celebrados por los beneficiarios de esta subvención autonómica, en la que éste escoge libremente al patrocinado con el que quieren vincular su marca, y que a priori, ha de considerarse, adecuada a la legislación en materia de contratos y de subvenciones, por todo lo anteriormente expuesto.

5. CONCLUSIONES.

Aunque las conclusiones para el lector de este trabajo pueden ser múltiples, distintas e incluso contrarias a las que a continuación emitiré, reconozco que se trata de una materia que se presta a una gran confusión por los siguientes motivos, primero, por el desconocimiento de la existencia de dos grandes tipos de publicidad, sus diferentes finalidades y criterios de contratación, segundo, por la diferente normativa autonómica existente en materia de publicidad institucional, tercero, por la habilitación conferida

por el poder legislativo al sector público estatal empresarial y fundacional para el “patrocinio” distinto al contrato de patrocinio publicitario, y en cuarto y último lugar, por el interés público que persiguen los entes públicos de promover la actividad económica en los territorios de su competencia, a través la promoción de eventos que se celebren en su ámbito territorial, a través de fórmulas distintas a las subvenciones y los convenios de colaboración, más flexibles que impongan menores cargas de justificación a los fondos públicos tanto a las entidades que los perciben, como a los entes públicos concedentes, dada la necesidad de auditar los gastos e ingresos totales por la celebración de tales eventos.

Por todo ello, y a modo de conclusiones jurídicas de este trabajo que puedan servir para la práctica administrativa de los entes públicos, se resumen las siguientes:

1.- El sector público estatal y el sector público andaluz, entre otros, no pueden adjudicar contratos de publicidad institucional mediante procedimiento negociado sin publicidad, como resulta necesario en los contratos de patrocinio (“intuitu personae”), por conculcar el principio de libre concurrencia de aplicación a las mismas, en virtud de lo dispuesto en el artículo 8, apartado 1 de la LPCI y 4, apartado 4 de la LAPAPA, respectivamente, al no tratarse de contenido publicitario de carácter mercantil o industrial.

2.- A sensu contrario, los entes del sector público estatal y andaluz podrán adjudicar contratos de publicidad comercial, como el de patrocinio, por procedimiento negociado sin publicidad, al encontrarse tal contenido publicitario excluido del ámbito de aplicación de la legislación sobre publicidad institucional, siempre y cuando se justifique en el expediente el carácter único que ofrece la actividad elegida para suscribir con su propietario, este contrato publicitario “intuitu personae”, porque no haya sustituto razonable y la ausencia de esta competencia no sea debida a una previa configuración del contrato, acreditando que retorna un beneficio comercial en la actividad económica objeto de publicidad competencia de dicho ente.

3.- Dichos entes públicos pueden suscribir convenios de colaboración con otros entes públicos o privados, cuando la causa del negocio jurídico vaya más allá de la prestación del servicio publicitario, es decir, cuando concurren en ambos entes un interés común que traspasa el simple retorno publicitario que presta el contrato de patrocinio, con las limitaciones contenidas en el artículo 48, apartado 6 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en lo que respecta a la financiación exclusiva de los gastos soportados, cuando dichos Convenios contienen aportaciones financieras (subvenciones).

4.- Ineficacia de la utilización del procedimiento abierto para la contratación del singular contrato de patrocinio publicitario, por aplicación de la normativa de contratos en la preparación y adjudicación del expediente, para la consecución de la mejor oferta calidad-precio de buena imagen reputacional para la marca o mensaje comercial a promover por el ente convocante, dado que se trata de una característica subjetiva de la empresa adjudicataria que no puede incluirse en el expediente como condición de solvencia, ni valorarse como criterio de adjudicación.

ANEXO

ÓRGANO CONSULTIVO DE CONTRATACIÓN	INFORME	CONCLUSIÓN
JCCESTADO	Expte. 70/99, de 11 de abril de 2000. Discrepancias con la Intervención. Convenio o contrato para el patrocinio de un foro internacional.	Sin pronunciamiento concluyente, la posibilidad genérica de celebrar convenios de colaboración o contratos con el objeto de patrocinar la celebración de un foro internacional queda condicionada al cumplimiento de los requisitos en cada caso establecidos en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas lo que deberá deducirse de su contenido concreto, que no resulta de la fórmula genérica utilizada en el escrito de consulta
	Informe 7/18, Admisibilidad de la figura del contrato menor en ciertos tipos de contratos.	Contratos privados. Procedimiento de adjudicación, contrato menor y negociado sin publicidad el 168, a, 2) contratos y contenido artístico único
ARAGÓN	Informe 8/2011, de 2 de marzo, Asunto: Modelo tipo de Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares para la adjudicación de contratos privados de patrocinio publicitario, por procedimiento negociado sin publicidad.	Informa favorable modelo de pliegos del contrato.
	Informe 13/2012, de 11 de julio, Asunto: «Pliegos Tipo de Cláusulas Administrativas Particulares aplicables a los contratos privados de patrocinio publicitario».	Contratos privados “Contrato por razón de la persona o “intuitu personae”” No aplicación de los criterios de contratación, libre concurrencia e igualdad” del artículo 5 de la Ley 16/2003 de publicidad institucional.
ANDALUCÍA	Informe 8/2019, de 26 de febrero de 2020, sobre los patrocinios que afectan a las entidades que integran la Administración Local.	Patrocinio a través de contrato o convenio, cuando concurre entre las partes un interés común

CANARIAS	<p>Informe 3/1999, sobre régimen jurídico aplicable a los contratos de patrocinio publicitario de la Consejería de Turismo y Transportes.</p>	<p>Los contratos de patrocinio publicitario celebrados por la Administración de la C.A.C. quedan fuera del ámbito de la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas, en virtud del art. 3, apartado primero, letra d), de dicho texto legal, debiendo tramitarse como Convenios de Colaboración que se regirán por sus propias cláusulas, aplicándose los principios de la LCAP para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse.</p>
	<p>Informe 9/2006, sobre proyecto de orden departamental por la que se regula el patrocinio publicitario de los deportistas canarios participantes en competiciones de ámbito estatal e internacional, dirigido a la promoción de la imagen deportiva de Canarias.</p>	<p>El patrocinio publicitario objeto del proyecto de Orden, es un contrato bilateral y oneroso, al que no es de aplicación el régimen jurídico de los contratos administrativos de servicios ni el de los contratos administrativos especiales, pudiendo ser tipificados, en virtud de la presencia predominante de la idea de colaboración en la consecución de un fin común de interés público, como convenios de colaboración a los que alude el artículo 3.1.d del TRLCAP</p>
	<p>Informe 3/2018, relativo a la calificación jurídica del patrocinio publicitario.</p>	<p>Los contratos de patrocinio publicitario cuando son celebrados por una Administración Pública deben considerarse como contratos privados y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 26.2 LCSP, se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por la presente ley 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 modificación y</p>

		extinción, estos contratos se registrarán por el derecho privado.
	Informe 4/2022, de 8 de abril de la junta consultiva, sobre la calificación y el régimen jurídico aplicable a los patrocinios culturales y deportivos celebrados por un PANAP.	Contratos privados celebrados por un PANAP y se adjudicaran por los procedimientos que establece la LCSP.
BALEARES	Informe 3/2006, 13 de julio, contratos de patrocinio que deba suscribir la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, a la vista de la entrada en vigor de la Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de Publicidad y Comunicación Institucional.	La Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de Publicidad y Comunicación Institucional, no obstaculiza que la Administración Pública de la Comunidad Autónoma Illes Balears celebre contratos de patrocinio publicitario, con las únicas limitaciones de las prohibiciones establecidas en el artículo 4º al constituir legislación básica en la materia y siempre que el objetivo de aquellos sea de interés general para la Comunidad Autónoma.
VALENCIA	Informe 7/2018, de 27 de julio de 2018. aplicación de la figura del contrato menor a los contratos privados. especial referencia al contrato de patrocinio.	Contrato privado Permite adjudicación por cualquier procedimiento previsto en la LCSP, incluido el contrato menor y el negociado sin publicidad.
MADRID	Informe 2/2022, de 10 de marzo, sobre el instrumento jurídico a utilizar para el pago de un canon federativo para la celebración de eventos deportivos.	El negocio jurídico objeto de la consulta comprende la colaboración y coordinación de las partes que lo suscriben en un asunto de interés común, sin que su contenido se corresponda con ningún tipo contractual de los delimitados en la LCSP, por lo que procede su consideración como convenio

ANÁLISIS DE LEGISLACIÓN AUTONÓMICA EN MATERIA DE PUBLICIDAD INSTITUCIONAL

NORMATIVA DE PUBLICIDAD INSTITUCIONAL AUTONÓMICA	CRITERIOS DE CONTRATACIÓN DE PUBLICIDAD INSTITUCIONAL	REFERENCIA AL PATROCINIO	PATR /NSP
Ley 18/2000, de 29 de diciembre, por la que se regula la publicidad institucional (Cataluña)	CREACIÓN PUBLICITARIA, criterios objetivos de libre concurrencia e igualdad/normativa de contratos CONTRATO DE PUBLICIDAD INSTITUCIONAL, criterios de implantación social y difusión del correspondiente medio informativo.	SI, como un contrato de publicidad institucional	SI
Ley 16/2003, de 24 de marzo, sobre publicidad institucional Aragón	CONTRATOS DE PUBLICIDAD, DIFUSIÓN PUBLICITARIA Y CREACIÓN PUBLICITARIA, principios de libre concurrencia e igualdad/normativa de contratos.	SI, como un contrato de publicidad institucional, exceptuado de aplicar normativa de contratos y principios anteriores	SI
Ley 6/2005, de 8 de abril, reguladora de la Actividad Publicitaria de las Administraciones Públicas de Andalucía	Deberá garantizarse la libre concurrencia, transparencia, eficacia y rentabilidad en la asignación de los recursos económicos/normativa de contratos.	NO	NO
Ley 6/2006, de 20 de junio, de Comunicación y Publicidad Institucionales (Asturias)	La libre concurrencia, la igualdad, la publicidad, la economía, la eficacia, la eficiencia y la veracidad/normativa d contratos.	NO	NO
Ley 2/2007, de 9 de febrero, reguladora de las campañas institucionales realizadas por los órganos de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias y por las	Principios de interés general, lealtad institucional, veracidad, transparencia, eficacia, responsabilidad, eficiencia y austeridad en el gasto.	NO	SI

restantes entidades comprendidas en el sector público autonómico canario			
Ley 4/2009, de 28 de mayo, de publicidad institucional de Castilla y León.	Normativa de contratos.	NO	SI
Ley 6/2010, de 23 de diciembre, de publicidad y comunicación institucional de Euskadi.	Principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación/normativa de contratos.	NO	NO
Ley 13/2010, de 9 de diciembre, de publicidad institucional de las Illes Balears	Principios de igualdad, libre concurrencia, publicidad, objetividad, eficacia y eficiencia/normativa de contratos.	NO	NO
Ley 8/2013, de 27 de diciembre, de comunicación y publicidad institucional de Extremadura	Los principios de libre concurrencia, igualdad entre los licitadores y demás principios establecidos en la normativa en materia de contratación del sector público.	SI, contrato de publicidad institucional	SI
Ley 7/2017, de 22 de mayo, de Comunicación y Publicidad Institucional (La Rioja)	Normativa de contratos	SI, como un contrato de publicidad institucional	SI
Ley 12/2018, de 24 de mayo, de publicidad institucional para el interés ciudadano y la concepción colectiva de las infraestructuras públicas (Comunidad Valenciana)	Normativa de contratos	SI, con la siguiente limitación: No podrá realizarse publicidad institucional mediante la modalidad de patrocinio cuando el patrocinado, la actividad patrocinada u otros patrocinadores de la misma actividad vulneren los principios informadores del artículo 4 del presente texto legal o cualquier otra norma prevista en la presente ley.	SI
Ley 13/2018, de 29 de noviembre, de Comunicación y Publicidad Institucional de la Comunidad Autónoma de la Región	Los principios de igualdad, libre concurrencia, publicidad, objetividad, eficacia y eficiencia/normativa de contratos.	SI, con la siguiente limitación: No podrá realizarse publicidad institucional mediante la modalidad de patrocinio cuando el patrocinado,	SI

de Murcia		la actividad patrocinada u otros patrocinadores de la misma actividad vulneren los principios informadores del artículo 4 del presente texto legal o cualquier otra norma prevista en la presente ley	
Cantabria	Se encuentra en tramitación		SI
Castilla la Mancha	No consta información en la web		SI
Madrid	Inició la tramitación de un proyecto Ley en 2016		SI
Galicia	Inició su proyecto en 2010		SI
Navarra	Orden Foral 1/2003, de 11 de Noviembre, del Consejero de Administración Local, como Portavoz del Gobierno de Navarra, por la que se determinan las directrices de contratación de la publicidad institucional de la administración de la Comunidad Foral De Navarra.	Con carácter general, los espacios de publicidad promovidos por la Administración de la Comunidad Foral de Navarra se contratarán, a través de agencia publicitaria o directamente, con las empresas titulares de los medios de comunicación (prensa, radio y televisión) de Navarra, en función de la difusión que cada uno de éstos tenga en la Comunidad Foral.	NO

BIBLIOGRAFÍA

BAUZA MARTORELL, Felio José. “La necesaria regulación del contrato de patrocinio institucional”, *Observatorio de Contratación Pública* (31/07/2017), en: <https://www.obcp.es/opiniones/la-necesaria-regulacion-del-contrato-de-patrocinio-institucional>

BAUZA MARTORELL, Felio José. “Convenios con particulares: límites entre contrato, convenio y subvención”, *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 48/2018.

COLINO FERNÁNDEZ, Alberto. “Evolución de la financiación de los medios de comunicación en España. ¿Hacia un modelo más sostenible?”, *Papeles de Europa* Vol. 26, nº 1/2013, pp. 46-69.

GALLETERO-CAMPOS, Belén y ÁLVAREZ PERALTA, Miguel. “Mapa de la publicidad institucional en la España autonómica”, *Revista Española de la Transparencia*, nº 13/ 2021, pp. 107-128.

HUERGO LORA, Alejandro. “Anulación judicial de un contrato de patrocinio por ser una subvención encubierta”, *Observatorio de Contratación Pública* (29/03/2021), en: <https://www.obcp.es/opiniones/anulacion-judicial-de-un-contrato-de-patrocinio-por-ser-una-subvencion-encubierta>

MAGALLÓN ROSA, Raúl. “La publicidad institucional en España. Evolución legislativa, tecnológica y social”, *Área Abierta. Revista de Comunicación Audiovisual*, nº 3/2020, pp. 385-400.

MARTÍN PASTOR, Esther. “Publicidad Institucional de las Administraciones Públicas: marco jurídico y controversias”, *Revista Comunicación y Hombre*, nº 8/2012, pp. 51-64.

MORALES MÉNDEZ, Herminia María. “La contratación pública en relación a los poderes adjudicadores no Administración Pública. Especial referencia al ámbito cultural”. *Contratación Administrativa Práctica*, nº 189/2024.

MOREU CARBONELL, Elisa. “Discriminación en el reparto de publicidad institucional”, *Observatorio de Contratación Pública* (20/07/2015), en: <https://www.obcp.es/opiniones/la-discriminacion-en-el-reparto-de-publicidad-institucional>

PALACIOS GONZÁLEZ, María Dolores. “El patrocinio publicitario: doctrina y relaciones con otras figuras”, *Actualidad Civil*, nº 7/2002, pp. 1337, tomo 4.

PALACIOS GONZÁLEZ, María Dolores “El patrocinio publicitario: doctrina y jurisprudencia”, *Actualidad Civil*, nº 7/2003, Ref. XI, pág. 157, tomo 1.

SANMARTÍN MORA, María Asunción. “La contratación de publicidad institucional en la nueva ley de contratos del sector público”, *Observatorio de Contratación Pública* (20/12/2018), en: <https://www.obcp.es/opiniones/la-contratacion-de-publicidad-institucional-en-la-nueva-ley-de-contratos-del-sector>.

SANMARTÍN MORA, María Asunción. “La incidencia de la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la adjudicación de los contratos de publicidad institucional”, *Contratación administrativa práctica*, nº138/2015, pp. 50-61.

VALLECILLO MORENO, Fermín. “Retrato de una empresa pública que no huye del derecho administrativo”, *Diario La Ley*, nº 8107/2013.