



Gabeiras
& Asociados

La frontera entre el derecho privado y los contratos públicos

PATRICIA GABEIRAS VÁZQUEZ
p.gabeiras@gabeirasyasociados.com

7 de Marzo de 2016

Deber de promoción de la cultura

- 9.2 CE *“a los poderes públicos (...) facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.”*
- 44.1 CE *“Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho.”*
- Art. 148.1 Competencia CCAA *“17.ª El fomento de la cultura, de la investigación y, en su caso, de la enseñanza de la lengua de la Comunidad Autónoma”.*
- Art. 149.2 Competencia Estado *“2. Sin perjuicio de las competencias que podrán asumir las Comunidades Autónomas, el Estado considerará el servicio de la cultura como deber y atribución esencial y facilitará la comunicación cultural entre las Comunidades Autónomas, de acuerdo con ellas.”*

Sistemas de promoción de la cultura

- ***Sistema de promoción cultural directa*** → AAPP asume la iniciativa de organizar un evento cultural concreto o determinadas actividades o acciones imbuidas dentro de un evento cultural organizado por un tercero
- ***Sistemas de promoción cultural indirecta*** → AAPP colabora pero no asume riesgo ni responsabilidad con respecto a su celebración, a la vez que tampoco contribuye en modo alguno en la dirección o selección de los contenidos culturales.

Sistema de promoción cultural directa

- **Promoción pública directa por parte de la Administración → organizadora y responsable del evento, asume el riesgo y la iniciativa**
 - Partida específica de los presupuestos destinados al evento
 - Contratos de prestación de servicios de las actividades del evento: producción, contratación artísticas, publicidad y marketing...
 - **OJO →** Contratos administrativos (art. 25) No obstante, tendrán carácter privado los siguientes contratos: “los que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos con número de referencia CPV de 79995000-5 a 79995200-7, y de 92000000-1 a 92700000-8, excepto 92230000-2, 92231000-9 y 92232000-6”.
 - VIÑA ROCK – Ayto Villarobledo

Art. 15 LCSP

1. El contrato de concesión de servicios es aquel en cuya virtud uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia, y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio.

2. El derecho de explotación de los servicios implicará la transferencia al concesionario del riesgo operacional, en los términos señalados en el apartado cuarto del artículo anterior”

Sistema de promoción cultural directa - Convenios

- **Convenios de colaboración para la co-organización y financiación de un evento cultural** → iniciativa, responsabilidad, riesgos y dirección artística serán compartidos, según se estipule en el contrato, entre la Administración y la empresa privada.
 - **Justificación** → existencia de un proyecto que debe su creación o continuidad en la colaboración surgida entre el ente público y la empresa privada.
- **Convenios de colaboración para la contribución y promoción de actividades dentro de un evento cultural organizado por un tercero** → AAPP colabora en actividades conjuntas o promovidas por la Administración en el marco de un evento titularidad de un tercero organizador.
 - AAPP asume la promoción directa de esta actividad concreta
 - La promotora sigue conservando la titularidad del evento general, la dirección y continúa asumiendo la iniciativa y riesgo

Sistema de promoción cultural directa - Convenios

- **Artículo 6 LCSP**

1. Quedan excluidos del ámbito de la presente Ley los convenios, cuyo contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales celebrados entre sí por la Administración General del Estado, las Entidades Gestoras y los Servicios Comunes de la Seguridad Social, las Universidades Públicas, las Comunidades Autónomas y las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, las Entidades locales, las entidades con personalidad jurídico pública de ellas dependientes y las entidades con personalidad jurídico privada, siempre que, en este último caso, tengan la condición de poder adjudicador.

Sistema de promoción cultural directa - Convenios

- **Artículo 6 LCSP**

Su exclusión queda condicionada al cumplimiento de las siguientes condiciones:

- a) Las entidades intervinientes no han de tener vocación de mercado, la cual se presumirá cuando realicen en el mercado abierto un porcentaje igual o superior al 20 por ciento de las actividades objeto de colaboración. Para el cálculo de dicho porcentaje se tomará en consideración el promedio del volumen de negocios total u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos soportados considerados en relación con la prestación que constituya el objeto del convenio en los tres ejercicios anteriores a la adjudicación del contrato. Cuando, debido a la fecha de creación o de inicio de actividad o a la reorganización de las actividades, el volumen de negocios u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos, no estuvieran disponibles respecto de los tres ejercicios anteriores o hubieran perdido su vigencia, será suficiente con demostrar que el cálculo del nivel de actividad se corresponde con la realidad, en especial, mediante proyecciones de negocio.

Sistema de promoción cultural directa - Convenios

- **Artículo 6 LCSP**

b) Que el convenio establezca o desarrolle una cooperación entre las entidades participantes con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se prestan de modo que se logren los objetivos que tienen en común.

c) Que el desarrollo de la cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público.

2. Estarán también excluidos del ámbito de la presente Ley los convenios que celebren las entidades del sector público con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que su contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales.

Sistema de promoción cultural directa - Convenios

- Artículo 47 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público
*“1. 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.
No tienen la consideración de convenios, los Protocolos Generales de Actuación o instrumentos similares que comporten meras declaraciones de intención de contenido general o que expresen la voluntad de las Administraciones y partes suscriptoras para actuar con un objetivo común, siempre que no supongan la formalización de compromisos jurídicos concretos y exigibles.
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”.*

Sistemas de promoción cultural directa – otros contratos excluidos

Régimen jurídico: Las relaciones jurídicas, negocios y contratos citados en esta sección quedan excluidos del ámbito de la presente Ley, y se regirán por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse. (art. 4 LCSP).

Artículo 34. Libertad de pactos.

1. En los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración.
2. Solo podrán fusionarse prestaciones correspondientes a diferentes contratos en un contrato mixto cuando esas prestaciones se encuentren directamente vinculadas entre sí y mantengan relaciones de complementariedad que exijan su consideración y tratamiento como una unidad funcional dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad o a la consecución de un fin institucional propio de la entidad contratante.

Sistemas de promoción cultural directa – otros contratos excluidos

9.2 → Contratos excluidos en el ámbito patrimonial → arrendamiento

26 → Contratos privados

- a) Los que celebren las Administraciones Públicas cuyo objeto sea distinto de los referidos en las letras a) y b) del apartado primero del artículo anterior.
- b) Los celebrados por entidades del sector público que siendo poder adjudicador no reúnan la condición de Administraciones Públicas.
- c) Los celebrados por entidades del sector público que no reúnan la condición de poder adjudicador.

Sistemas de promoción cultural directa – otros contratos excluidos

Art. 26

2. Los contratos privados que celebren las Administraciones Públicas se registrarán, en cuanto a su **preparación y adjudicación**, en defecto de normas específicas, por las Secciones 1.ª y 2.ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la presente Ley con carácter general, y por sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En lo que respecta a su efectos, modificación y extinción, estos contratos se registrarán por el derecho privado.

3. Los contratos privados que celebren los poderes adjudicadores que no pertenezcan a la categoría de Administraciones Públicas mencionados en la letra b) del apartado primero del presente artículo, cuyo objeto esté comprendido en el ámbito de la presente Ley, se registrarán por lo dispuesto en el Título I del Libro Tercero de la misma, en cuanto a su preparación y adjudicación.

Contrato de patrocinio

Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

Artículo 22.

El contrato de patrocinio publicitario es 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.

Características principales

- Contraprestación económica a cambio de una explotación publicitaria
- Bilateralidad → precio acorde con la difusión

Contrato de patrocinio

Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

Artículo 22.

El contrato de patrocinio publicitario es 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.

Características principales

- Onerosidad → Contraprestación económica a cambio de una explotación publicitaria
- Bilateralidad → prestaciones recíprocas de ambas partes (precio acorde con la difusión)

Contrato de patrocinio

Precio del patrocinio → fijado en la fase de preparación y adjudicación (se rige por LCSP):

- **Art. 102.3 LCSP → 3.** Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto base de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados.

- Situaciones aparentemente similares

Contrato de patrocinio para la celebración de la 5º edición de un festival

Probada trayectoria y repercusión mediática

Contrato de patrocinio para la celebración de la 1º edición de un festival

No existe trayectoria ni press clipping anterior

Contrato de patrocinio

Concepción jurídica real

- Situaciones aparentemente similares – naturaleza jurídica distinta

Contrato de patrocinio para la celebración de la 5º edición de un festival



PATROCINIO

Contrato de patrocinio para la celebración de la 1º edición de un festival



SUBVENCIÓN

Sentencia TSJ Aragón 745/1999, de 11 de octubre

Manual de fiscalización de la Sindicatura de Comptes CAV

Contrato de arrendamiento o cesión de espacio

Contrato de arrendamiento → cesión de un espacio para la organización de un evento a cambio de un precio

Características

- Espacio de titularidad pública (gestionado por AAPP o ente del sector público)
- Precios públicos
- Política de cesiones (donde se contemplen descuentos y cesiones gratuitas, con expresa justificación)

Contrato de arrendamiento o cesión de espacio

- Normativa aplicable – administrativa:
 - LCSP → preparación adjudicación
 - Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local y Reglamento
 - Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas
- Otra normativa
 - Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos
 - Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos

En su caso → políticas de descuentos y cesiones de la AAPP o ente del sector público

Contrato de arrendamiento o cesión de espacio

- Adjudicación de espacios de titularidad pública para fines culturales
 - Fomento de la cultura a través del acceso a las infraestructuras públicas
 - Escasez de recursos → fijación de sus usos prioritarios en las políticas culturales
 - Acción igualitaria y no arbitraria
 - Respeto a los ppios de Publicidad, transparencia y no discriminación
 - Justificación de la elección de los proyectos que acceden a los espacios conforme a lo anterior

Contrato de arrendamiento o cesión de espacio

- Precio del arrendamiento de espacios de titularidad pública
 - Fijado de antemano → no discriminación a actividades con igual finalidad
 - Situaciones aparentemente iguales:

Arrendamiento de espacio de titularidad pública a un evento con finalidad cultural



50% de descuento sobre el precio oficial publicado, según políticas del ente del sector público

Arrendamiento de espacio de titularidad pública a un evento con finalidad cultural



95% de descuento sobre el precio oficial publicado, según políticas del ente del sector público

Contrato de arrendamiento o cesión de espacio

- Situaciones aparentemente iguales → naturaleza jurídica real:

Arrendamiento de espacio de titularidad pública a un evento con finalidad cultural



**ARRENDAMIENTO O CESIÓN
DE ESPACIO PÚBLICO**

Arrendamiento de espacio de titularidad pública a un evento con finalidad cultural



SUBVENCIÓN

- **OJO** → normas de patrimonio de las AAPP incluyen límites de descuentos
 - 92.2 del RBEL → renta mínima no inferior al 6% del valor del bien



**Gabeiras
& Asociados**

PATRICIA GABEIRAS VÁZQUEZ
p.gabeiras@gabeirasyasociados.com

Paseo Pintor Rosales, 82 bajo ida
28008 Madrid
Tel +34 915 215 160
Fax +34 915 215 543
info@gabeirasyasociados.com
www.gabeirasyasociados.com