

Imanol Zubizarreta Artetxe

Letrado

Tribunal Vasco de Cuentas Públicas

El patrocinio deportivo por parte de las administraciones públicas



I. INTRODUCCIÓN

El mundo del deporte, el del deporte-espectáculo para ser más exactos, ha desbordado, tanto social como económicamente, lo que suponen en sí los propios acontecimientos deportivos. Socialmente, es evidente que el deporte y sus protagonistas tienen actualmente, gracias a la influencia de los grandes medios de comunicación, una importantísima capacidad de movilización, tanto que, en ocasiones, parece que supere incluso la de los propios líderes sociales. Resulta igualmente incuestionable el que las cifras que se manejan actualmente en el deporte profesional no se financian sólo con los ingresos procedentes de sus abonados o la recaudación conseguida en los propios recintos deportivos. Los protagonistas deportivos, conscientes de esa influencia social, han conseguido rentabilizarla utilizando su propia actividad deportiva como escaparate publicitario, consiguiendo así importantes fuentes alternativas de ingresos. Una de estas fuentes es, precisamente, la de los ingresos por patrocinio.

El contrato de patrocinio viene definido en el artículo 24 de la Ley 34/1998, General de Publicidad, como aquel 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. También es habitual que este contrato sea denominado de sponsorización, adoptando directamente la terminología derivada de su étimo anglosajón.

Debido a los sectores a los que se encuentra vinculado, es un contrato conocido socialmente, incluso diría que popular, aunque esa importante tipicidad

social contraste con la escasa regulación existente sobre el mismo que, de hecho, queda reducido al citado artículo 24 de la Ley 34/1998.

El contrato de patrocinio es mayoritariamente reconocido por la doctrina jurídica como un contrato atípico, precisamente por las diferentes contraprestaciones que pueden recogerse en el contrato. En el caso del patrocinio deportivo al que nos referimos en este artículo, la contraprestación puede suponer llevar el nombre del patrocinador en determinadas condiciones, participar en eventos de aquél, participar en determinadas competiciones, ceder la imagen a efectos publicitarios, ceder entradas o localidades al patrocinador, etc.

Como principales características de este contrato, podemos destacar, por un lado, su carácter oneroso, por cuanto conlleva sacrificios para ambas partes y, por otro, su carácter bilateral y conmutativo, porque parte de la existencia de obligaciones ciertas y equivalentes para ambas partes. Estas dos características serán fundamentales a la hora de distinguir esta figura de otras similares.

Nos encontramos así, ante un contrato publicitario, en el que el patrocinador busca dar publicidad a su marca o a sus productos utilizando para ello la vorágine mediática, así como la imagen normalmente positiva, que rodea actualmente a los deportistas de élite.

II. EL PATROCINIO POR PARTE DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

La vía del patrocinio publicitario permite a las administraciones públicas, además de procurar financiación de la actividad deportiva, rentabilizar

esa inversión en forma de publicidad. De inicio, estoy convencido de que la posibilidad de acudir a esta figura contractual por parte de las administraciones públicas o algunos de sus entes instrumentales encontrará sus defensores y sus detractores¹, seguro que con fundamentos en uno u otro caso pero, viendo que el fenómeno es ya una realidad patente y, teniendo en cuenta que la multitud de cometidos que actualmente deben desarrollar las distintas administraciones hace casi imposible excluir a priori la conveniencia o posibilidad de acudir a esta u cualquier otra fórmula contractual, considero que resulta más útil un estudio crítico del fenómeno que una negación dogmática.

A la hora de fiscalizar un contrato de patrocinio, la problemática a afrontar resulta variada porque, como ya he adelantado, una de sus características es precisamente la variedad de contraprestaciones que puede recoger el contrato. Resultaría así, pretencioso, intentar dar solución a todos los problemas que se puedan plantear, pero sí puede proponerse el reconocimiento de unas bases mínimas, que resulten exigibles cuando el patrocinador es una administración pública o alguno de sus entes instrumentales.

II.1.- La conexión del contrato con el interés público.

En general, toda actuación de los poderes públicos debe estar orientada a la consecución del interés general, y los contratos de patrocinio no son una excepción. De hecho, la justificación de la idoneidad y extensión del contrato se recoge en el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público² con carácter general y para todos los contratos.

¹ Dolores Palacios González, en su artículo "El patrocinio publicitario: doctrina y jurisprudencia", publicado en 2003 en la Ley Actualidad, dice que *el patrocinador será un sujeto privado o una empresa pública puesto que la actuación de las administraciones públicas para "ayuda" de actividades culturales, deportivas o benéficas se canaliza bien a través de subvenciones o bien de otras figuras en las que, a pesar de su denominación habitual de patrocinio, falta la colaboración con la publicidad de la Administración con la entidad suficiente para constituir contraprestaciones a la ayuda y dar vida a un contrato oneroso de patrocinio publicitario*. Aunque este planteamiento resulte lógico, no hay más que ver una prueba ciclista para comprobar cómo son varias las comunidades autónomas que patrocinan a equipos profesionales. El patrocinio deportivo realizado directamente desde la administración también se encuentra en otros deportes como el fútbol profesional o el baloncesto.

² El artículo 20 del proyecto establece que debe determinarse con precisión la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse así como la idoneidad de su objeto y contenido, dejando constancia en el expediente.

En principio, esta fórmula publicitaria no forma parte de la actividad típica de la administración y, precisamente por este motivo, la justificación sobre la necesidad o conveniencia de acudir a esta fórmula requerirá un mayor esfuerzo de motivación por parte de las administraciones contratantes, de manera que la decisión no resulte arbitraria y pueda ser revisada conforme a ciertos parámetros de legalidad.

II.2.- El carácter privado del contrato de patrocinio

En principio, el contrato de patrocinio, aun en el supuesto de ser celebrado por una administración pública, tiene la consideración de contrato privado. A esta conclusión llegamos porque, por un lado, el patrocinado no es una empresa dedicada a los servicios publicitarios, lo cual excluye la posibilidad de poder ser considerado como un contrato administrativo típico de servicios. Por otro lado, 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, y tampoco encontramos esta declaración en ninguna Ley. Por tanto, nos encontramos en el apartado 3º del artículo 5 del TRLCAP, que califica como privados los restantes contratos que celebre la administración.

Esta calificación resulta evidente cuando se trata de un ente instrumental, creado bajo personifica-

ción jurídico privada, aunque es en el ámbito estrictamente administrativo donde me interesa centrar el presente trabajo.

II.3.- La preparación y adjudicación del contrato

En cuanto a la preparación y adjudicación de estos contratos, el TRLCAP se refiere a los contratos privados en su artículo 9 estableciendo que *los contratos privados de las Administraciones Públicas se regirán en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas administrativas específicas, por la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo y en cuanto a sus efectos y extinción, por las normas de derecho privado.*

No existiendo, al margen del artículo 24 de la Ley 34/1998, General de Publicidad, ninguna norma específica aplicable a los contratos de patrocinio, debemos acudir, en cuanto a su preparación y adjudicación, a lo dispuesto en el TRLCAP. Naturalmente, existe la posibilidad de acudir a un procedimiento abierto o restringido para seleccionar al patrocinado pero, también se ha de reconocer aquí que la propia Junta Consultiva de Contratación Administrativa admitió en su informe 67/1996, de 18 de diciembre, que la administración pudiera acudir al procedimiento negociado, también en la adjudicación de sus contratos privados, por las causas enumeradas en los distintos artículos del TRLCAP que más se ajustaran al propio objeto del contrato.



Continuando por esa línea argumental, el artículo 210. b) del TRLCAP permite acudir al procedimiento negociado sin publicidad *cuando por razones técnicas o artísticas o relacionadas con la protección de derechos exclusivos tan sólo pueda encomendarse el objeto del contrato a un único empresario*. Si tenemos en cuenta que no es necesario que se produzca la identidad del supuesto, sino que basta con que se ajuste al objeto del contrato y, si tenemos en cuenta también que la propia Junta Consultiva admite una sujeción a la Ley de “menor grado” o “menos intensa” de los contratos privados de la administración, puede considerarse razonable la extrapolación de lo dispuesto en el artículo 210.b) del TRLCAP a estos contratos de patrocinio, porque cualquier intento de forzar la concurrencia en una cuestión de esta naturaleza, siempre y a cualquier precio, sólo 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 o, aún peor, convocando abiertamente una licitación ficticia en el que las propias características exigidas en la convocatoria excluyeran cualquier posibilidad de concurrencia real.

En definitiva, lo que se podrá cuestionar es la posibilidad de acudir a los contratos de patrocinio por parte de la administración pero, de admitir esa posibilidad, no queda más remedio que admitir que normalmente se tratará de un contrato celebrado por razón de la persona o “intuitu personae”, en el que la concurrencia resulta, si no en todos los casos, sí en muchos de ellos, incompatible con la naturaleza y el objeto del propio contrato.

II.4.- El carácter publicitario del contrato

Aunque ya se haya advertido anteriormente, conviene insistir en que en los contratos de patrocinio

prevalece el interés publicitario. Si este interés no existe, pero se mantiene la financiación de la actividad del “protegido” no nos encontramos ante un contrato de patrocinio, sino ante lo que en el ámbito del derecho privado se denomina mecenazgo.

La diferencia con respecto al contrato de patrocinio reside en que, pese a que el mecenazgo pueda reportar una cierta publicidad positiva para el mecenas, no existe ningún servicio por parte del “protegido”, puesto que no es esa publicidad lo que fundamenta la colaboración, sino la intención de financiar, con ánimo de liberalidad, la actividad de la entidad deportiva correspondiente.

Como una de las posibles fórmulas para canalizar la relación surgida entre el mecenas y su protegido, la legislación fiscal³ ha previsto la fórmula del convenio de colaboración empresarial en actividades de interés general, pero no ha de confundirse esta figura con el contrato de patrocinio pese a que, en ocasiones, la determinación de si estamos ante una u otra figura resulte altamente complicado. La propia Ley 49/2002 se encarga de marcar diferencias entre ambas figuras estableciendo en su artículo 35 que la *difusión de la participación del colaborador en el marco de los convenios de colaboración definidos en este artículo no constituye una prestación de servicios*.

La distinción entre los citados convenios de colaboración y contratos de patrocinio publicitario, tiene también importantes repercusiones fiscales ya que los primeros no están sujetos al Impuesto sobre el Valor Añadido. Según la resolución de la Dirección General de Tributos de 9 de marzo de 1999, “es cierto que la difusión por escrito de su nombre puede reportarle un aumento de sus ventas, pero éste no es el resultado que se pretende con la formalización de un Convenio de Colaboración, que no es otra que la

³ Artículo 25 de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo. Por su parte, en los diferentes territorios forales con capacidad normativa fiscal propia, se han dictado las normas correspondientes, que también contemplan la figura del convenio de colaboración con particulares:

Ley Foral 10/1996 en Navarra.

Norma Foral 3/2004 en Gipuzkoa.

Norma Foral 1/2004 en Bizkaia.

Norma Foral /2004 en Álava.

realización de fines de interés general. No se trata del pago de un precio por la prestación de un servicio, sino de la entrega de dinero, con ánimo de liberalidad, que trasciende al interés particular del colaborador... He aquí la diferencia entre estos Convenios y el contrato de patrocinio publicitario —plenamente sujeto al Impuesto sobre el Valor Añadido—, cuya causa no es otra que la prestación de un servicio, consistente en publicitar, mediante precio, un determinado mensaje de una empresa. Para ésta es irrelevante el destino que la entidad sin fin lucrativo dé a las cantidades entregadas; lo que importa es el servicio publicitario prestado...”.

Además de lo señalado hasta el momento, dos son las cuestiones, en relación a la figura del mecenazgo, que interesa destacar en este momento. En primer lugar, no debe confundirse el convenio de colaboración con el negocio jurídico que da lugar al mismo. El convenio no es así, más que la forma de canalizar las obligaciones y derechos que asumen las partes en un negocio jurídico principal. En el caso del mecenazgo, lo que subyace es la existencia de una donación de carácter modal, cuyas condiciones se recogen y canalizan a través de un convenio de colaboración.

En segundo lugar, no debemos olvidar que la donación modal, como medida de fomento de una actividad considerada de interés general, en el ámbito del derecho público adopta la denominación de subvención, y que ésta tiene su propio régimen jurídico. Por ello, no puede pretenderse la extrapolación de estos convenios con empresas al ámbito de las administraciones públicas, por cuanto independientemente de la denominación que se le quisiera dar, estaríamos dentro del ámbito material, y por tanto legal, de las subvenciones públicas

II.5.- El carácter bilateral y conmutativo del contrato de patrocinio

El contrato de patrocinio, como contrato de servicios publicitarios, parte de la existencia de obligaciones ciertas y equilibradas para ambas partes. El patrocinador tiene la obligación de financiar la actividad del patrocinado en las condiciones y cuantías fijadas en el contrato. El patrocinado, por su parte,

tiene la obligación de desarrollar su actividad colaborando con el patrocinador en su publicidad, también en los términos del mismo contrato. Estamos así ante un contrato bilateral.

Por otro lado, el carácter conmutativo supone que las obligaciones que asumen ambas partes son ciertas y equilibradas. Ninguna de las partes asumirá compromisos inciertos e ilimitados: la publicidad o la actividad publicitaria del patrocinado irá en función de la financiación del patrocinador, y ésta se fijará en función de la capacidad del patrocinado para generar tal publicidad. El patrocinio podrá ser exclusivo, pero no tiene porqué serlo. Resulta habitual el ver a determinados deportistas cuya indumentaria se encuentra forrada con distintos mensajes publicitarios que tendrán diferente valoración según el espacio utilizado, el tamaño del mensaje, etc.

En este contexto, no puede obviarse que la actuación de los entes del sector público se encuentra, en su mayor parte, al margen de las reglas del mercado y que esto conlleva el riesgo de que consideraciones ajenas al interés económico o publicitario, determinen aspectos importantes del contrato, como pueda ser el precio del mismo o la selección del patrocinado. Por ello, uno de los puntos más importantes —y complicados—, de fiscalizar en un contrato de patrocinio concertado por alguna administración pública será la comprobación de la existencia de una auténtica equivalencia entre las prestaciones de ambas partes del contrato, para descartar que, tras la fachada contractual, se oculte simplemente, al amparo de lo señalado en cuanto al procedimiento de adjudicación del contrato, la concesión de una subvención al margen de los principios que rigen la actividad subvencional de las administraciones públicas.

La cuestión no es simple, teniendo en cuenta que el deber de difusión que tiene cualquier beneficiario de subvenciones puede confundirse en alguna de sus formas, con algunas de las contraprestaciones que puede contener un contrato de patrocinio. En este sentido, el propio reglamento



de subvenciones⁴ establece que, cuando la actividad subvencionada disfruta de otras fuentes de financiación y el beneficiario viene obligado a dar publicidad de esta circunstancia, los medios de difusión de la subvención concedida, así como su relevancia, deben ser análogos a los empleados respecto a las otras fuentes de financiación. De cualquier forma, y pese a reconocer la dificultad que entraña, lo cierto es que, en algunos casos, la única manera de determinar si nos encontramos ante un contrato de patrocinio o una subvención será comprobar la existencia de una auténtica equivalencia entre las diferentes prestaciones asumidas por las partes.

La distinción no tiene, además, sólo efectos formales, sino que alcanza a aspectos fundamentales de la relación jurídica, como el del órgano competente, o las reglas aplicables durante la vigencia de esa relación. En lo que al primero de esos aspectos se refiere, sabemos que el procedimiento de adjudica-

ción de un contrato (abierto, restringido o negociado) no modifica la competencia del órgano encargado de la contratación, pero esa situación es distinta en el ámbito subvencional donde el procedimiento de concesión sí puede suponer una modificación en el esquema competencial⁵.

En cuanto a las reglas aplicables a relación jurídica, la concesión de una auténtica subvención mediante la celebración de un contrato de patrocinio, puede dificultar la aplicación de normas importantes como las referidas a la concurrencia de subvenciones o al reintegro derivado de un incumplimiento.

En cuanto a la concurrencia de subvenciones, podemos imaginar sin esfuerzo un supuesto en el que la concesión de una subvención conlleve la incompatibilidad con cualquier otro tipo de ayudas. Sin embargo, esta incompatibilidad podría ser fácilmente eludida si en vez de conceder nuevas subvenciones se instrumentara una mayor financiación a través de un contrato de patrocinio.

Finalmente, la financiación de la actividad del deportista a través de un contrato de patrocinio o mediante subvenciones conlleva grandes diferencias en cuanto a las consecuencias del incumplimiento del contrato o del deber de difusión que conlleva la subvención. A estas alturas del artículo, baste con señalar que, en el caso del contrato de patrocinio, las consecuencias de un incumplimiento por parte del patrocinado se regirán por lo establecido en las normas de derecho privado⁶, mientras que el incumplimiento del deber de difusión que puede conllevar la concesión de una subvención constituye, en las condiciones reglamentariamente detalladas⁷, una causa de reintegro⁸, sujeta a la autotutela administrativa.

⁴ Apartado 2º del artículo 31 del Real Decreto 887/2006.

⁵ Conforme a la LGS, el Gobierno aprobará por Real Decreto, a propuesta del ministro competente y previo informe del Ministerio de Hacienda, las normas especiales reguladoras de las subvenciones directas en que se acrediten razones de interés público, social, económico o humanitario u otras debidamente justificadas que dificulten su convocatoria pública.

⁶ Artículo 9.1 del TRLCAP.

⁷ Apartado 3 del artículo 31 del Reglamento General de Subvenciones, aunque con carácter no básico.

⁸ Artículo 37.1.d) de la Ley General de Subvenciones. Éste sí, con carácter básico.

III.- CONCLUSIÓN

En la esponsorización deportiva o patrocinio, se da la curiosa circunstancia de que ni la actividad principal del patrocinado es la publicitaria, ni la actividad principal del patrocinador es la de participar en eventos deportivos, sin embargo, en términos más propios de la biología que del derecho, nos encontramos ante una fórmula simbiótica en la que ambas partes del contrato o simbiosis, sacan provecho de su relación en común.

Esta fórmula, así como la del mecenazgo, pretenden impulsar la participación privada en la financiación de la actividad deportiva y es fundamental-

mente en ese campo, el de la participación privada, donde encuentra mayor sentido. No obstante, su utilización por parte de las administraciones públicas no puede quedar, como la realidad demuestra, descartada. En este contexto, la labor de los órganos de control externo debe consistir en afrontar su fiscalización con rigor y valentía, haciendo especial incidencia en la necesidad y conexión del contrato con el interés público, y un esfuerzo, también especial, en la complicadísima labor de valorar las contraprestaciones del contrato, tratando de evitar así que tras la complicada máscara del contrato de patrocinio se oculte, simplemente, una subvención.

BIBLIOGRAFÍA

Autores varios: *Publicidad y patrocinio de eventos deportivos*, Consejo Superior de Deportes, Madrid, 1.996, 87 páginas.

Díez Picazo Ponce de León, Luis María: “El contrato de esponsorización”. *Anuario de derecho civil*. Vol. 47 nº 4, 1994. págs. 5-16.

Campos López, Carlos: *Marketing y Patrocinio deportivo*, GPE, Barcelona, 1997, 239 páginas.

Carrogio, Marc: *Patrocinio deportivo*, Ariel Comunicación, Barcelona, 1996, 398 páginas.

Corredoira y Alfonso, Loreto: *El patrocinio*, Bosch, Barcelona, 1991, 414 páginas.

Corredoira y Alfonso, Loreto: “Naturaleza Jurídica del contrato de patrocinio: análisis del mismo en la Ley 34/1988 de 11 de noviembre, general de publicidad”. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 3. 1990, págs. 971-976.

Landaberea Unzueta, Juan Antonio: *El contrato de esponsorización deportiva*, Aranzadi, Pamplona, 1992, 321 páginas.

Palacios González, Dolores: “El patrocinio publicitario: doctrina y jurisprudencia”. *La Ley Actualidad: Actualidad Civil* nº 7/2003. Parte Doctrina págs. 157-179

Palacios González, Dolores: “Tipos de patrocinio publicitario y relaciones con otras figuras”. *La Ley Actualidad: Actualidad Civil* nº 45/2002. Parte Doctrina, págs. 1337-1350

Roca, Quim: *Sponsorship*, Distribución Consulting, Barcelona, 1987, 262 páginas.

Sleicht, Steve: *Patrocinadores*(edición española) McGraw-Hill, Madrid, 1992, 237 páginas.

Szybowicz, A. y Magistrali, S.: *Esponsorizacion y mecenazgo*(edición española), Ediciones Gestión 2000, Barcelona, 1990, 134 páginas.

Vicente Domingo, Elena: *El contrato de esponsorización*, Civitas, Madrid, 1998, 184 páginas.

Vidal Portabales, José Ignacio: *El contrato de patrocinio publicitario en el Derecho Español*, Marcial Pons, Barcelona, 1998, 258 páginas.