



INFORME 21/2023, DE 12 DE DICIEMBRE, SOBRE LOS EFECTOS DE LA LEY 6/2005, DE 8 DE ABRIL, REGULADORA DE LA ACTIVIDAD PUBLICITARIA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DE ANDALUCÍA EN LOS CONTRATOS MENORES.

I.- ANTECEDENTES

El Presidente de la Diputación de Almería se dirige a esta Comisión en los siguientes términos:

“La Ley 6/2005, de 8 de abril, reguladora de la Actividad Publicitaria de las Administraciones Públicas de Andalucía (en adelante, LRAPA), señala en su artículo 1:

La presente Ley tiene por objeto establecer los principios generales por los que debe regirse la actividad publicitaria de las Administraciones Públicas de Andalucía, que se lleven a cabo a través de contratos de publicidad, difusión publicitaria, creación publicitaria y patrocinio previstos en el título III de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

En el artículo 2.1 de LPARA se dice: 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.

*Los principios conforme a los cuales ha de desarrollarse la actividad publicitaria referida se recogen el artículo 4 de la referida LRAPA. Concretamente, en su apartado 4 dice: **En todo caso**, deberá garantizarse la libre concurrencia, así como la transparencia, eficacia y rentabilidad en la asignación de los recursos económicos.*

El artículo 5 de la LRAPA, denominado “Criterios de contratación”, manifiesta, en su apartado 1: Los contratos que, relativos a la actividad publicitaria, celebren los entes comprendidos en el ámbito de esta Ley se ajustarán a los principios a los que se refiere el artículo anterior, así como a lo previsto en el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, y demás normativa que resulte de aplicación, en especial en lo relativo a los criterios de adjudicación de los mismos. La norma citada en este último apartado, en la actualidad, ha de entenderse referida a la 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 (en adelante, LCSP).

El artículo 1.1 de la LCSP dice: La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa

El artículo 131.3 de la LCSP expresa lo siguiente: Los contratos menores podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, cumpliendo con las normas establecidas en el artículo 118.

Como se ve, la LCSP tiene por objeto regular la contratación del sector público a fin de garantizar, entre otros, el principio de libertad de acceso a las licitaciones y de asegurar la salvaguardia de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa. Esta misma Ley excluye la necesidad de que los contratos menores se ajusten a estos principios, ya que pueden adjudicarse de forma directa. Sin embargo, la LRAPA, para los contratos relativos a la actividad publicitaria, establece que se ajusten a lo previsto en el la LCSP y, en todo caso, y entre otros, al principio de libre concurrencia. Lo expuesto plantea la duda de si la libre concurrencia que, en todo caso,





establece la LRAPA para los contratos de actividad publicitaria, es adicional a las previsiones de la LCSP, con lo cual estas contrataciones, aunque su valor estimado se halle entre los importes previstos para la contratación menor, deberían llevarse a cabo a través de procedimientos de contratación con libre concurrencia; o, si por el contrario, no es adicional y, en estos casos, se les aplican las normas de la contratación menor, indistintamente, como a cualquier otro contrato de esta naturaleza.

No obstante, en el caso de los patrocinios parece que sí es posible celebrar contratos menores. Así se manifiesta en el informe 7/18 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, que concluye que “Los contratos de patrocinio, dado que no tienen una regulación expresa en la Ley y no pueden considerarse como contratos típicos deben considerarse como contratos privados, por lo que también les resultaría de aplicación la normativa relativa a los contratos menores.” Este informe, pese a traer causa de una consulta formulada por una entidad local andaluza, no hace referencia a la LRAPA, si bien, es recogido en el informe 8/2019, de 26 de febrero de 2020, sobre patrocinios que afectan a las entidades que integran la Administración Local, de la Comisión Consultiva de Contratación Pública de Andalucía, referido a una consulta de esta propia entidad local, y en el que sí se recogen diversos preceptos de la LRAPA, esto es, los artículos 1, 2.1 y 5.1 antes citados, aunque no se aprecia un pronunciamiento concreto en relación con el contenido del artículo 4.4 de la LRAPA anteriormente detallado, relativo a que, **en todo caso**, deba garantizarse la libre concurrencia, que es el motivo esencial al que se refiere la presente consulta y que convendría quedaría suficientemente aclarado para todos los contratos que en materia de actividad publicitaria se vean afectados por la LRAPA.

Por tanto, la cuestión a plantear es la siguiente:

¿Se pueden celebrar contratos menores, relativos a la actividad publicitaria, incluidos los de patrocinio, por parte de los entes comprendidos en el ámbito de la Ley 6/2005, de 8 de abril, reguladora de la Actividad Publicitaria de las Administraciones Públicas de Andalucía, conforme a la 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, sin que se considere vulnerado el principio de libre concurrencia que, en todo caso, debe garantizarse a tenor de los artículos 4.4 y 5.1 de la citada La Ley 6/2005, de 8 de abril, reguladora de la Actividad Publicitaria de las Administraciones Públicas de Andalucía?

II.- INFORME

Previamente al examen de fondo de las cuestiones suscitadas conviene tener presente que en relación con el contenido de los informes, de acuerdo con el criterio reiteradamente sentado (Informes 5/2007, 6/2007 y 6/2009), a la Comisión Consultiva de Contratación Pública no le corresponde informar expedientes en concreto, salvo los supuestos específicos a que se refiere el artículo 2 del Decreto 93/2005, de 29 de marzo, por el que se regulan la organización y funciones de este órgano consultivo.

Por tanto, los informes que se soliciten habrán de recaer sobre cuestiones que se susciten en relación con la interpretación general de las normas en materia de contratación pública, como ocurre en el supuesto objeto del presente informe.

1. La actividad publicitaria que llevan a cabo las Administraciones Públicas tiene naturaleza esencialmente institucional. Así, se denomina publicidad institucional aquella que, realizada por los entes de naturaleza pública, se orienta a difundir los servicios que presta y las actividades que presta la Administración o los derechos y obligaciones que los ciudadanos tienen frente a ella.

El régimen jurídico de la Publicidad institucional lo encontramos primeramente en la ley 29/2005, de 29 de diciembre, de Publicidad y Comunicación Institucional. Sin embargo, la misma no constituye legislación básica, salvo -según la Disposición final segunda- su artículo 4, relativo a las prohibiciones (campañas institucionales que no se podrán promover o contratar).



Además, aunque la publicidad institucional está excluida de la aplicación de la ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, se le aplican los artículos 7 a 22 de la misma, que definen los tipos básicos de contratos publicitarios: contrato de publicidad, contrato de difusión publicitaria, contrato de creación publicitaria y contrato de patrocinio.

En Andalucía, la publicidad institucional se regula en la Ley 6/2005, de 8 de abril, reguladora de la Actividad Publicitaria de las Administraciones Públicas de Andalucía, que tiene por objeto -según su artículo primero- establecer los principios generales por los que debe regirse la actividad publicitaria de las Administraciones Públicas de Andalucía, que se lleven a cabo a través de contratos de publicidad, difusión publicitaria, creación publicitaria y patrocinio previstos en el título III de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

El artículo segundo la declara 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.

2. La duda que se le suscita a la entidad consultante deriva de una aparente contradicción entre los artículos 4 (Que se rubrica “Principios”) apartado cuarto, y el artículo 5 (“Criterios de Contratación”) apartado primero de la ley andaluza 6/2005.

Así, el artículo 5.1 sanciona que los contratos que, relativos a la actividad publicitaria, celebren los entes comprendidos en el ámbito de esta ley se ajustarán a los principios a los que se refiere el artículo anterior, así como a lo previsto en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), y demás normativa que resulte de aplicación, en especial en lo relativo a los criterios de adjudicación de los mismos.

Por tanto, siendo claro que en su preparación, adjudicación y ejecución, los contratos de publicidad institucional se regirán por la LCSP, la cuestión radica en determinar si la remisión que el propio artículo 5.1 hace a los principios recogidos en el artículo 4, entre los cuales está el de libre concurrencia, que se deberá garantizar “en todo caso” según el precepto, está estableciendo una limitación o excepción a la legislación básica de contratos, exigiendo en consecuencia que se promueva la concurrencia incluso en aquellos procedimientos en los que dicha normativa contractual habilita la adjudicación directa, como es el caso de los contratos menores.

A juicio de esta Comisión Consultiva, la respuesta ha de ser negativa.

La ley 6/2005, de 8 de abril, reguladora de la Actividad Publicitaria de las Administraciones Públicas de Andalucía, en su exposición de motivos hace descansar su fundamento competencial en el artículo 13.32 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, aprobado por Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre -hoy ya derogado- que atribuía a la Comunidad Autónoma competencia exclusiva en materia de publicidad, sin perjuicio de las normas del Estado. Añade que también encuentra fundamento en los artículos 13.3 y 5 y 15.1 de dicho Estatuto de Autonomía de 1981, que habilitaban competencias en materia de régimen local, régimen electoral, régimen jurídico de las Administraciones Públicas y contratación administrativa, “sobre las que incide la presente regulación”.

El artículo 15.1 apartado segundo del Estatuto de Autonomía para Andalucía de 1981 atribuía competencia a la Comunidad Autónoma, en el marco de la regulación general del Estado, para el desarrollo legislativo y la ejecución de la materia contractual. Y el análisis del articulado de la ley 6/2005 evidencia que ese desarrollo normativo en materia de contratos se lleva a cabo en los apartados segundo a quinto del artículo 5 donde se conmina a ponderar en los contratos de publicidad y creación publicitaria el diseño y creación como factor básico entre los criterios de adjudicación, debiendo así ser recogido en los correspondientes documentos contractuales; a clarificar en los pliegos los criterios técnicos de planificación de medios y soportes de



comunicación; a tener en cuenta datos o índices comparativos, precisos y fiables, sobre difusión y audiencia, frecuencia y coste por impacto útil, horarios de emisión u otros de análoga naturaleza, facilitados por las entidades sin ánimo de lucro, o a no contratar con operadores económicos de comunicación audiovisual que no dispongan del preceptivo título habilitante o no hayan cumplido el deber de comunicación previa.

No obstante, el apartado primero del artículo 5 que analizamos, se limita a hacer una remisión a la legislación de contratos que es la que debe regir la contratación de la actividad publicitaria por las Administraciones andaluzas. Ciertamente, antes hace también una referencia a los principios que enumera el artículo 4, entre los cuales se encuentran los del apartado cuarto.

Sin embargo su análisis muestra que dichos principios son los mismos que rigen la contratación de las Administraciones Públicas. En efecto todos los que cita el artículo 4.4 de la ley 6/2005, se encuentran en el artículo 1 de la actual ley 9/2017, de contratos del sector público: libre concurrencia (libertad de acceso a las licitaciones), transparencia, eficacia y rentabilidad en la asignación de los recursos económicos.

Considerar que la ley 6/2005 expresamente ha querido imponer la libre concurrencia en todos los contratos de actividad publicitaria por el solo hecho de que se invoca dicho principio entre los rectores de la contratación de aquella actividad, sería tanto como sostener que las modalidades contractuales que habilitan la contratación directa de los contratos del sector público, entre ellas el contrato menor, son contrarias al citado artículo 1 de la LCSP, por cuanto que, como se ha dicho, consagra como uno de sus principios el de libre acceso a las licitaciones.

Por lo expuesto, debemos concluir que se pueden celebrar contratos menores, relativos a la actividad publicitaria, incluidos los de patrocinio, por parte de los entes comprendidos en el ámbito de la Ley 6/2005, de 8 de abril, reguladora de la Actividad Publicitaria de las Administraciones Públicas de Andalucía, sin que se considere vulnerado por ello el principio de libre concurrencia, que al igual que el artículo 1 de la LCSP, menciona el artículo 4 de la ley 6/2005 como uno de los que rigen la contratación de la actividad publicitaria, pues la vigencia de ese principio general no está reñida con la existencia de modalidades contractuales - contempladas en la legislación de contratos a la que también se invoca en el artículo 4.4 de la ley 6/2005 como rectora de la actividad publicitaria de las Administraciones- como el contrato menor, que habilitan la contratación directa con un operador económico.

Resulta atinada la referencia diferenciada al contrato de patrocinio que hace la entidad consultante (“incluidos los de patrocinio”) pues en efecto éste, a diferencia del resto de los contratos publicitarios que se mencionan en el artículo 1 de la ley 6/2005 (contrato de publicidad, de creación y difusión publicitaria) no tiene naturaleza de contrato administrativo de servicio, sino de contrato privado, como ha tenido ocasión de señalar esta Comisión Consultiva en su informe 8/2019, de 26 de febrero de 2020, sobre patrocinios que afectan a las entidades que integran la Administración Local, en el cual a su vez se cita el informe 7/2018, de la Junta Consultiva de Contratación del Estado sobre la admisibilidad de la figura del contrato menor en ciertos tipos de contratos.

En este dictamen, la Junta Consultiva del Estado califica, con acierto, el patrocinio como contrato de naturaleza privada al amparo de lo dispuesto en el artículo 26.1.a) de la LCSP. De esta forma, el régimen jurídico de los contratos de patrocinio sería el propio de dichos contratos, y por consiguiente, a su preparación y adjudicación les resultaría de aplicación el artículo 118 de la Ley de contratos, relativo a los contratos menores.

III.- CONCLUSIÓN

Se pueden celebrar contratos menores, relativos a la actividad publicitaria, incluidos los de patrocinio, por parte de los entes comprendidos en el ámbito de la Ley 6/2005, de 8 de abril, reguladora de la Actividad



Publicitaria de las Administraciones Públicas de Andalucía, sin que se considere vulnerado el principio de libre concurrencia

Es todo cuanto se ha de informar.