

Expte.: AJ 42/23 CP y AJ 43/23 CP

RESOLUCIÓN DEL DIRECTOR-GERENTE DE PROMOTUR TURISMO CANARIAS, S.A., RELATIVA A LA MODIFICACIÓN DEL GASTO MÍNIMO DESTINADO A PUBLICIDAD, COMUNICACIÓN Y/O DIFUSIÓN DEL EVENTO EN EL MARCO DE LAS CONVOCATORIAS PARA LA SELECCIÓN DE PROYECTOS DE EVENTOS PRESENCIALES QUE GENEREN UN RETORNO PUBLICITARIO PARA LA MARCA “ISLAS CANARIAS” EN EL PROCESO DE DINAMIZACIÓN TURÍSTICA EN EL ARCHIPIÉLAGO CANARIO PARA SU POSTERIOR FORMALIZACIÓN EN CONTRATOS O CONVENIOS DE PATROCINIO, FINANCIADA A TRAVÉS DEL PLAN DE RECUPERACIÓN, TRANSFORMACIÓN Y RESILIENCIA, INTEGRADO EN EL MECANISMO DE RECUPERACIÓN Y RESILIENCIA, INTEGRADO EN EL MECANISMO DE RECUPERACIÓN Y RESILIENCIA («FONDOS NEXT NEGENERATION EU»)

VISTO el expediente de referencia relativo a la Convocatoria del proceso de selección de proyectos y/o eventos presenciales organizados por **entidades privadas**, y que generen un retorno publicitario de la marca “Islas Canarias” en el proceso de dinamización turística del archipiélago canario, para su posterior formalización en contratos de patrocinio, y por la que se convoca el proceso de selección correspondiente al año 2024 (expediente AJ 42/23 CP).

VISTO que consta la presentación de diversas solicitudes de participación en el marco de la precitada convocatoria dentro del plazo otorgado y la emisión de sendas Resoluciones respecto al precitado proceso de selección.

VISTO el Informe jurídico que obra en el expediente, así como los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

I.- Con fecha 01 de diciembre de 2023, por el Director-Gerente de Promotur Turismo Canarias, S.A., se resuelve la **aprobación de las Bases generales** que rigen la Convocatoria del proceso de selección de proyectos y/o eventos presenciales organizados por **entidades privadas**, y que generen un retorno publicitario de la marca “Islas Canarias” en el proceso de dinamización turística del archipiélago canario, para su posterior formalización en contratos de patrocinio, y por la que **se convoca el proceso de selección** correspondiente al año 2024 (expediente AJ 42/23 CP), abarcando la misma los eventos que se celebren entre el 08 diciembre de 2023 y el 31 diciembre de 2024.

Dicha Resolución, junto con el formulario de solicitud, se publica ese mismo día en el sitio web de la sociedad mercantil pública Promotur Turismo Canarias, S.A.; seguidamente, el día 05 de diciembre de 2023 se publica diversos Anexos que deben presentarse acompañando al formulario de solicitud, en cumplimiento de lo dispuesto por las referidas Bases generales, y el

día 07 de diciembre de 2023 se publican los logos a utilizar en el marco de la Convocatoria de referencia.

Además, a los efectos de facilitar la concurrencia competitiva, el día 14 de diciembre de 2023 se publica la Guía de Consulta específica de esta Convocatoria.

II.- Con posterioridad, el día 18 de diciembre de 2023, por el Director-Gerente de Promotur Turismo Canarias, S.A., se resuelve la **aprobación de las Bases generales** que rigen la Convocatoria del proceso de selección de proyectos y/o eventos presenciales organizados por **entidades públicas**, y que generen un retorno publicitario de la marca “Islas Canarias” en el proceso de dinamización turística del archipiélago canario, y por la que **se convoca el proceso de selección** correspondiente al año 2024 (expediente AJ 43/23 CP), abarcando la misma los eventos que se celebren entre el 18 de diciembre de 2023 y el 31 diciembre de 2024.

La precitada Resolución se publica ese mismo día en el sitio web de la sociedad mercantil pública Promotur Turismo Canarias, S.A. Asimismo, el día 21 de diciembre se publican los logos a utilizar en el marco de la referida Convocatoria y los Anexos a presentar junto con el formulario de solicitud de participación, en cumplimiento de lo prescrito por las Bases generales de referencia, y el día 22 de diciembre de 2023 se publica dicho formulario.

Además, a los efectos de facilitar la concurrencia competitiva, el día 28 de diciembre de 2023 se publica la Guía de Consulta específica de esta Convocatoria.

III.- Teniendo en consideración que las respectivas **Cláusulas núm. 5.2** de las Bases rectoras de ambas Convocatorias contienen **requisitos de los eventos objeto de patrocinio de carácter cumulativo**, entre los que se encuentra el siguiente “*Que, al menos, el 6% del gasto del presupuesto estimado se destine a publicidad, comunicación y/o difusión del evento*”, se detecta con posterioridad que resulta necesaria la reducción del porcentaje precitado, habiéndose comunicado en reiteradas ocasiones por personas y entidades interesadas que dicha obligación es de **imposible cumplimiento**.

A los anteriores antecedentes de hecho les resulta de aplicación los siguientes:

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

PRIMERA. – Partiendo de la idea de que, como sociedad mercantil pública, *ex* artículo 117.1 de la Ley 6/2006, de 17 de julio, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Canarias (en adelante, LPCAC) en relación con los artículos 5 y 6 de sus Estatutos sociales, Promotur Turismo Canarias, S.A., forma parte del sector público autonómico canario, pero se somete al ordenamiento jurídico privado, salvo en determinadas materias específicas de régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad, intervención y de control financiero y

de contratación, según se deduce del tenor literal de los apartados 2 y 3 del precitado artículo 117 de la LPCAC, cuyo contenido reproduce el contenido del artículo 166.2 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas; se aprueban sendas Convocatorias de procedimientos *sui generis* y sus Bases generales reguladoras.

I) **Sobre el régimen jurídico del expediente AJ 42/23 CP.**

SEGUNDA. – Las **Bases generales** que rigen la Convocatoria del proceso de selección de proyectos y/o eventos presenciales organizados por **entidades privadas**, y que generen un retorno publicitario de la marca “Islas Canarias” en el proceso de dinamización turística del archipiélago canario, para su posterior formalización en contratos de patrocinio, y por la que se convoca el proceso de selección correspondiente al año 2024 (expediente AJ 42/23 CP); aprobadas mediante Resolución del Director-Gerente de Promotur Turismo Canarias S.A, de fecha 01 de diciembre de 2023, contienen la regulación del procedimiento *sui generis* relativo a la selección de tales proyectos, esto es, su régimen jurídico, sin perjuicio de que resulten de aplicación otras disposiciones en caso de ausencia de previsión específica en ellas.

TERCERA. – La Cláusula núm. 10.2 de las Bases generales que rigen la referida convocatoria establece expresamente que *“la presente convocatoria en su misma se ejerce en virtud de la actividad propiamente dicha de esta sociedad mercantil pública, no en ejercicio de potestades propias administrativas, en tanto no ostenta tal atribución legal y expresa, todo ello con el fin de generar un retorno publicitario de la marca ‘Islas Canarias’ y del destino turístico del archipiélago que impulse una mayor difusión de la imagen y notoriedad de la marca y destino que vendrá de la colaboración publicitaria que efectúen los promotores y organizadores de*

CUARTA. – No obstante lo anterior y supletoriamente a lo específicamente previsto en las referidas Bases generales, conforme al artículo 2.2 letra b) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en lo sucesivo, LRJSP), resulta de aplicación a las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas las normas de dicha Ley que específicamente se refieran a las mismas, en particular los principios previstos en el artículo 3, y en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas.

Específicamente el apartado 1 del precitado artículo 3 de la LRJSP somete a las entidades del sector público al respeto de los siguientes principios en su actuación y relaciones:

- a) *Servicio efectivo a los ciudadanos.*
- b) *Simplicidad, claridad y proximidad a los ciudadanos.*
- c) *Participación, objetividad y transparencia de la actuación administrativa.*
- d) *Racionalización y agilidad de los procedimientos administrativos y de las actividades materiales de gestión.*
- e) *Buena fe, confianza legítima y lealtad institucional.*
- f) *Responsabilidad por la gestión pública.*

- g) *Planificación y dirección por objetivos y control de la gestión y evaluación de los resultados de las políticas públicas.*
- h) *Eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados.*
- i) *Economía, suficiencia y adecuación estricta de los medios a los fines institucionales.*
- j) *Eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos.*
- k) *Cooperación, colaboración y coordinación entre las Administraciones Públicas.*

También la Cláusula 10.1 de las Bases generales de referencia se pronuncia sobre los principios de eficacia y eficiencia “*para garantizar el desarrollo de la acción que **mejore la competitividad turística de las Islas y, a fin de incentivar la llegada de turistas, así como generar el adecuado impacto publicitario del destino Islas Canarias, lo que se logra mediante la proyección de la misma en los eventos a los que se dirige la meritada convocatoria, cumpliendo así con la finalidad de este instrumento jurídico que lo sustenta, el patrocinio, que se basa en el reporte publicitario de la marca del patrocinador***”, vinculándolos así específicamente a la finalidad de la convocatoria referida.

A mayor abundamiento, el apartado I) de la Cláusula núm. 16 de las Bases generales de referencia añade expresamente el principio de “*buena administración*”.

QUINTA. – Adicionalmente, cabe destacar que, de conformidad con la Cláusula núm. 9.4 de las Bases generales de referencia y en atención a la naturaleza jurídica de las entidades interesadas, la formalización del patrocinio que se derive de la selección de proyectos en el marco de la precitada Convocatoria “*revestirá la forma de contrato*”, siendo el mismo atípico según la doctrina (ver, entre otros, el Informe 7/2018 de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana), por lo que, considerando que Promotur Turismo Canarias S.A. tiene condición de Poder Adjudicador No Administración Pública (comúnmente denominado PANAP) en atención al artículo 3.3.d) en relación con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, su adjudicación precisa de la tramitación de un expediente de contratación, a través del procedimiento que proceda de los regulados en 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 (a partir de aquí, LCSP); que se somete, entre otros, a los principios de “*no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores*” y “*salvaguardia de la libre competencia*” (artículo 1.1 de la LCSP).

II) Sobre el régimen jurídico del expediente AJ 43/23 CP.

SEXTA. – Las **Bases generales** que rigen la Convocatoria del proceso de selección de proyectos y/o eventos presenciales organizados por **entidades públicas**, y que generen un retorno publicitario de la marca “Islas Canarias” en el proceso de dinamización turística del archipiélago canario, y por la que se convoca el proceso de selección correspondiente al año 2024 (expediente AJ 43/23 CP); aprobadas mediante Resolución del Director-Gerente de Promotur Turismo Canarias S.A, de fecha 01 de diciembre de 2023, contienen la regulación

del procedimiento *sui generis* relativo a la selección de tales proyectos, esto es, su régimen jurídico, sin perjuicio de que resulten de aplicación otras disposiciones en caso de ausencia de previsión específica en ellas.

SÉPTIMA. – La Cláusula núm. 10.2 de las Bases generales que rigen la Convocatoria de referencia reproduce lo ya analizado en la consideración jurídica tercera, por lo que se reitera su contenido, así como el de la consideración jurídica cuarta; mientras que la formalización del negocio jurídico derivado de la selección de proyectos de eventos depende de la naturaleza jurídica de la entidad interesada, pudiendo tramitarse convenio o contrato privado, tal y como se explicita en la Cláusula núm. 9.4 de las Bases generales de referencia.

III) **Sobre la actuación ajustada a derecho respecto a la modificación pretendida del gasto mínimo destinado a publicidad.**

OCTAVA. – Según lo dispuesto en las **Cláusulas núm. 26** de las Bases generales que rigen las Convocatorias de referencia:

“La participación en el presente procedimiento implica la aceptación del contenido íntegro de las Bases Generales de la convocatoria y la asunción de cuantas obligaciones se deriven de lo dispuesto en las mismas y de lo previsto en cuantas normas resulten de aplicación.”

Las mismas plasman a la perfección el principio civilista *pacta sunt servanda*, positivado en los artículos 1091, 1258 y 1278 del Código Civil, que significa el carácter vinculante o fuerza de ley de las Bases generales de referencia, por regular las mismas un procedimiento *sui generis* de selección de proyectos de eventos, su contenido mínimo y su desarrollo, los criterios de valoración para la selección, y las obligaciones derivadas, todo ello sustentado en los principios de actuación de esta sociedad mercantil pública previamente citados; de tal forma que la presentación de solicitud en el marco de cualquiera de las Convocatorias de referencia supone la **asunción de los derechos y obligaciones derivados de las Bases** generales que rigen la misma y que constituye la principal fuente del derecho en su marco conforme a lo indicado en las consideraciones jurídicas primera y cuarta, lo que incluye la actuación de las partes, es decir que la relación jurídica que se instaura con la presentación de solicitud, para la selección de eventos de referencia, obliga tanto a la persona o entidad interesada como a la entidad convocante a someterse al cumplimiento del contenido de las Bases, que fijan tanto los criterios de valoración de los proyectos de evento como los requisitos de acceso y las obligaciones derivadas de la selección y suscripción del negocio jurídico subsiguiente.

NOVENA. – En tal contexto, es imprescindible traer a colación las Cláusulas núm. 5.2 de las Bases generales de las Convocatorias de referencia, que contienen los **requisitos de carácter cumulativo** que han de cumplir **los eventos** para que puedan ser **objeto de patrocinio**; entre los que se encuentra el siguiente:

*“Que, al menos, el 6% del gasto del presupuesto estimado se destine a **publicidad, comunicación y/o difusión** del evento”.*

En el mismo sentido se pronuncian las Cláusulas núm. 13.1 de las mismas Bases generales, que establecen como **gastos patrocinables**:

*“Los derivados de **marketing, publicidad y comunicación** del evento, con un mínimo obligatorio del 6% sobre el coste total del evento”.*

DÉCIMA. – Conforme al párrafo segundo de las **Cláusulas núm. 9.1** de las Bases generales de las Convocatorias de referencia las modificaciones de las mismas serán publicadas en la web institucional de Promotur Turismo Canarias, S.A., *“de tal forma que, a partir de su publicación únicamente se tendrán por correctamente presentadas y, por lo tanto, se tramitarán aquellas solicitudes presentadas de conformidad con la modificación publicada y aquellas que hubieran sido presentadas con anterioridad a la referida publicación de la modificación a través del aplicativo (...)”.*

UNDÉCIMA. – Sobre las obligaciones de imposible cumplimiento se pronuncia el artículo 1272 del CC, señalando que:

“No podrán ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles”

Si bien la imposibilidad inicial objetiva o absoluta podría avocar a que no nazca la obligación, en virtud del artículo 1184 del CC, que plasma el principio *ad impossibilia nemo tenetur*; la imposibilidad inicial relativa no necesariamente, pues, a mayor abundamiento, cabe destacar que el **principio rebus sic stantibus**, vinculado con los principios **de equidad y de buena fe contractual**, y éste último concluyen en que el hecho de que una *“parte que haya procedido con rectitud, (...) justifica que la contraparte pueda, o no, exigir el cumplimiento de una prestación que ha devenido no imposible, pero sí extraordinariamente difícil o notoriamente gravosa, antieconómica o perjudicial, por una situación de alteración sobrevenida de las circunstancias”*¹.

DUODÉCIMA. – Respecto a la modificación de las Bases generales de referencia, la Cláusula núm. 11.2 de las mismas establece que será posible *“para asegurar la consecución de la finalidad de la convocatoria”.*

DUODÉCIMA. – No cabe obviar que, actualmente, se está tramitando o ha tramitado una serie de expedientes de contratación y convenios derivados de las Convocatorias de referencia.

Por ello, por su parte, el contenido de los pliegos de cláusulas administrativas particulares aprobados en el marco de dichos expedientes de contratación contiene referencias a lo indicado en la consideración jurídica novena; concretamente en sus Cláusulas núm. 24.3 se estipula que:

¹ CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., “Cláusula rebus y derecho contractual. La armonización entre el principio *pacta sunt servanda* y la regla *rebus sic stantibus*”, en *Actualidad Civil*, n.º 6, Sección Derecho de los contratos/ A fondo, junio 2021, La Ley, p. 11. Con cita en la Sentencia n.º 591/2014 de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, de fecha 15 de octubre, y el artículo 7.1 del CC.

“La justificación documental deberá estar estrictamente vinculada con los gastos considerados patrocinables, según la cláusula núm. 13.1 de las Bases reguladoras de la convocatoria (...) que son los citados a continuación:

(...)

*(iii) Los derivados de **marketing, publicidad y comunicación** del evento, con un mínimo obligatorio del 6% sobre el coste total del evento (...)”.*

DÉCIMO TERCERA. – Entrando en el fondo de la cuestión planteada, *prima facie*, de la precitada Cláusula núm.11.2 de las Bases generales que rigen las convocatorias de referencia se concluye que resulta posible modificar las mismas a fin de lograr la finalidad de aquellas, máxime teniendo en consideración que dichas convocatorias no parten del ejercicio de potestades administrativas sino del desarrollo de la propia actividad de la sociedad mercantil pública Promotur Turismo Canarias, S.A., en el marco del derecho privado, tal y como indica la precitada Cláusula núm. 10.2 de las Bases generales que rigen las referidas convocatorias.

Adentrándonos en la búsqueda de dicha **finalidad**, las referidas Bases generales son claras y reiterativas (ver al respecto las Cláusulas núm. 10.1 de las mismas): es el **reporte publicitario** de la marca del patrocinador.

Precisamente la finalidad de las convocatorias de referencia se erige como la piedra angular de las mismas y de los negocios jurídicos derivados de las mismas. Prueba de ello es que las Cláusulas núm. 22 de las Bases generales referenciadas incluyen lo siguiente:

*“Serán **causas de extinción** y consecuente devolución del patrocinio las siguientes:*

(...)

*d) La **realización** por parte del patrocinado de **actuaciones** que, a juicio de la entidad convocante sean **contrarias a los objetivos y finalidad** de esta convocatoria.*

(...)

El patrocinio está supeditado a la constatación de la observancia por el patrocinado de determinadas condiciones, reservándose PROMOTUR la procedencia para resolver la revocación del patrocinio adjudicado y formalizado en caso de incumplimiento según los términos de las presentes Bases generales, en el supuesto de que la inversión realizada no se adecuara a la esencia y finalidad de lo que se patrocina, en el supuesto de no ejecución final del evento patrocinado, o, ejecución parcial del mismo, así como por incumplimientos de obligaciones sustantivas o formales.

La ejecución parcial de la obligación no excluye el ejercicio de la acción resolutoria, no distinguiéndose entre inexecución total o parcial”.

Por su parte, la Cláusula núm. 28 de los pliegos de cláusulas administrativas particulares que rigen los expedientes de contratación de patrocinio derivados de las Convocatorias de referencia prevé que sólo es posible la modificación de los contratos formalizados por las causas y en los términos previstos en la misma, no pudiendo en ningún caso “*alterar las condiciones esenciales de la licitación, entendidas éstas como las prescripciones técnicas básicas para la prestación del objeto contractual, a excepción de las variaciones necesarias para la adaptación del objeto del contrato a las condiciones establecidas*”, ni “*alterar la naturaleza global del contrato inicial, sustituyendo el tipo de contrato o el objeto del mismo por otro diferente*”.

Pudiendo el reporte publicitario de los eventos estar vinculado a su difusión, según parece deducirse del primero de los criterios de valoración objetiva de las convocatorias de referencia descritos en las Cláusulas núm. 14.1 de las Bases generales que las rigen, el presente asunto debe someterse a informe técnico, y ello siguiendo la exigencia de que quede claramente constatada la equivalencia entre las prestaciones (ver, a título ilustrativo y *mutatis mutandis*, la Resolución n.º 193/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de fecha 23 de febrero).

En su virtud, y en uso las facultades conferidas en escritura pública, con número de protocolo 665 otorgada ante el Notario del Ilustre Colegio Notarial de Canarias, con residencia en la ciudad de Santa Cruz de Tenerife, D. Ladislao César García-Arango, en fecha de 15 de mayo de 2023; inscrita el 12 de junio de 2023 y ratificada por el Consejo de Administración el día 19 de octubre de 2023.

RESUELVE

PRIMERO.- APROBAR la modificación de las Bases generales que rigen la Convocatoria del proceso de selección de proyectos y/o eventos presenciales organizados por **entidades privadas**, y que generen un retorno publicitario de la marca “Islas Canarias” en el proceso de dinamización turística del archipiélago canario, para su posterior formalización en contratos de patrocinio, y por la que se convoca el proceso de selección correspondiente al año 2024 (expediente AJ 42/23 CP), y las que rigen la Convocatoria del proceso de selección de proyectos y/o eventos presenciales organizados por **entidades públicas**, y que generen un retorno publicitario de la marca “Islas Canarias” en el proceso de dinamización turística del archipiélago canario, y por la que se convoca el proceso de selección correspondiente al año 2024 (expediente AJ 43/23 CP), en el sentido de que las **Cláusulas núm. 5.2 y núm. 13.1** de las referidas Bases **permitan unos gastos de marketing, publicidad y comunicación del evento inferiores al 6%** siempre que quede constancia en **informe técnico emitido al efecto por persona especializada** de que, técnicamente, la variación pretendida no afecta al valor del reporte publicitario calculado; de lo contrario, no podrá realizarse la modificación pretendida en las Bases generales de referencia.

SEGUNDO.- ORDENAR la **publicación** de esta Resolución en la web institucional de esta sociedad mercantil pública en los apartados correspondientes a las convocatorias de referencia.

Esta resolución tendrá efectos desde el mismo día de su publicación en la web indicada.

En Las Palmas de Gran Canaria, en la fecha que consta en la firma electrónica.

D. José Juan Lorenzo Rodríguez
Director-Gerente
Promotur Turismo Canarias, S.A.