



GOBIERNO DE CANARIAS
CONSEJERÍA DE ECONOMÍA HACIENDA
Y COMERCIO
DIRECCIÓN GENERAL DE PATRIMONIO
Y CONTRATACIÓN
JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN
ADMINISTRATIVA

FV

INFORME 4/2002 DE LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA SOBRE CONTRATOS Y NEGOCIOS DERIVADOS DE OPERACIONES FINANCIERAS EXCLUIDOS DEL ÁMBITO DE LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

El Viceconsejero de Economía y Comercio, mediante escrito de 16 de mayo de 2002, plantea consulta a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre los siguientes extremos:

1.- Si en el artículo 3.1.k) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas están o no comprendidos los siguientes negocios y contratos:

- a) Los relacionados con la emisión, compraventa y transferencia de valores negociables u otros instrumentos financieros (entre ellos, los valores negociables de Deuda Pública de la Comunidad Autónoma), y los servicios prestados por el Banco de España y los demás bancos centrales.*
- b) Los que documentan operaciones financieras de cualquier modalidad (prestamos, créditos y otros de naturaleza análoga, cualquiera que fuera el plazo de vida), realizadas para financiar las necesidades previstas en las normas presupuestarias aplicables (la Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias correspondiente, en nuestro caso).*
- c) Los relacionados con instrumentos financieros derivados (permutas financieras, operaciones de tipos de interés a plazo, opciones y futuros, ...), concertados para cubrir los riesgos de tipo de interés y de cambio asociados a los contratos mencionados en las letras a) y b) anteriores.*

2.- Si los contratos y negocios mencionados en el número 1 anterior, están excluidos del ámbito de aplicación de la LCAP.

3.- En su caso, si, por razón de su exclusión de la LCAP, los negocios y contratos mencionados en el número 1 han de regirse, exclusivamente, por sus normas especiales y, sólo para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse, por los principios de aquélla.

4.- Si los negocios y contratos citados en el número 1 están o no sujetos al régimen jurídico de los contratos privados determinado en el artículo 9 de la LCAP.



GOBIERNO DE CANARIAS
CONSEJERÍA DE ECONOMÍA HACIENDA
Y COMERCIO
DIRECCIÓN GENERAL DE PATRIMONIO
Y CONTRATACIÓN
JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN
ADMINISTRATIVA

FV

5.- A qué requisitos formales (convocatoria pública o simple solicitud de ofertas a varias entidades, por ejemplo) deben sujetarse la preparación y adjudicación de los contratos relacionados en el número 1 para respetar los principios de legalidad e igualdad.

Acompañando al escrito en que se plantea la consulta, se adjunta un informe de la Dirección General de Tesoro y Política Financiera en el que, según expresión literal del propio escrito de consulta, *“se analizan las cuestiones anteriores”*. Se remite, así mismo, un ejemplar de los convenios utilizados para la colocación de emisiones de Deuda Pública de la Comunidad Autónoma.

A la vista de la redacción literal de los distintos extremos objeto de consulta reproducidos en los párrafos anteriores, esta Junta Consultiva considera, como cuestión previa, que los apartados 1, 2 y 3 del escrito de consulta, en su literalidad, no necesitan de estudio ni aclaración en el presente informe en la medida en que reproducen los supuestos y las normas contenidas en el artículo 3.1.k) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y, en consecuencia, los interrogantes que, respecto a tales supuestos se plantean se responden por sí mismos.

Resulta obvio que la cuestión *“si, bajo el artículo 3.1.k) ...están o no comprendidos los siguientes negocios y contratos”* que se plantea en el apartado 1 del escrito de consulta, queda respondida por los propios párrafos a), b) y c) de dicho apartado, pues es evidente que los contratos que en ellos se relacionan son precisamente los contratos y negocios relacionados con los valores negociables a que se refiere el artículo 3.1.k) del TRLCAP, con la única excepción de la referencia a la emisión incluida en el párrafo a), que comentaremos a continuación. Igual obviedad es predicable respecto a la solución a las cuestiones que se plantean en los apartados 2 y 3 (*“si tales negocios y contratos están excluidos del ámbito de aplicación de la LCAP”* y, en tal caso, *“si han de regirse, exclusivamente, por sus normas especiales ...”*), pues, con la salvedad de la referencia a las emisiones, así lo dispone expresamente, utilizando idénticos términos, el artículo 3 del TRLCAP, en sus apartados 1 y 2.



GOBIERNO DE CANARIAS
CONSEJERÍA DE ECONOMÍA HACIENDA
Y COMERCIO
DIRECCIÓN GENERAL DE PATRIMONIO
Y CONTRATACIÓN
JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN
ADMINISTRATIVA

FV

No obstante lo anterior, al aludir el párrafo a) del apartado 1 de la consulta a los negocios y contratos relacionados con la “emisión” de valores negociables, no incluidos expresamente en el artículo 3.1.k del TRLCAP, resulta obligado un pronunciamiento expreso sobre los mismos, al margen del resto de los negocios y contratos enumerados en la consulta, pues la emisión de valores negociables es un acto netamente diferenciado de su compraventa y transferencia, pudiendo dar lugar a negocios y contratos derivados de la emisión de los valores, que, sin embargo, no tengan relación directa con su compraventa, transferencia o instrumentación. Tal podría ser el caso, por ejemplo, de los contratos administrativos de consultoría y asistencia destinados a realizar estudios previos a la emisión, o los contratos administrativos de servicios que pudieran resultar necesarios para la realización de prestaciones complementarias a la propia emisión, sin estar directamente relacionados con su instrumentación. Tales contratos o negocios, al no tener relación directa con las operaciones mencionadas, no estarían comprendidos entre los incluidos en el artículo 3.1.k) del TRLCAP y, en consecuencia, estarían bajo el ámbito de aplicación de la LCAP.

Hechas estas primeras consideraciones, resulta obligado, no obstante, referirse al informe que acompaña al escrito de consulta, pues, tanto de su encabezamiento como del contenido de sus distintos epígrafes, puede deducirse que las cuestiones planteadas en los apartado 1, 2 y 3 del escrito de consulta se hacen extensibles por el órgano consultante a los “*convenios para la colocación de emisiones de Deuda Pública de la Comunidad Autónoma*”, que constituyen el objeto central de dicho informe y en torno a los cuales giran sus argumentos y conclusiones.

A fin de determinar si tales convenios están o no comprendidos en los negocios y contratos a que alude el artículo 3.1.k) del TRLCAP, resulta necesario analizar las prestaciones que integran su objeto para, en función de su contenido, poder llegar a la conclusión de si se trata de contratos relacionados con la compraventa y transferencia de instrumentos financieros o con la instrumentación de operaciones financieras realizadas para financiar las necesidades previstas en normas presupuestarias a que se refiere el citado precepto, quedando, en consecuencia, excluidos del ámbito de la LCAP, o, si por el contrario,



GOBIERNO DE CANARIAS
CONSEJERÍA DE ECONOMÍA HACIENDA
Y COMERCIO
DIRECCIÓN GENERAL DE PATRIMONIO
Y CONTRATACIÓN
JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN
ADMINISTRATIVA

FV

sus prestaciones se refieren a las propias de los servicios genéricos de inversiones contemplados en el artículo 206.6.b) del TRLCAP, en cuyo caso, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5.3 del citado Texto Refundido, estaríamos ante un contrato privado de la Administración, sujeto a la LCAP en los términos previstos en el artículo 9 del TRLCAP.

A los efectos indicados, conviene tener presente que el artículo 2.1.e) del Real Decreto 867/2001, de 20 de julio, regulador de las empresas de servicios de inversión, tipifica como servicio de inversión *“la mediación, por cuenta directa o indirecta del emisor, en la colocación de las emisiones y ofertas públicas de ventas.”*, mientras que el artículo 3 del mismo cuerpo normativo dispone que *“los servicios de inversión y, en su caso, las actividades complementarias se prestarán sobre los siguientes instrumentos: a) Lo valores negociables, en sus diferentes modalidades ...”*. Por otra parte, el artículo 2 del Real Decreto 291/1992, de 27 de marzo, regulador de las emisiones y ofertas públicas de venta de valores, dispone que *“tendrán la consideración de valores negociables ... b) Las obligaciones y valores análogos representativos de partes de un empréstito, emitidos por personas e entidades privadas o públicas, ya sean con rendimiento explícito o implícito ...”*

Analizadas las prestaciones que constituyen el objeto del convenio remitido como documentación anexa al escrito de consulta, resulta patente que los servicios de intermediación y colocación estipulados se refieren de forma directa y exclusiva a las emisiones de Deuda Pública, y, como tales, están estrechamente relacionados con la transferencia de valores negociables y con la instrumentación de operaciones financieras realizadas para financiar necesidades previstas en la Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma (arts. 44 y 45 de Ley 9/2001, de PP.GG. de la CAC para 2002). En consecuencia, aunque en todo caso tengan encaje en los servicios de inversiones, previstos de forma genérica en los artículos 5.3 y 206.6.b) del TRLCAP, no obstante, incide en los servicios objeto de consulta la circunstancia específicamente contemplada en el artículo 3.1.k) de dicho Texto Refundido, por lo que, al ser tal precepto norma específica para tales supuestos, prevalecerá sobre el carácter genérico de los otros preceptos anteriormente citados, excluyendo a tales servicios del ámbito de aplicación de la LCAP. Tal conclusión es



GOBIERNO DE CANARIAS
CONSEJERÍA DE ECONOMÍA HACIENDA
Y COMERCIO
DIRECCIÓN GENERAL DE PATRIMONIO
Y CONTRATACIÓN
JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN
ADMINISTRATIVA

FV

plenamente consecuente, por otra parte, con la Directiva 92/50/CEE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, de cuyo artículo 1.a).vii es transposición el artículo 3.1.k) del TRLCAP, y en cuya exposición de motivos se dice textualmente que “... *los servicios financieros contemplados por la presente Directiva no incluyen los instrumentos de política monetaria, de tipos de cambio, de deuda pública ... y de otras políticas que implican operaciones con títulos o con otros instrumentos financieros.*”

A fin de completar en su integridad los distintos aspectos derivados de las cuestiones planteadas en los tres primeros apartados de la consulta, puestos en relación con el epígrafe II del informe que adjunta, sólo restaría hacer una rápida alusión a la actividad a realizar por la “entidad directora” de la emisión, aludida tangencialmente en el informe del Director General del Tesoro y Política Financiera, y cuya misión, según el propio informe, es “coordinar la actuación de las entidades colocadoras y organizar todas las actividades”

El artículo 31 del Real Decreto 291/1992, anteriormente citado, dispone que “*tendrán la consideración de entidades directoras aquellas a las que el emisor haya otorgado mandato para que preparen y dirijan la emisión u oferta pública*”. Tal tipificación y su inclusión en el mencionado Real Decreto, regulador de la emisión de valores negociables, permite llegar a la conclusión de que los contratos que se suscriban con tal finalidad están directamente relacionados con la instrumentación de la emisión, quedando por tanto incluidos entre los supuestos previstos en el artículo 3.1.k) del TRLCAP y, en consecuencia, excluidos del ámbito de aplicación de la LCAP.

Resueltas de esta forma las cuestiones planteadas en los apartados 1, 2 y 3 del escrito de consulta, procede abordar los apartados 4 y 5 de la consulta.

Pese a los términos tajantes utilizados en el apartado 1 del artículo 3 del TRLCAP, en relación con los contratos a que se refiere el apartado k) (“*Quedan excluidos del ámbito de la presente Ley ...*”), sin embargo el apartado 4 del escrito de consulta se cuestiona si los negocios y contratos objeto de consulta están o no sujetos al régimen jurídico de los contratos privados determinado en el artículo 9 de la LCAP. La explicación del por qué de tal duda nos



GOBIERNO DE CANARIAS
CONSEJERÍA DE ECONOMÍA HACIENDA
Y COMERCIO
DIRECCIÓN GENERAL DE PATRIMONIO
Y CONTRATACIÓN
JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN
ADMINISTRATIVA

FV

la vuelve a dar el informe que se adjunta al escrito de consulta cuando, refiriéndose al artículo 5 del TRLCAP, comenta determinadas interpretaciones derivadas de poner en concordancia la literalidad de sus apartados 1 y 3 (*“los contratos que celebre la Administración tendrán carácter administrativo o carácter privado”* “... los restantes contratos (los no administrativos) celebrados por la Administración tendrán la consideración de contratos privados”) con lo dispuesto en el artículo 9 del mismo Texto Refundido (*“Los contratos privados de las Administraciones públicas se regirán en cuanto a su preparación y adjudicación ... por la presente Ley”*).

Resulta evidente que, de acuerdo con el sistema normativo de la LCAP, todo contrato celebrado por una Administración pública que no sea tipificable como contrato administrativo bajo alguna de las modalidades contempladas en el apartado 2 del artículo 5, tendrá la consideración de contrato privado, y su régimen jurídico será el determinado en el artículo 9 del TRLCAP. Pero también resulta igualmente evidente que los contratos y negocios contemplados en el artículo 3.1.k) del mismo Texto Refundido, aún siendo contratos privados de la Administración, y aún teniendo por objeto los servicios de inversiones a que hace referencia el artículo 5.3, sin embargo, al estar relacionados con operaciones destinadas a financiar necesidades previstas en normas presupuestarias de las Administraciones públicas, están expresamente exceptuados del ámbito de aplicación de la LCAP por el citado artículo 3.1.k), y, en consecuencia, exceptuados del régimen jurídico determinado en el artículo 9 del mismo Texto Refundido.

Por último, en el apartado 5 del escrito de consulta se solicita de esta Junta Consultiva informe sobre los requisitos formales a que deban sujetarse la preparación y adjudicación de los contratos a que se refieren los apartados anteriores de la consulta, a fin de respetar los principio de legalidad e igualdad.

El apartado 2 del artículo 3 del TRLCAP dispone que los supuestos contemplados en el apartado 1 del mismo *“se regularán por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse.”*



GOBIERNO DE CANARIAS
CONSEJERÍA DE ECONOMÍA HACIENDA
Y COMERCIO
DIRECCIÓN GENERAL DE PATRIMONIO
Y CONTRATACIÓN
JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN
ADMINISTRATIVA

FV

A este respecto, el artículo 62 bis de la Ley 7/1984, de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, en redacción dada por la Ley 4/2001, de medidas tributarias, financieras, de organización y relativas al personal, reproduciendo en parte el artículo 104 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, confiere al Consejero competente en materia de hacienda, las siguientes facultades:

b) Adjudicar las emisiones de valores mediante subasta o cualquier otra técnica que no suponga una desigualdad de oportunidades para los potenciales adquirentes, según su naturaleza y funciones. En este segundo supuesto, se tratará de aprovechar posibles ventajas, en términos de coste o de mejor funcionamiento de los mercados, y se podrán convenir las cláusulas y condiciones habituales para este tipo de operaciones en los mercados financieros.

d) Determinar, en su caso, quiénes tendrán la consideración de agentes colocadores de las emisiones de valores de Deuda Pública, y señalar, si hubiera lugar, las comisiones que deberán ser abonadas a aquéllos.

Constituyendo los preceptos transcritos normas especiales aplicables a los contratos relacionados con la instrumentación de operaciones financieras a que se refiere el artículo 3.1.k) del TRLCAP, resulta evidente que el órgano competente para llevar a cabo tales operaciones cuenta con amplia discrecionalidad, no solo para elegir el procedimiento y condiciones de adjudicación de las emisiones, sino también, así mismo, para la adjudicación de los contratos o negocios relacionados o derivados de tales operaciones, cual es el caso de la intermediación para la colocación de las emisiones, pudiendo utilizar el procedimiento de adjudicación que, de entre los habituales en el mercado, se considere más idóneo, siempre que, al propio tiempo, se garantice el respeto al principio de igualdad de oportunidades propugnado, tanto por la Ley General Presupuestaria y por Ley de Hacienda Pública de la CAC, como por la LCAP.

CONCLUSIÓN

1º.- Los servicios de intermediación y colocación de emisiones de Deuda Pública, al constituir medios de instrumentación de operaciones financieras realizadas para financiar necesidades previstas en la Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma, están comprendidos entre los contratos y negocios a que se refiere el artículo 3.1.k) del TRLCAP,



GOBIERNO DE CANARIAS
CONSEJERÍA DE ECONOMÍA HACIENDA
Y COMERCIO
DIRECCIÓN GENERAL DE PATRIMONIO
Y CONTRATACIÓN
JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN
ADMINISTRATIVA

FV

y, en consecuencia, están excluidos del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, rigiéndose por sus normas especiales.

Por el contrario, los negocios y contratos derivados de la emisión de valores negociables u otros instrumentos financieros que no guarden relación directa con su compraventa o transferencia, o con la instrumentación de la emisión, no están comprendidos entre los incluidos en el artículo 3.1.k) del TRLCAP y, en consecuencia, quedan bajo el ámbito de aplicación de la LCAP.

2º.- Los servicios de intermediación y colocación de emisiones de Deuda Pública, aún siendo contratos privados de la Administración, y aún teniendo por objeto servicios de inversiones, al estar relacionados con operaciones destinadas a financiar necesidades previstas en normas presupuestarias de las Administraciones públicas, están expresamente exceptuados del ámbito de aplicación de la LCAP por el artículo 3.1.k) de su Texto Refundido, y, en consecuencia, exceptuados del régimen jurídico determinado en el artículo 9 del mismo Texto Refundido.

3º.- Los negocios y contratos a que se refiere el apartado anterior se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, por sus normas especiales, debiendo tenerse en cuenta, en caso de dudas y lagunas, el respeto a los principios de igualdad y no discriminación propugnados por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Las Palmas de Gran Canaria, a 27 de junio de 2002.