

Informe 18/03, de 17 de noviembre de 2003. "Aplicación de los sistemas de arrendamiento financiero y renting en los contratos de suministro; diferencia entre ambos".

Clasificación de los informes: 23.11 Contratos de suministro. Otras cuestiones.

ANTECEDENTES.

1. Por el Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Las Pedroñeras (Cuenca) se dirige escrito de consulta a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa redactado en los siguientes términos:

"Este Ayuntamiento se propone tramitar expediente de contratación para la adquisición de una máquina motoniveladora con destino al Servicio Municipal de Caminos, cuyo coste estimado asciende a ciento ochenta y siete mil novecientos noventa y un euros con noventa y dos céntimos (187.991,92 euros). Para ello se plantea como forma de pago la formalización de un contrato de arrendamiento (renting) mediante renta periódica mensual de 48 cuotas constantes.

No obstante se plantean dudas respecto de la interpretación que cabe realizar de determinados preceptos del Real Decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, TRLCAP) y en concreto, con relación a las siguientes cuestiones respecto de las cuales se interesa el parecer de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa:

1º Distinción entre los conceptos de "arrendamiento financiero" y "arrendamiento, con o sin opción de compra" que se definen como contrato de suministro en el artículo 171 del TRLCAP. Al respecto, desde los Servicios Jurídicos se entiende que "arrendamiento financiero" alude al conocido como "leasing" mientras que con el concepto de "arrendamiento sin opción de compra" se alude al conocido como "renting". Asimismo, en relación a esta distinción se plantea también si el arrendamiento sin opción de compra tiene cabida en la excepción de prohibición que para el pago aplazado dispone el artículo 14 apartados 2 y 4 del mismo texto.

2º Sujeto con quien se formaliza el oportuno contrato administrativo: Los Servicios Jurídicos entienden que al articularse la forma de pago a través de una operación de arrendamiento (renting) éste ha de formalizarse con una Entidad financiera de crédito de las previstas en el Real Decreto 692/1.996, de 26 de abril, que cumpla, en consecuencia los requisitos dispuestos en tal normativa específica. Consecuentemente se entiende que el suministrador del bien quedaría como un tercero, al margen del suministro y de la operación que se formalizara para su pago.

3º Determinación del objeto del contrato: se plantean las siguientes dudas:

a) Si el Pliego de Cláusulas Administrativas ha de definir el objeto del contrato mediante características genéricas, resultando aplicable lo dispuesto en el artículo 52.2 del Real Decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, TRLCAP) en lo que respecta a la prohibición de mención de marcas, patentes o tipos concretos de bienes. Todo lo cual daría como resultado que tendrían que ser las entidades financieras las que ofertaran no sólo el importe de la cuota a satisfacer sino también el objeto concreto, marca y modelo del bien a suministrar y que, en cualquier caso, habrá de cumplir las referidas características genéricas dispuestas por el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

b) O, si por el contrario, el bien a suministrar ha de venir definido exactamente en el Pliego de Cláusulas, estableciéndose marca, modelo e importe concretos, de tal forma que la solicitud de oferta a las entidades financieras se limitaría a la cuota resultante de la operación de crédito a concertar. De resultar esto así, se entiende que sería necesaria una fase previa de consulta que permitiera concretar cuál de las diferentes marcas y modelos del mercado se ajusta a las necesidades de este Ayuntamiento y, por tanto, cuál es el bien concreto que se pretende adquirir.

Asimismo se plantea si esta determinación no supondría la vulneración de los principios de publicidad y concurrencia recogidos en el artículo 11.1 del TRLCAP.

4º Requisitos de solvencia técnica y económica: se suscita la cuestión de si las Entidades financieras de crédito que puedan concurrir a la licitación han de acreditar los requisitos de solvencia técnica y económica en los términos recogidos en los artículos 15 y siguientes del TRLCAP o, por el contrario, quedarían acreditados por el hecho de estar autorizados para tal actividad de conformidad con lo dispuesto por la normativa aplicable.

5º Precio del contrato: se plantea la duda de si el precio del contrato que debe determinar la posibilidad, en su caso, de aplicación del procedimiento negociado sin publicidad previa por razón de la cuantía que dispone para el contrato de suministro el artículo 182 letra i) del TRLCAP ha de ser el coste de adquisición del bien en concreto o por el contrario, debe considerarse a tal efecto la cuota resultante a satisfacer mensualmente como consecuencia de la operación de renting”.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Diversas cuestiones se plantean por el Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Las Pedroñeras que versan sobre el arrendamiento financiero y el arrendamiento con o sin opción de compra, por lo que en primer lugar comentaremos la distinción entre ambas figuras para posteriormente hacer una valoración sobre la aplicación de las mismas en función de lo establecido en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, texto refundido aprobado por Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio.

En todo caso cabe señalar que la cuestión relativa al arrendamiento financiero ya fue objeto de análisis por esta Junta Consultiva en el informe de 6 de julio de 2000, sobre contrato de suministro mediante arrendamiento financiero o “leasing” (expediente 20/00).

2. Ante todo, debemos hacer una breve reseña sobre el sistema de regulación contenido en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en cuantas referencias realiza al arrendamiento financiero y el arrendamiento con o sin opción de compra y la aplicación de tales sistemas a la actividad desarrollada por los diferentes órganos de contratación.

Las referencias al arrendamiento financiero en su aplicación a los contratos que celebran las Administraciones Públicas se encuentran reflejadas en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en el artículo 12.2, letra c), cuando dispone que el órgano de contratación necesitará la autorización del Consejo de Ministros, cuando el pago de los contratos se concierte mediante el sistema de arrendamiento financiero o mediante el sistema de arrendamiento con opción de compra y el número de anualidades supere el previsto en el artículo 14.4; en el artículo 14.2, cuando dispensa de la prohibición de pago aplazado del precio en los contratos, en los supuestos en que el sistema de pago se establezca mediante la modalidad de arrendamiento financiero o mediante el sistema de arrendamiento con opción de compra; en el apartado 4 del mismo artículo, al señalar que cuando se establezca el pago mediante la modalidad de arrendamiento financiero o de arrendamiento con opción de compra, el límite máximo para su pago será de cuatro años a partir de la adjudicación del contrato, salvo que se acuerde otro límite mayor cuando así sea autorizado por el Consejo de Ministros; en el artículo 39, sobre excepciones a la constitución de garantías, al establecer que en los contratos de suministro no será necesaria la constitución de garantía provisional o definitiva en los de arrendamiento y sus modalidades de arrendamiento financiero y arrendamiento con opción de compra; en el artículo 103.2 en el que se excluye la revisión de precios en los contratos cuyo pago se concierte mediante el sistema de arrendamiento financiero o de arrendamiento con opción a compra y por último, en el artículo 171, sobre concepto de contrato de suministro incluyendo entre los mismos los que tengan por objeto la compra, el arrendamiento financiero y el arrendamiento con o sin opción de compra.

No existe en la legislación de contratos ninguna otra referencia al arrendamiento financiero, por lo que de conformidad con lo establecido en el artículo 7.1 de la Ley en los aspectos distintos de los

citados se han de aplicar las normas de Derecho privado, que se contienen en la disposición adicional séptima de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de entidades de crédito, disposición que se complementa con el Real decreto 692/1996, de 26 de abril, sobre el régimen jurídico de los establecimientos financieros de crédito, norma esta última que respecto de las cuestiones planteadas carece de aplicación.

El Tribunal Supremo en diferentes sentencias ha venido a señalar respecto del arrendamiento financiero, que es una institución de derecho comercial importado del área jurídica de los Estados Unidos de América y plenamente incorporada a nuestro tráfico económico y comercial, que es un contrato complejo y en principio atípico regido por específicas disposiciones y de contenido no uniforme que jurisprudencialmente es conceptualizado como un contrato con base a los principios de autonomía negocial y de la libertad que proclama el artículo 1.255 del Código Civil. Explica en su sentencia de 26 de febrero de 1996: *"...El llamado contrato de leasing o arrendamiento financiero que, en el orden o aspecto económico, conjuga o satisface tres distintos intereses subjetivos (el del usuario en acceder al disfrute de unos bienes que no puede o no le conviene adquirir directamente; el de fabricante o proveedor en dar salida en el mercado a sus productos y el de la sociedad de leasing en obtener un rendimiento económico de su capital sin más riesgo que el financiero), en el orden o aspecto jurídico no se configura por lo general, como un solo negocio jurídico con intervención de tres partes contratantes, sino que se articula a través de dos contratos, netamente diferenciados, aunque conexos y dependientes entre sí por su confluencia en la obtención de la antes referida triple función económica: un contrato de compraventa por el que la sociedad de leasing adquiere del proveedor los bienes previamente seleccionados por el usuario y un arrendamiento con opción de compra o arrendamiento financiero, por el que la sociedad de leasing cede durante cierto tiempo la posesión y disfrute de tales bienes al usuario mediante una contraprestación dineraria fraccionada, con otorgamiento de una opción de compra a su término por el valor residual fijado en el contrato. Por lo que respecta al primero de dichos contratos (el de compraventa), la sociedad de leasing no responde al usuario del buen funcionamiento o idoneidad de los referidos bienes, pero, como contrapartida o compensación de ello, subroga (con subrogación convencional expresamente pactada) al arrendatario-usuario en todas las acciones que, como compradora, le puedan corresponder frente a la entidad proveedora-vendedora, cuya subrogación comprende, indudablemente, la eventual acción resolutoria de que todo comprador se halla asistido por inhabilidad o inidoneidad del objeto, así como la de saneamiento por vicios ocultos...";* empero el campo mercantil su configuración legal, está inmersa en la disposición adicional 1ª de la Ley de venta de bienes muebles a plazos, de 13 de julio de 1998, que remite, pues a la disposición adicional 7ª de la Ley 26/1988, de 29 de julio, que dice así: *"Tendrán la consideración de operaciones de arrendamiento financiero aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión del uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de las cuotas a que se refiere el número 2 ¹ de esta disposición. Los bienes objeto de cesión habrán de quedar afectados por el usuario únicamente a sus explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, artesanales, de servicios o profesionales. El contrato de arrendamiento financiero incluirá necesariamente una opción de compra, a su término, en favor del usuario"*, criterio que aparece reflejado en numerosas sentencias sobre la misma materia.

3. Comentadas las consideraciones de carácter básico sobre tal sistema, procede comentar las cuestiones concretas que el Alcalde de Las Pedroñeras cita en su escrito.

Así, respecto de la primera cuestión sobre distinción de los conceptos arrendamiento financiero y arrendamiento con y sin opción de compra, cabe responder que mientras que en el arrendamiento con o sin opción de compra se configura como una relación entre el proveedor, que cede el uso de un bien mediante la percepción un precio, a un arrendatario, sin intervención de una tercera persona que financie la operación, pudiéndose establecer en el contrato el derecho de este a optar

¹ Derogado por la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre sociedades.

por la adquisición a su vencimiento por el valor residual, en el arrendamiento financiero se produce las actuaciones que han quedado expuestas en el apartado anterior, es decir se requiere que un tercero que necesariamente han de ser establecimientos financieros de crédito, las entidades oficiales de crédito, los bancos, las cajas de ahorro y las cooperativas de crédito, concierte la adquisición de un bien a un proveedor para luego mediante un contrato diferente ceder su uso a otro que dispone al vencimiento del correspondiente contrato de una opción de compra por el valor residual estipulado.

Sin embargo, el denominado renting es una forma de contrato de arrendamiento de un bien en el que al no se incluye una opción de compra, pero en el que se incluyen otro tipo de prestaciones que desde la calificación de los contratos de las Administraciones Públicas coincide en la calificación de contrato mixto en los términos establecidos en el artículo 6 de la Ley, contrato que viene siendo aplicado sin dificultad alguna por diversos órganos de contratación. Cabe citar al tal efecto, respecto del denominado contrato de renting, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2000, en la que se distingue el arrendamiento financiero del renting en que el arrendador asume el riesgo de la inversión, ya que su finalidad es ceder única y exclusivamente el uso del bien.

4. Respecto de la segunda cuestión, que se concreta en determinar con quien se formaliza el contrato administrativo, también se ha indicado ya que en el arrendamiento financiero necesariamente ha de formalizarse el contrato con una entidad financiera de las citadas por así establecerlo la disposición adicional séptima de la Ley 26/1988, entidad que, de conformidad con lo establecido en la letra a) del apartado 8 de la disposición adicional séptima, podrá efectuar las actividades de mantenimiento y conservación de los bienes cedidos. Resulta admisible reconocer capacidad para formalizar tal contrato a las entidades financieras autorizadas para contratar arrendamiento financieros por cuanto la disposición adicional séptima citada señala que tales contratos tienen por objeto exclusivo la cesión del uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de las cuotas y respecto del bien podrán realizar las actividades de mantenimiento, lo que corrobora que la norma que los regula les confiere tal capacidad, cuestión distinta respecto de los contratos que consisten en el arrendamiento con o sin opción de compra, desvinculados por tanto del arrendamiento financiero, que han de ser prestados por una entidad cuya capacidad de obrar sea coincidente con la de prestación de contratos que tienen por objeto la entrega de un bien mueble en los términos señalados en los artículos 171 y 172 de la Ley. Es evidente que si la voluntad del legislador, expresada en la modificación de la Ley 13/1995, de 16 de mayo, por la Ley 55/1999, de 28 de diciembre, y plasmada en el Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ha sido la incorporación a la contratación administrativa del sistema de arrendamiento financiero, las características y requisitos de los contratos de suministro han de adaptarse para hacer posible tal sistema, toda vez que lo contrario implicaría que establecida tal opción entre las que el órgano de contratación pueda elegir ésta carecería de posibilidad de aplicación.

5. La tercera cuestión que plantea es la determinación del objeto del contrato, en la que se plantean dudas sobre si el pliego de cláusulas administrativas particulares debe definir el objeto del contrato mediante características genéricas o si el bien a suministrar ha de estar definido exactamente con cita de modelo, marca e importe de forma que la solicitud de la oferta a las entidades financieras se limitara a la cuota resultante de la operación de crédito a realizar.

Para responder a la cuestión hay que citar lo establecido en el artículo 13 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y el artículo 2 de su Reglamento. El primero establece que el objeto de los contratos deberá ser determinado y su necesidad para los fines del servicio público correspondiente se justificará en el expediente de contratación, mientras que el segundo dispone que podrán celebrarse contratos con pluralidad de objeto, pero cada una de las prestaciones deberá ser definida con independencia de las demás.

Es evidente que el Ayuntamiento desea realizar un contrato para la adquisición de una motoniveladora, contrato que conforme a lo establecido en el artículo 171 de la Ley se califica

como de contrato de suministro y ello, como señala el artículo, con independencia de que se trate de una adquisición por compra, por arrendamiento financiero o por arrendamiento con o sin opción de compra. La cuestión de que el Ayuntamiento pretenda acudir a la figura del arrendamiento financiero no cambia en absoluto la calificación del contrato, ya que mediante tal figura, como señala en el artículo 14.3, se determina un procedimiento de pago en el que se incluye una opción, a ejercer al final del plazo concertado de arrendamiento, que permite al Ayuntamiento cambiar la figura del arrendamiento por la figura de compra mediante pago del valor residual concertado. Luego, de conformidad con lo establecido en el citado artículo 13, en relación con los artículos 49 y 51 de la Ley y con los artículos 67.2, letra a), y 68 del Reglamento, respectivamente, deberá expresarse en el pliego de cláusulas administrativas particulares el objeto del contrato, adquisición o arrendamiento de una motoniveladora, y en el pliego de prescripciones técnicas las características que debe tener tal producto, considerando a tal fin lo establecido en el artículo 52.2 de la Ley con referencia concreta de lo establecido en el artículo 174 de la Ley respecto del mantenimiento de la máquina.

Concretando más, respecto al grado de identificación del producto que habrá de ser objeto de suministro y que ha de efectuarse en el pliego de prescripciones técnicas, habrá de tenerse en cuenta la modalidad de arrendamiento que se pretende contratar y, para el caso de que se opte por el arrendamiento financiero (leasing), si la contratación de los servicios financieros inherentes a dicha operación de arrendamiento financiero se van a concertar antes, al mismo tiempo o después que la concreta operación de suministro del bien.

Si, como parece indicarse en el escrito de consulta, se pretende contratar el suministro de una motoniveladora en régimen de arrendamiento sin opción de compra, pero con la prestación adicional de una serie de servicios vinculados al arrendamiento durante toda la vigencia del mismo, que es lo que caracteriza al renting, no cabe duda que ha de cumplirse en su literalidad el artículo 52 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas sobre la forma de describir en los documentos relativos a las especificaciones técnicas, la prestación concreta objeto del contrato, de forma que no se determine el objeto a suministrar mediante la indicación de patentes, marcas, etc., sino de una forma genérica que no favorezca a determinadas empresas o productos o discrimine a otras u otros. Esto es así porque en esta modalidad de arrendamiento (renting) solo concurren dos partes, el arrendador fabricante o suministrador del producto y servicios asociados, y el arrendatario, sin que aparezca una entidad financiera, dado que el contrato no comprende servicios financieros.

Por el contrario, si el suministro se pretende realizar bajo la modalidad de arrendamiento financiero (leasing financiero), el grado de determinación del objeto a suministrar mediante arrendamiento financiero dependerá de que los servicios financieros y el bien a suministrar en leasing se contraten simultáneamente en una sola operación global; que se contraten primero los servicios financieros y luego se concierte la operación concreta de suministro a financiar en arrendamiento financiero (leasing), o que, finalmente, se concierte primero el suministro a contratar en leasing y luego los servicios financieros para financiar esa forma concreta de suministro del bien previamente seleccionado en el correspondiente procedimiento de contratación.

Las tres posibilidades indicadas son admitidas por el artículo 1.a), iii), de la Directiva 92/50, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, precepto que referido a adquisiciones inmobiliarias, es aplicable analógicamente a los suministros. En definitiva, se deduce que los servicios financieros asociados al arrendamiento financiero de bienes muebles pueden ser concertados simultáneamente con el arrendamiento en un solo contrato y al mismo tiempo, o serlo antes de la operación de arrendamiento a financiar en leasing en la que se determinará o seleccionará el bien a suministrar bajo dicha modalidad así como el suministrador o, finalmente, después de esta última operación de forma que primero se selecciona el bien a suministrar y el fabricante o suministrador a quien se ha de adquirir aquél, y luego se contratan los servicios financieros que habrá de prestar la entidad financiera seleccionada, adquiriendo el bien ya

seleccionado y entregándolo en tal modalidad de arrendamiento financiero a la Administración contratante.

De todo ello se deduce que cuando se pretende contratar global y simultáneamente una operación de arrendamiento financiero comprensiva de los servicios financieros y entrega del bien en leasing, la determinación del objeto del contrato en el pliego de prescripciones técnicas ha de hacerse en la forma prevista en el artículo 52 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Solo en este caso, las empresas licitadoras ofertarán el coste de los servicios y el concreto bien a suministrar en arrendamiento financiero. Por el contrario, si el contrato tiene por objeto solo los servicios financieros vinculados a una futura operación de leasing sobre un bien a adquirir de un fabricante a determinar, lo que se ha de concretar en el pliego de prescripciones técnicas con plena sujeción al artículo 52 del texto legal citado, es el objeto del contrato correspondiente, que será el servicio de financiación de una futura operación de leasing sobre un bien y a un fabricante pendientes de determinar. Pero si la contratación de esos servicios financieros se hace con posterioridad a la determinación de la operación de arrendamiento de un concreto bien a adquirir a un determinado fabricante, el objeto del contrato de servicios financieros deberá ser determinado respecto de éstos con arreglo a su naturaleza y con sujeción plena al artículo 52 citado, si bien referido a una operación de leasing sobre un concreto equipamiento o bien a adquirir a un determinado fabricante previamente seleccionados en el procedimiento correspondiente.

6. Respecto de la cuarta cuestión que está referida a la solvencia de las empresas que pueden concurrir a la licitación del contrato cabe señalar que el artículo 15.3 de la Ley dispone que cuando sea necesario el órgano de contratación precisará en el anuncio los criterios de selección en función de los medios de acreditación que vayan a ser utilizados de entre los reseñados en los artículos 16 a 19. Es evidente, que si la opción elegida es el arrendamiento financiero solo puede prestarlo una entidad financiera de crédito de las que cita la disposición adicional séptima de la Ley 26/1988, por lo que al operar éstas bajo control de autorización del Banco de España tienen ya acreditada su solvencia para poder concurrir a la adjudicación del contrato, pero que si la opción elegida fuera el arrendamiento sin opción de compra la propia condición de fabricante o distribuidor de la motoniveladora permitirá deducir su solvencia.

7. Por último se plantea a esta Junta Consultiva la cuestión relativa al precio del contrato. El artículo 14.1 de la Ley dispone que el precio de los contratos, que tendrán siempre un precio cierto, se abonará al contratista en función de la prestación realmente efectuada y de acuerdo con lo convenido y el artículo 189, letra a), del Reglamento que en los contratos de arrendamiento de duración determinada, la cuantía del contrato, que ha de ser interpretada en su fase de presupuesto base de licitación, estará determinada por el valor total estimado para la duración del contrato. Consecuentemente, el precio vendrá determinado en el supuesto del arrendamiento financiero por el conjunto del importe resultante del precio de la motoniveladora más los intereses financieros y el importe del mantenimiento desglosado, de conformidad con lo establecido en el artículo 174 de la Ley, mientras que el renting, por el importe global de las prestaciones comprendidas en el objeto del contrato.

CONCLUSIÓN.

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que las conclusiones respecto de las diversas cuestiones planteadas por el Alcalde de Las Pedroñeras deben extraerse de las consideraciones jurídicas que anteceden, y que hacen referencia expresa a cada una.