

Informe 34/96, de 30 de mayo de 1996. "Consideración de los contratos bancarios de préstamo como contratos incluidos en el ámbito objetivo de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas".

5.1. Contratos de consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales. Conceptos generales.

ANTECEDENTES

El Presidente de la Diputación Provincial de Granada dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa solicitando informe sobre las cuestiones que plantea en dicho escrito en los siguientes términos:

"La promulgación de la Ley 13/95, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP) ha tenido una influencia importante en el ámbito de los contratos de préstamos bancarios, ya que su naturaleza jurídica puede ser distinta en función de su localización textual.

En efecto, ¿son las operaciones de crédito contratos privados de naturaleza mercantil o son contratos administrativos de servicios regulados por la propia LCAP, tanto en su preparación, adjudicación y efectos?

A) El artículo 3.1.k) de la ley mencionada, al referirse a los contratos y negocio excluidos del ámbito de la LCAP, nos dice: "Los contratos relacionados con la compraventa y transferencia de valores negociables o de otros instrumentos financieros y los servicios prestados por el Banco de España".

En el Preámbulo de la Directiva 92/50/CEE se alude en relación con esta excepción a los instrumentos de política monetaria, de tipo de cambios, de deuda pública, de gestión de reservas y de otras políticas que impliquen operaciones con títulos o con otros instrumentos financieros; en consecuencia, la finalidad del legislador comunitario tampoco parece amparar la inclusión de los contratos de préstamo dentro del ámbito del artículo 3.1.k) de la LCAP.

B) El Título IV de la LCAP regula los contratos de consultoría y asistencia, de los servicios y de los trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración y en el artículo 197.3 dice que son contratos de servicios aquellos de carácter comercial o cualquier naturaleza análoga excluidos los de consultoría, asistencia y trabajos específicos y concretos no habituales, precisándose en el artículo 207.6.b) los servicios bancarios y de inversiones.

Si entre los servicios bancarios se encuentran los préstamos, las operaciones de crédito son contratos administrativos de servicios. En esta hipótesis, los contratos no podrán tener un plazo de vigencia superior a 4 años, con una prórroga máxima de 2 años (199.1).

Si el contrato con exclusión del IVA es igual o superior a 27.266.208 ptas., deberá publicarse en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE), según el artículo 204.

El interés de demora será el establecido en la Ley de Presupuestos del Estado en torno al 10% y no del 25%; la Administración tendría el ius variandi en los términos previstos con carácter general por los artículos 60 y 102; el procedimiento y adjudicación sería el de la LCAP, con los plazos que ésta dispone, etc.

En suma, que el clausulado del contrato estaría sometido a reglas imperativas que resultan frontalmente incompatibles con las cláusulas y prácticas habituales en los mercados financieros y cuya aplicación conduciría a impedir la financiación de las Administraciones Públicas.

C) Otra posición doctrinal sería considerar a este tipo de contratos dentro del artículo 9.1 al disponer que los contratos privados se rigen en cuanto a su adjudicación por la LCAP y en consecuencia, rigen los mismos principios de publicidad y concurrencia, si bien sus efectos y extinción serían de carácter privado.

Esta interpretación elimina algunos inconvenientes de la que lo considera como contratos administrativos, pero el procedimiento sería análogo y muy largo en el tiempo, totalmente incompatible con algunas operaciones de crédito que deben ser inmediatas como las operaciones de Tesorería.

D) Finalmente existe otra interpretación, y es considerar a estos contratos de préstamos como contratos privados de naturaleza mercantil, al amparo del último párrafo del artículo 9.1 de la LCAP, que dice: "Los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades intelectuales y valores negociables, se regirán por la legislación patrimonial de las Administraciones Públicas aplicables a cada caso". En este supuesto, la legislación patrimonial relativa a las operaciones de crédito es la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales que entre otros recursos están las operaciones de crédito del artículo 2.1.f) de la LHL, disponiendo su artículo 49 que "en los términos previstos en esta ley, las Entidades Locales podrán concertar operaciones de crédito en todas sus modalidades con toda clase de Entidades de Crédito".

Los préstamos podrán ser a medio o largo plazo, con lo que se consigue un recurso financiero a reembolsar en plazo largo, puesto que si necesariamente fuese de 4 años su devolución, tanto por su inviabilidad, como por su carga financiera, haría imposible utilizar este mecanismo para que los Entes Locales puedan financiarse y en consecuencia la autonomía local y financiera de dichos entes sería una falsedad.

Considerando que aún no ha sido promulgado el Reglamento que dé claridad al problema planteado, esta Presidencia solicita dicho informe".

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. De los términos en que aparece redactado el escrito de consulta resulta que son principalmente dos las cuestiones suscitadas en el presente expediente, consistiendo la primera en determinar la naturaleza jurídica de los contratos de préstamos bancarios, concretamente su carácter administrativo o privado y la segunda, entre los diversos aspectos de su régimen jurídico, determinar el plazo de duración de estos contratos.

2. En cuanto a la primera cuestión suscitada -la naturaleza y carácter de los contratos de préstamos bancarios- entiende esta Junta que, a partir de la vigencia de la Directiva 92/50/CEE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos de servicios y su incorporación a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, los contratos de préstamos bancarios deben configurarse como contratos administrativos, por la sencilla razón de que el artículo 5.2. a) de la citada Ley considera contratos administrativos los de consultoría y asistencia o de servicios y los de trabajos específicos y concretos no habituales y en la regulación contenida en el Título IV del Libro II de la Ley se citan de manera expresa, en el número 6 del artículo 207, los servicios financieros en su doble modalidad de servicios de seguros y de servicios bancarios y de inversiones.

Frente a esta conclusión derivada de la normativa comunitaria reguladora de los contratos de servicios, de la sistemática y de la propia literalidad de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no pueden prevalecer las diversas tesis que se consignan en el escrito de consulta, en realidad para descartarlas o poner de relieve las dificultades de su aplicación.

En primer lugar se cita el artículo 3.1. k) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas para apuntar la posibilidad de que los contratos de préstamos bancarios estuviesen excluidos del ámbito de aplicación de la Ley, pero ya se apunta que ni la literalidad del precepto -compraventa y transferencia de valores negociables o de otros instrumentos financieros y los servicios prestados por el Banco de España- ni la justificación de la exclusión en el preámbulo de la Directiva 92/50/CEE pueden relacionarse con la figura de préstamos bancarios.

En segundo lugar se indica la posibilidad de considerar estos contratos como contratos privados pero se reconoce que, al regirse en su adjudicación por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no se solventarían la mayor parte de las dificultades puestas de relieve. Aparte que no se aporta ningún argumento en apoyo de esta tesis, lo cierto es que la misma choca frontalmente con la calificación de contratos administrativos, que por lo indicado merecen los contratos de préstamos bancarios.

Finalmente se apunta la posibilidad de considerar estos contratos como contratos privados de naturaleza mercantil, que al amparo de lo dispuesto en el artículo 9.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas se regirían por la legislación patrimonial constituida, para las operaciones de crédito, por la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, concretamente, por sus artículos 21 f), 49 y 50.

Esta Junta entiende que esta interpretación forzada debe descartarse, ante todo porque los préstamos bancarios no pueden identificarse con bienes inmuebles, propiedades intelectuales y valores negociables y, además, porque la legislación patrimonial a que se refiere el artículo 9.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en la reguladora de las adquisiciones y enajenaciones de bienes de las Entidades Locales, constituidas por las normas contenidas, en este extremo, en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, en el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, y, fundamentalmente, en el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio.

3. El descartar el argumento utilizado en el escrito de consulta para llegar a la conclusión de que los préstamos bancarios pueden tener una duración superior a los 4 años, con 2 años de prórroga, prevista en el artículo 199 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, no significa rechazar la propia conclusión, que, a juicio de esta Junta Consultiva, queda justificada por las prescripciones de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, no por su consideración de legislación patrimonial, sino por su consideración de Ley especial frente a la regulación del artículo 199.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y por no oponerse a la misma, sino establecer una regulación paralela de un extremo concreto -la posible duración de los contratos de préstamo bancario- que permite concluir que, en este extremo concreto la citada Ley 39/1988, de 28 de diciembre, debe considerarse vigente de conformidad con la disposición derogatoria única de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

CONCLUSIONES

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que los contratos de préstamo bancario celebrados por Administraciones Públicas deben considerarse, a partir de la vigencia de la Directiva 92/50/CEE y de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, contratos administrativos por resultar así del artículo 5.2, a) y 207.6 de la citada Ley.

2. Que no obstante, en cuanto a la duración de estos contratos, puede entenderse que prevalecen las disposiciones de la Ley 39/1998, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, frente a la limitación resultante del artículo 199.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.