

Informe 67/96, de 18 de diciembre de 1996. "Posibilidad de utilización del procedimiento negociado para su adjudicación en los contratos privados".

8.17. Otros informes. Contratos privados de la Administración.

ANTECEDENTES.

Por el Presidente de la Diputación Provincial de Segovia se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

"Al amparo del artículo 10 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante LCAP), esta Corporación Provincial se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, al objeto de que emita informe sobre el asunto que a continuación se detalla.

Resulta conocido que uno de los aspectos más controvertidos, por su novedad, resultantes de la promulgación de LCAP, ha sido la consideración por la misma como contratos administrativos, de los contratos de préstamo bancario celebrados por las Administraciones Públicas, aspecto éste ampliamente debatido en los distintos seminarios, cursos y mesas celebradas como consecuencia de la entrada en vigor del citado texto legal, y del que esa Junta Consultiva se ha pronunciado indubitadamente en su informe 34/96, de 30 de mayo, subrayando el carácter administrativo de dichos contratos en aplicación de los artículos 5.2.a/ y 207.6 de LCAP.

Habiendo tenido conocimiento esta Diputación Provincial, a través del Boletín Oficial de las Cortes Generales del Congreso de los Diputados de 9 de octubre de 1996, del Proyecto de Ley de medidas fiscales, administrativas y de orden social, se observa que en el mismo, a través de una modificación de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales de 28 de diciembre de 1988, se altera el contenido que al respecto se infiere de los preceptos citados de LCAP para el ámbito local, al disponer el primer párrafo del artículo 117.Tres.1 del mencionado Proyecto de Ley:

"1. En la concertación o modificación de toda clase de operaciones de crédito con entidades financieras de cualquier naturaleza, cuya actividad esté sometida a normas de derecho privado, será de aplicación el artículo 9 de la vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas".

De modo que la luz del Proyecto de Ley de medidas fiscales, administrativas y de orden social, cuya entrada en vigor se prevé para el primero de enero de 1997, este tipo de contratos pasan a considerarse contratos privados tal y como los recoge el artículo 9 de LCAP.

La Diputación Provincial que presido se está planteando la posibilidad de reconvertir su deuda financiera actual aprovechando la evolución actual de los mercados financieros de los que se derivan unos tipos de interés más favorables respecto de los aplicables en los contratos de préstamo vigentes, además de promover nuevas contrataciones para financiación de inversiones previstas en el Presupuesto de la Diputación para 1996, y probablemente también de las inversiones que recoja el Presupuesto para 1997.

La problemática que se nos presenta ante la necesidad de acudir a la apertura de un proceso de contratación para ello, es el de la elección del procedimiento y forma de contratación.

Parece lógico, en principio, pensar que la reforma normativa que se deduce del Proyecto de ley de medidas fiscales, administrativas y de orden social, tiende a dotar de una mayor flexibilidad a este tipo de contratos a celebrar con entidades financieras, además de adecuarlos a la práctica consuetudinaria y firmemente

implantada en el sector de que los actos de preparación y adjudicación queden sometidos al Derecho Público, pero los relativos a los efectos y extinción se rijan por el Derecho Mercantil. Sin embargo, no estamos seguros de que con la dicción del artículo del Proyecto de Ley, se alcance esa mayor flexibilidad pretendida, como más adelante razonamos, siendo esa duda interpretativa el núcleo central de la presente consulta.

Antes, sin embargo, si que considero necesario destacar que, reconocimiento la quiebra a los principios consuetudinarios propios del sector financiero, en virtud de los cuales los contratos de préstamo tradicionalmente se han sometido en sus efectos y extinción al derecho privado, y no solo los contratos de préstamo sino la práctica totalidad de las operaciones bancarias (piénsese, por ejemplo, en los contratos de cuenta corriente, que a la luz de LCAP, deberían de considerarse como contratos administrativos), si es que la Ley 13/1995, de 18 de mayo, determinó una novedad interesante al propiciar la posibilidad de utilización del procedimiento negociado, que para este tipo de contratos resulta una pieza muy útil. en efecto, acudir a la subasta o al concurso para un contrato de préstamo, además de encontrarse con una muy difícil articulación, puede llegar, incluso, a provocar efectos contrarios al interés general en la medida en que requiere "fotografías" a priori del contrato en el primer caso, y la práctica imposibilidad de baremar sin que de dicha baremación pueda deducirse una adjudicación perjudicial en términos económicos para la Administración, en el segundo. No se nos puede escapar que ello es así porque en la actualidad los mercados financieros ofertan un abanico de posibilidades, en lo que se ha venido a llamar "ingeniería financiera", inmensa, lo que determina, so pena de restringir enormemente ese "abanico de posibilidades" en contra del interés general mediante un perjuicio económico a la Administración, la posibilidad de encontrarnos licitaciones heterogéneas entre sí, y por lo tanto de muy difícil comparación. Piénsese, por ejemplo en la posibilidad de acudir a préstamos de tipo fijo, o de tipo variable, o de tipo mixto, o variables con suelo y techo, o variables en el plazo de amortización, en la posible condonación por comisiones de amortización anticipada en las reconversiones de deuda, en la implicación de otros tipos de comisiones, y, en fin, multitud de variables que conducen inevitablemente a esas "licitaciones heterogéneas", que sólo mediante un informe técnico, y mediante el uso del procedimiento negociado, pueden derivar la adjudicación a la oferta más ventajosa.

Y este resulta ser el punto crucial de la presente consulta al que se aludía en el párrafo anterior: ¿es posible la utilización del procedimiento negociado en los contratos del artículo 9 de LCAP?

Una primera interpretación determinaría una negativa como respuesta al interrogante planteado:

El artículo 117.tres.1 del Proyecto de Ley de medidas fiscales, administrativas y de orden social residencia estos contratos en el ámbito de los contratos privados regulados en el artículo 9 de LCAP, es decir, desde el punto de vista sistemático en el Libro I del citado texto legal.

Por otro lado, el último inciso del párrafo primero del artículo 76 de la LCAP, señala textualmente: "El procedimiento negociado sólo procederá en los casos determinados en el Libro II de la presente Ley para cada clase de contrato". Es decir, el procedimiento negociado solo cabe en los casos previstos por la Ley para cada clase de contrato". Es decir, el procedimiento negociado solo cabe en los casos previstos por la Ley para el contrato de obras; el contrato de gestión de servicios públicos; el contrato de suministros; y los contratos de consultoría y asistencia, y servicios, y los trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración; que son los contratos regulados en el Libro II, excluyéndose la posibilidad de utilización del procedimiento negociado al resto de contratos, y en particular los recogidos en el Libro I, en los artículos 6, 8 y 9.

Una segunda interpretación podría desembocar en una respuesta afirmativa al interrogante planteado, o al menos llevarnos a una conclusión con efectos más posibilistas, aunque, tal vez, por un camino más trabajo.

La pretensión del artículo 9 de la LCAP es acudir a la teoría de "los actos separables", separando en el proceso de contratación los actos que se han de someter al derecho privado (efectos y extinción), de los que se ha de someter al derecho administrativo (preparación y adjudicación). Si los actos de adjudicación de este tipo de contratos han de considerarse como si de un contrato administrativo se tratara, habrá que acudir al régimen jurídico de los contratos administrativos en lo referente a la adjudicación, y los contratos administrativos a considerar sólo pueden ser los regulados en el Libro II de LCAP que constituyen la tipología general de contratos administrativos. Los "otros" contratos administrativos sólo pueden ser los del artículo 8 de la LCAP y los del artículo 6 de la LCAP.

Los contratos del artículo 8 de la LCAP son, como su propio nombre indica, contratos administrativos especiales, es decir son contratos singulares que se escapan de la generalidad de la contratación administrativa y su propia existencia descansa en la declaración expresa previa de una ley, o en un par de conceptos jurídicos indeterminados: que tengan naturaleza administrativa especial por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla. Parece que son estos contratos administrativos especiales de los que se excluye el procedimiento negociado por aplicación del artículo 76, pero si se considera a los contratos del artículo 9 con idéntica restricción que los del artículo 8 con alejamiento del régimen contemplado para los contratos administrativos "generales, parece, cuando menos, que se produce una gran desproporción.

A mayor abundamiento, conclusiones más irracionales se llegaría con la interpretación estrecha del artículo 76 si abordamos la casuística de los contratos mixtos del artículo 6. En efecto, un contrato administrativo 80% de servicios, y 20% de suministros, por ejemplo, debería catalogarse como un contrato mixto tal y como los define el artículo 6 de la LCAP, luego pretender que a este tipo de contrato por el hecho de ubicarse sistemáticamente en el Libro I de la Ley no le cabe el procedimiento negociado puede pretenderse como absurdo. Sería un contrato mixto pero al que habría que aplicarle el régimen jurídico previsto para los contratos de servicios, y en la misma línea argumental, un contrato bancario de préstamo sería un contrato privado al que, en los actos referidos a la preparación y adjudicación, habría que aplicarle el régimen jurídico previsto para los contratos de servicios.

En resumen, ante las circunstancias expuestas, sin perjuicio de que acaso pudieran haber otras interpretaciones más ajustadas a Derecho, es por lo que solicito de esa Junta Consultiva de Contratación, el pertinente informe que pudiere aclarar nuestras actuaciones futuras, rogándoles encarecidamente prontitud en la remisión del dictamen ya que es temprana la necesidad de los fondos que financien nuestras inversiones y también el tiempo juega en nuestra contra en el tema de la posible refinanciación de la deuda financiera, y conocido es los plazos que en materia de contratación se determinan para el procedimiento negociado con publicidad comunitaria, si realmente cupiera, a los que hay que añadir los que se deducen de la Ley de las Haciendas Locales en cuanto a la preceptiva autorización del Ministerio de Economía y Hacienda. Ciertamente es, no obstante, que cualquier proceso de contratación iniciado antes de la entrada en vigor del tantas veces citado Proyecto de Ley de medidas fiscales, administrativas y de orden social otorgaría a este tipo de contratos naturaleza administrativa plena y no habría lugar a la presente consulta. Sin embargo la inminente realidad del futuro derecho (1 de enero de 1997) invita a no utilizar esta vía ante la posibilidad probable de que un proceso de contratación así iniciado resulte desierto con el consiguiente perjuicio, por su dilatación en el tiempo, para esta Corporación. Además, considero que este tipo de consulta no solo puede

referirse a los contratos de préstamos a celebrar por Entidades locales con entidades financieras del sector privado, sino también a cualesquiera otros de carácter patrimonial que se recogen en el artículo 9 de LCAP".

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Aunque la cuestión que se suscita en el presente expediente -la posibilidad de utilización del procedimiento negociado en contratos privados de la Administración- se liga en el escrito de consulta a una posible modificación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas a través del Proyecto de Ley de medidas fiscales, administrativas y de orden social, actualmente en trámite de discusión parlamentaria y concretamente de la posible transformación en contratos privados, en el ámbito local, de las operaciones de crédito con entidades financieras, lo cierto es que el informe de esta Junta debe pronunciarse con arreglo a la legislación vigente en el momento que se emite, sin tomar en consideración proyectos de normas que, independientemente de que puedan alcanzar o no el carácter de normas jurídicas por su publicación en el Boletín Oficial del Estado, no pueden alterar, en el sentido en que figura la modificación del Proyecto de Ley, las conclusiones que en el presente informe se van a mantener.

2. La cuestión planteada debe ser analizada en relación con los contratos privados de la Administración, a que se refieren los artículos 5.3 y 9 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aunque, debe también hacerse referencia a los contratos administrativos especiales contemplados en los artículos 5.2, 7 y 8 y a los contratos mixtos del artículo 6 de la propia Ley, pues en relación a todos ellos se formulan consideraciones en el escrito de consulta.

La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas después de caracterizar a los contratos privados de la Administración en el artículo 5.3 de manera residual como los que no sean contratos administrativos típicos o especiales, citando a título de ejemplo los de compraventa, donación, permuta arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorpóreas y valores negociables, declara que los contratos privados de las Administraciones Públicas se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación en defecto de normas administrativas especiales, por la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo y que los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorpóreas y valores negociables se regirán por la legislación patrimonial de las Administraciones Públicas aplicable en cada caso.

Una primera conclusión general debe sentarse, por tanto, en cuanto al régimen jurídico de la preparación y adjudicación de contratos privados de la Administración consistente en afirmar que, en defecto de normas administrativas especiales, existentes en los contratos patrimoniales constituidas por las incluidas en la legislación patrimonial, y en los aspectos no regulados en dichas normas deben aplicarse, por dicción expresa de su artículo 9, los preceptos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas relativos a la preparación y adjudicación de los contratos entre ellos los de utilización de procedimientos abiertos, restringidos y negociados.

3. La conclusión que acaba de ser sentada debe completarse con el examen de si constituye obstáculo a la misma, en relación con la utilización del procedimiento negociado el texto del artículo 76 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, expresivo de que el procedimiento negociado solo procederá en los casos determinados en el Libro II de la presente Ley para cada clase de contrato, pues se argumenta que, no estando incluidos ni regulados los contratos privados en el Libro II no resulta aplicable a los mismos las causas de utilización del procedimiento negociado establecidas para los contratos administrativos típicos en el citado Libro II.

A juicio de esta Junta tal argumento debe descartarse por fundarse en una interpretación literal tan estricta del artículo 76 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que queda desvirtuada aplicando al mismo los criterios y elementos interpretativos incorporados al artículo 3 del Código Civil.

Desde el propio punto de vista literal el artículo 76 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas produce un resultado distinto al pretendido si se invierte el orden de los términos en que está redactado, debiendo entenderse literalmente que lo que dice el artículo 76 es que para cada clase de contrato de los regulados en el Libro II de la Ley el procedimiento negociado solo procederá en los casos determinados en dicho Libro.

Más importancia que la interpretación literal tienen en nuestro ordenamiento jurídico la interpretación sistemática y la finalista o teleológica, destacando el citado artículo 3 del Código Civil que en la interpretación se atenderá fundamentalmente, es decir, principalmente, al espíritu y finalidad de las normas.

Desde un punto de vista sistemático hay que tener en cuenta que los preceptos relativos a la preparación y adjudicación que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas contiene para los contratos por ella regulados, entran en juego, respecto a los contratos privados, por la remisión que realiza el artículo 9 de la Ley y que esta remisión es general e indiscriminada con independencia de la ubicación del precepto en la Ley y del tipo o tipos de contratos a que en concreto se refiera, dado que la mayor parte de los preceptos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas se refieren como es lógico a los contratos que la Ley regula -obra, gestión de servicios públicos, suministros, consultoría y asistencia, servicios y trabajos específicos y concretos no habituales. Sería absurdo pensar que la sola circunstancia de que las causas de utilización del procedimiento negociado vinieran establecidas en el Libro I para que su aplicación a los contratos privados fuese posible, no siéndolo por estar ubicadas en el Libro II. Tampoco constituye argumento serio para la exclusión del procedimiento negociado el que las causas vengan referidas en la Ley a cada uno de los contratos que regula, pues existen otros supuestos, por ejemplo el requisito de solvencia técnica o profesional contenido en el artículo 19 referido a los contratos regulados en la Ley, respecto del cual no puede suscitarse dudas de su aplicación a los no regulados, en este caso a los privados, cuando esta aplicación es debida a la remisión efectuada por el artículo 9 de la Ley.

Basta por tanto con que un precepto de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas se refiera a la preparación y adjudicación de los contratos -y el procedimiento negociado y las causas de su utilización forman parte evidentemente integrante de la normativa relativa a la adjudicación- para que resulte aplicable a los contratos privados, pues de esta aplicación solo pueden quedar aquellos preceptos de la Ley que de manera tan concreta y específica se refieran solo a determinados contratos, como sucede con el requisito de la clasificación, que resulten inviables no solo para los contratos no regulados en la Ley, sino también para los regulados en que no concurren los requisitos en cada caso establecidos (obras de cuantía igual o superior a 20.000.000 de pesetas o a 10.000.000 de pesetas, si se trata de contratos de consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales).

Desde el punto de vista finalista, resulta evidente que la sumisión de los contratos privados, en su preparación y adjudicación, a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas responde a la idea de que, aunque, por su naturaleza privada, sus efectos y extinción se rigen por el derecho privado, ello no obsta para que por el dato fundamental de los fondos públicos con los que se financian estos contratos, su adjudicación ha de llevarse a cabo con las normas concretas en que se plasman los principios de publicidad, transparencia, libre concurrencia y no discriminación, idea que se ve reforzada porque muchos de estos contratos privados por naturaleza pueden quedar sujetos a las Directivas comunitarias, concretamente a la Directiva 92/50/CEE, que, como es sabido obliga a aplicar sus preceptos referentes exclusivamente a la preparación y adjudicación de contratos, a los contratos privados. Como se ha señalado gráficamente por algún sector doctrinal la sujeción de los contratos privados de la Administración a la Ley de Contratos de las Administraciones

Públicas es una sujeción de "menor grado" o "menos intensa" que la de los propios contratos administrativos y siendo esto así debe mantenerse como incuestionable que no se puede excluir en los contratos privados la utilización del procedimiento negociado, con lo que obligadamente todos los contratos privados habrían de adjudicarse por subasta o concurso, incluso insólitamente aunque solo hubiese un contratista, con lo que, en definitiva los contratos privados quedarían sometidos a un régimen más rígido en su adjudicación que los propios contratos administrativos, lo cual no ha podido ser en absoluto la finalidad perseguida por el legislador al establecer el régimen jurídico de los contratos privados de la Administración.

4. Lo hasta aquí razonado respecto de los contratos privados de la Administración es perfectamente extensible a los contratos administrativos especiales contemplados en los artículos 5.2 y 8 y a los contratos mixtos en el artículo 6 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, debiendo quedar descartada la idea que se apunta como posible en el escrito de consulta de considerar que estos dos tipos de contratos están regulados en el Libro I de la Ley y, en consecuencia, no les son de aplicación las causas de utilización del procedimiento negociado.

Esta posible configuración de los contratos administrativos especiales y mixtos parte del presupuesto equivocado de que ambos tipos de contratos están regulados en el Libro I de la Ley y basta la simple lectura de los artículos 6 y 7 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas para comprender que en ellos no se contiene una regulación de los mismos, sino una remisión a la regulación contenida en el Libro II, de manera íntegra y en defecto de normas propias para los contratos administrativos especiales y a la normativa específica de la prestación económica más importante en los contratos mixtos. Ninguna dificultad existe para la utilización del procedimiento negociado en los contratos administrativos especiales, por las mismas razones expuestas al analizar el régimen jurídico de los contratos privados y con más peso aún en los contratos mixtos cuya necesaria calificación como contrato de obras, de gestión de servicios públicos, de suministro y de consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales conduce directamente a la posible utilización de alguna de las causas previstas en los artículos 140 y 141 para el contrato de obras, 160 para el contrato de gestión de servicio público, 182 y 183 para el contrato de suministro y 210 y 211 para los contratos regulados en el Título IV del Libro II de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

CONCLUSIÓN.

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que en los contratos privados de la Administración contemplados en los artículos 5.3 y 9 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en defecto de normas administrativas especiales de las que resulte lo contrario, podrá utilizarse el procedimiento negociado por las causas enumeradas en los artículos 140, 141, 160, 182, 183, 210 y 211 de la propia Ley que más se ajusten al propio objeto del contrato.
2. Que idéntica conclusión con las mismas matizaciones ha de sostenerse en relación con los contratos administrativos especiales a que se refieren los artículos 52 b 7 y 8 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.
3. Que en los contratos mixtos, a que se refiere el artículo 6 de la Ley, las causas de utilización del procedimiento negociado serán las establecidas para uno de los contratos regulados en el Libro II según la prestación económica más importante, que determina necesariamente la calificación del contrato como uno de los contratos administrativos típicos regulados.