

Junta Superior de Contratación Administrativa
C/ Palau ,12-3ª planta
46003 VALENCIA
Tel.: 961 6013072
Correo: secretaria_JSCA@gva.es

Ref .: SUB/SCC/mvt-asm
Asunto : Informe 8/2016

INFORME 8/2016 DE 30 DE NOVIEMBRE DE 2016. CONTRATACIÓN DE LOS SERVICIOS FINANCIEROS DE LA GENERALITAT.

ANTECEDENTES

En fecha 14 de septiembre de 2016 ha tenido entrada en la Junta Superior de Contratación Administrativa solicitud de informe de la Subsecretaría de la Conselleria de Hacienda y Modelo Económico, mediante el que formula consulta del siguiente tenor literal:

“1. Mediante Resolución de 1 de marzo de 2010 se adjudicó el contrato de "Prestación de Servicios Financieros de la Generalitat”, con un plazo de ejecución de tres años desde la fecha de adjudicación”. Dicho contrato fue prorrogado, mediante resolución de fecha 26 de febrero de 2015, hasta el 27 de febrero de 2016.

El mencionado contrato fue calificado en su momento como de naturaleza privada.

2. En enero de 2016 se inician los trámites para licitar nuevamente “las operaciones de crédito y servicios financieros de la Generalitat y el Sector Público Valenciano”.

A los efectos del régimen jurídico aplicable a dicho contrato, la prestación consistente en operaciones de crédito a corto plazo, constituye una operación de tesorería que, como tal, puede entenderse excluida del ámbito de aplicación del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, a tenor de lo dispuesto en la letra I de su artículo 4.1.I). Por su parte, el resto de servicios objeto del contrato constituye un servicio bancario de los previstos en la categoría 6 del Anexo II de ese mismo Texto Refundido, y que, con carácter general, han de sujetarse al régimen propio de los contratos privados de la Administración previsto en el artículo 20.1 de dicho Texto Refundido, a cuyo tenor la preparación y adjudicación del contrato se rigen por la citado Texto Refundido y demás disposiciones de desarrollo o complementarias que sean de aplicación, mientras que los efectos, ejecución y extinción del contrato se someten al derecho privado.

3. No obstante ello, y dado que la prestación que tiene más importancia desde el punto de vista de coste económico son las operaciones de crédito a corto plazo, las normas que deberán observarse en la adjudicación del contrato son las que correspondan a dicha prestación. Por ello, de acuerdo con lo anterior, y considerando que ambas prestaciones (los servicios bancarios y las operaciones de crédito a corto plazo) forman parte de un único contrato, este se registrará, en primer término, por

lo establecido en los presentes pliegos y, en lo no previsto expresamente en los mismos, por el régimen propio de los contratos privados.

4. En Julio de 2016 la Secretaría Autonómica de Hacienda propone la licitación de un nuevo contrato de Servicios Financieros de la Generalitat y del sector Público Valenciano.

5. Remitido a la Abogacía el Pliego de Cláusulas Administrativas que debe regir la licitación del mencionado contrato, ésta considera conveniente solicitar informe a la Junta Superior de Contratación sobre la viabilidad jurídica del presente contrato.

En base a ello se solicita informe a esa Junta Superior de contratación sobre la naturaleza jurídica y régimen jurídico aplicable al mencionado contrato, con carácter urgente.

Se aporta como documentación:

Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares

Pliego de Prescripciones Técnicas

Informe emitido por la Abogacía”

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

El objeto del contrato propuesto lo constituyen, por una parte y principalmente, servicios de financiación a la Generalitat consistentes en la concesión de préstamos de tesorería y otras operaciones de crédito a corto plazo (pólizas de crédito y *confirming* de proveedores), cuya finalidad es disponer de la liquidez necesaria para el funcionamiento de la Generalitat, y, por otra parte, conjuntamente con los anteriores y en segundo lugar de importancia, servicios financieros bancarios de depósito de fondos, de recaudación de tributos y otros ingresos y de gestión y operación de cuentas de la Generalitat, así como otros servicios accesorios o complementarios de los anteriores como la instalación y mantenimiento de TPVs o el alquiler de cajas de seguridad.

En consecuencia, el contrato tiene por objeto principal servicios financieros de préstamos o de créditos de funcionamiento que se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público, en virtud de lo dispuesto en el artículo 4.1.I del texto refundido de dicha Ley (en lo sucesivo TRLCSP) como también de la Directiva 2014/24/UE en su art. 10 e y f); y simultáneamente servicios bancarios de gestión de fondos y cuentas incluidos en la categoría 6 del Anexo II del TRLCSP que, si bien pueden no considerarse excluidos de su ámbito de aplicación, son prestaciones propias de contratos que han de considerarse privados aunque los celebre una Administración Pública, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 20 del TRLCSP.

Además, ha de destacarse como característica particular del contrato la circunstancia de que no se trata de una licitación convencional en condiciones de concurrencia competitiva de candidatos, pues su finalidad es la selección de las entidades financieras colaboradoras de la Generalitat en función del cumplimiento de unos requisitos objetivos relativos a su capacidad económica y sin que la selección de una entidad excluya necesariamente las demás. Por ese motivo, resultan inaplicables gran parte de los preceptos reguladores de procedimientos de concurrencia competitiva establecidos en el TRLCSP, dirigidos todos ellos a la selección de *la oferta*



económicamente más ventajosa como principio fundamental de la contratación del sector público regulada en dicha ley.

Existe alguna incoherencia en la documentación remitida. Mientras que el documento que hace las veces de pliego de cláusulas administrativas particulares se denomina “Pliego de Condiciones para Contrato Mixto de Servicio de Operaciones de Crédito y Servicios Financieros de la Generalitat y el Sector Público Valenciano”, el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) remitido por la unidad proponente (Subdirección General de Tesorería) lo es “para la Contratación de Servicios Financieros a la Generalitat y el Sector Público”.

Respecto a dichas denominaciones, se aconseja mantener la formulada por la Subdirección General de Tesorería. De acuerdo con los descriptores utilizados en el CPV (Vocabulario común de los contratos públicos, Anexo I del Reglamento (CE) 213/2008 de la Comisión), la división 66 recoge, bajo la denominación de servicios financieros, todos los servicios prestados por bancos y entidades financieras y, en particular, los comprendidos en el contrato. Igualmente, la categoría 6 del Anexo II del TRLCSP, utiliza la expresión de servicios financieros como comprensiva, entre otros, de los servicios bancarios que son objeto del presente contrato.

También en relación con la denominación del contrato, pero sobre todo en relación con su régimen jurídico, ha de advertirse que el contrato no es un contrato “mixto” en el sentido que a tal término le da el artículo 12 del TRLCSP. De acuerdo con el texto legal un contrato mixto es aquél que contenga prestaciones correspondientes a dos o más clases. Pero en el caso del contrato objeto de este informe, sus prestaciones no pertenecen a más de uno de esos tipos de contratos, ya que todas ellas tienen la consideración de servicios y si existe algún suministro, como en el caso de las terminales TPV, no deja de ser meramente accesorio para la prestación del servicio bancario de pagos asociado a una cuenta.

Del mismo modo, si el contrato no puede considerarse un contrato mixto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 del TRLCSP, tampoco debe presumirse que le sea de aplicación la restricción que para estos contratos mixtos se establece en el artículo 25 del TRLCSP.

No es difícil deducir que la reunión en un solo contrato de las prestaciones contenidas en el Pliego de Prescripciones técnicas remitido por la Subdirección General de la Tesorería está justificada por evidentes razones económicas, por las que se persigue minimizar los costes de financiación de las operaciones de tesorería, ofreciendo a los bancos la contrapartida de depositar los fondos de la Generalitat y operar con aquellas entidades que concedan a la Generalitat financiación a corto en las mejores condiciones de mercado. No es que las prestaciones estén objetiva y directamente vinculadas entre sí o constituyan una unidad funcional desde el punto de vista técnico o de la Generalitat, es que es necesario vincular su contratación porque ello es necesario para interesar a las entidades cuya colaboración la Generalitat precisa, para que acudan a la licitación y sean parte en el contrato. Dicho de otra forma, en la situación económica actual, los bancos y las entidades financieras, no van a estar interesados en conceder préstamos o créditos a tipos de interés muy bajos y en condiciones ventajosas, aceptables o simplemente soportables para sus clientes, si éstos no depositan en ellos sus fondos y operan a través de cuentas abiertas en dichas entidades, contratándoles servicios por los que cobrar comisiones que compensen la baja rentabilidad que

obtienen de los préstamos.

Por otra parte, tal como consta en los pliegos remitidos con la consulta, el valor estimado de los intereses por los préstamos y operaciones de crédito, cuya contratación se encuentra excluida del ámbito de aplicación del TRLCSP, es mayor que el de las comisiones que han de pagarse por los servicios financieros de carácter bancario que no pueden considerarse excluidos. En consecuencia, si a mayor abundamiento se aplicara un criterio por analogía- como cita la documentación remitida- entre la contratación de préstamos y líneas de crédito objeto de las operaciones de tesorería y los negocios jurídicos de carácter patrimonial a los que se refiere el artículo 4.1.p del TRLCSP, podemos decir que también se cumple la condición establecida en dicho precepto de que los servicios no expresamente excluidos del ámbito de aplicación del TRLCSP no superen el 50 por 100 del importe total del negocio, lo que refuerza si cabe la consideración del contrato como contrato excluido del ámbito de aplicación del TRLCSP

Por lo demás, excluidos o no del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público, la contratación de los servicios objeto del contrato puede y debe respetar los principios fundamentales que constituyen la finalidad de dicha Ley, recogidos en el artículo 1 del TRLCSP, mediante una publicidad de su licitación que se considere adecuada o suficiente, como por ejemplo la publicación en la plataforma de contratación del sector público ,si bien creemos aconsejable proceder a su publicación también en el DOUE, teniendo en cuenta, además, que los servicios bancarios han de ser prestados por entidades autorizadas para operar en el territorio español, las cuales son conocidas y pueden ser directamente invitadas a participar en el procedimiento de contratación, debe garantizarse la libertad de acceso a la licitación, la no discriminación y la igualdad de trato a todas ellas. Estos principios, a los que ciertamente responde la legislación de contratos del sector público, se derivan no obstante del Tratado FUE y deben considerarse aplicables y exigibles en cualesquiera contratos públicos de servicios no incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24/UE sobre los procedimientos de contratación, de acuerdo con lo señalado al respecto por la Comunicación Interpretativa de la Comisión sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (2006/C 179/02) que recomienda en los contratos de gran cuantía su publicidad en el citado Diario Oficial.

CONCLUSIÓN

La contratación de los servicios financieros para la Generalitat y su Sector Público, consistentes principalmente en préstamos para la financiación de operaciones de tesorería y la concesión de pólizas o líneas de crédito e instrumentos financieros análogos y, conjuntamente con éstos, de otros servicios financieros de las entidades concedentes de dichos préstamos o créditos, relativos a la apertura y gestión de cuentas y depósitos de fianzas, recaudación de tributos y otros ingresos y otros servicios bancarios comunes o accesorios, es una contratación que se encuentra excluida del ámbito de aplicación del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y de las directivas europeas en materia de contratación.

Sin perjuicio de lo anterior, en la contratación de dichos servicios deben respetarse los principios



básicos establecidos en la legislación española y europea en materia de contratos públicos, en los términos indicados en la Comunicación Interpretativa de la Comisión sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (2006/C 179/02)

El presente Informe se emite al amparo de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 79/2000, de 30 de mayo, del Gobierno Valenciano, por el que se crea la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, y no tendrá carácter vinculante. Por tanto, el órgano consultante podrá adoptar su decisión ajustándose o apartándose del criterio de la Junta, con la obligación de motivar su decisión en este último caso.

Vº Bº EL PRESIDENTE

LA SECRETARIA

(Por sustitución art. 1 .a)

Orden de 11 de junio de 2001

DOGV 17/07/2001)



APROBADO POR LA JUNTA SUPERIOR DE
CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA en fecha 30 de
noviembre de 2016

VICEPRESIDENTA