

Junta Superior de Contractació Administrativa
C/ Palau, 12 -3ª planta
46001 VALÈNCIA
Tel.: 961 613072
Correo: secretaria_JSCA@gva.es

Ref .: SUB/SCC/mvt-asm
Asunto : Informe 6/2018

INFORME 6/2018 DE 15 DE JUNIO DE 2018 . CONTRATOS DE CALIFICACIÓN CREDITICIA (RATING). EXCLUSIÓN DEL ÁMBITO DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

ANTECEDENTES

En fecha 3 de mayo de 2018, ha tenido entrada en la Junta Superior de Contratación Administrativa solicitud de informe del Instituto Valenciano de Finanzas, mediante el que formula consulta del siguiente tenor literal:

“CONSULTA RELATIVA AL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONTRATOS DE CALIFICACIÓN CREDITICIA.

La Sindicatura de cuentas, en su informe de fiscalización de las sociedades mercantiles, entidades públicas empresariales y otras entidades de derecho público de la Generalitat indica lo siguiente:

“El IVF considera que las prestaciones del servicio de calificación crediticia -rating- que realizan las agencias de calificación de riesgos están excluidas del ámbito de la LCSP por aplicación del artículo 4.1.1), pues considera que se trata de contratos relativos a servicios financieros relacionados con la emisión, compra, venta y transferencia de valores o de otros instrumentos financieros. Durante el ejercicio 2016 ha formalizado cuatro contratos con dos agencias distintas, por un importe global de 223.601 euros.

Sin embargo, en nuestra opinión, lo que la LCSP y la Directiva europea pretenden excluir de su ámbito de aplicación son los denominados “contratos financieros”, esto es, los contratos referentes a operaciones activas -gestión de tesorería- y pasivas - gestión del endeudamiento- que se desarrollan en los mercados monetarios y de capital, en la medida que se trata de ámbitos de negociación que, por sus características, garantizan los principios de libre competencia, publicidad e igualdad de oportunidades propios de la contratación pública.

No se puede calificar el contrato de rating como ninguna modalidad de contrato financiero, ya que no constituye ninguna operación activa ni pasiva relativa a instrumentos financieros propia de los mercados primarios o secundarios de valores, en este caso, del mercado de deuda pública.

En consecuencia, tal y como sucede en otras comunidades autónomas, el IVF debería licitar estos contratos para garantizar el cumplimiento de los principios de publicidad previa y competencia.”

Este Instituto no comparte la opinión de Sindicatura de Cuentas aquí reproducida en base a los motivos que más adelante se reseñan, y que se desarrollan de manera más detallada en el informe que se adjunta a este escrito (ver Anexo 1). De manera resumida, estos motivos son los siguientes:

El art. 4.1.1) del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público Real, aprobado por Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante “TRLCSP”), de aplicación en el ejercicio al que se

refiere el informe de Sindicatura, excluye de su ámbito de aplicación, entre otros, a

"Los contratos relativos a servicios financieros relacionados con la emisión, compra, venta y transferencia de valores o de otros instrumentos financieros, en particular las operaciones relativas a la gestión financiera del Estado, así como las operaciones destinadas a la obtención de fondos o capital por los entes, organismos y entidades del sector público, así como los servicios prestados por el Banco de España y las operaciones de tesorería."

Por su parte, la Directiva 2014/24 de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública, que resulta de aplicación directa y que ha sido recogida en el actual art. 10 de la recientemente publicada ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, "LCSP"), establece en su art. 10 que la misma no será de aplicación a aquellos contratos públicos de servicios para

"e) servicios financieros relacionados con la emisión, compra, venta o transferencia de valores o de otros instrumentos financieros, en el sentido de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, los servicios de los bancos centra/es y las operaciones realizadas con la Facilidad Europea de Estabilización Financiera y el Mecanismo Europeo de Estabilidad;

f) préstamos, estén o no relacionados con la emisión, venta, compra o transferencia de valores o de otros instrumentos financieros"

No se puede compartir la opinión de Sindicatura cuando estima que lo que el TRLCSP y la Directiva europea pretenden excluir de su ámbito de aplicación se reduce a los denominados "contratos financieros", esto es, los contratos referentes a operaciones activas y pasivas, ya que estos son objeto de una exclusión expresa. Esto es, los servicios financieros excluidos a los que se refiere el art. 4.1.l) TRLCSP no pueden ser operaciones financieras en si (operaciones activas y pasivas), ya que son objeto de una exclusión expresa propia en virtud del art. 10.f) de la Directiva.

Como la propia Directiva y la ley 9/2017 indican, no solamente estos contratos están excluidos, sino que esta exclusión se extiende a los "servicios financieros relacionados con la emisión, compra, venta o transferencia de valores o de otros instrumentos financieros." La existencia de una relación directa y profunda entre estos contratos y los instrumentos financieros que sirve para identificarlos como excluidos de la aplicación del TRLCSP es innegable, por estar abundantemente documentada.

Es por ello por lo que, a pesar de lo contemplado en el citado Informe de Fiscalización de Sindicatura, no se puede compartir que los únicos negocios excluidos son "los contratos referentes a operaciones activas -gestión de tesorería- y pasivas -gestión del endeudamiento" ya que estos son objeto de una exclusión expresa, por lo que solo cabe concluir que los contratos de rating están enmarcados en los "servicios financieros relacionados con la emisión, compra, venta y transferencia de valores o de otros instrumentos financieros". En caso contrario, esta mención estaría vacía de contenido.

Así mismo, resulta muy relevante el que la propia normativa comunitaria establece una lista de actividades que deben ser entendidas como servicios financieros. En efecto, la propia Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 relativa a los mercados de instrumentos financieros incluyó, en su momento, en la lista de servicios, actividades e instrumentos financieros, como servicio auxiliar, los "Informes de inversiones y análisis financieros u otras formas de recomendación general relativa a las operaciones en instrumentos financieros". Denominación que se mantiene en la actualmente en vigor Directiva 2014/65/EU del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros. Así pues, no parece



discutible el que los servicios suministrados por las Agencias de Calificación están claramente encuadrados dentro de esta definición, por lo que deben entenderse contemplados en el ámbito de exclusión de la normativa de contratación pública.

Para un mayor detalle de estos argumentos, del resto de normativa comunitaria aplicable y de la doctrina de los Tribunales especializados en materia de contratación, hacemos referencia al Informe adjunto como Anexo 1, que se entiende incorporado a este escrito formando parte del mismo, y que no se reproduce en aras de una mayor brevedad.

Por otro lado, tampoco se puede compartir la referencia que hace Sindicatura en su Informe de Fiscalización a que “tal y como sucede en otras comunidades autónomas, el IVF debería licitar estos contratos para garantizar el cumplimiento de los principios de publicidad previa y concurrencia.” Esto no es exacto ya que, tal y como se explica en el informe adjunto, el Tesoro, es decir, la Administración General del Estado, considera que la contratación de los ratings está exceptuados de la normativa de contratos del sector público. Además del Tesoro español, de las 16 Comunidades Autónomas (se exceptúa la Comunitat Valenciana), 11, es decir la gran mayoría de ellas, interpretan que los contratos con las Agencias de Rating están excluidos de la LCSP en base a la excepción del artículo 4.1.I) TRLCSP.

Con independencia de esta cuestión, pero íntimamente relacionada con la misma, en los contratos que el IVF tiene en la actualidad suscritos para la prestación de este tipo de servicios con las agencias de calificación (se adjunta a modo de ejemplo, el contrato formalizado con Standard & Poor's, Anexo 2). El clausulado de dichos contratos contempla que los mismos pueden ser resueltos en cualquier momento por cualquiera de las partes siempre que medie un preaviso por escrito. A sensu contrario, debe entenderse que, en caso de que no medie denuncia del mismo, el contrato en cuestión debe entenderse prorrogado, lo que suscitaría cual sería el cauce procedimental adecuado, en su caso, para proceder a dicha prórroga.

Es por ello que nos dirigimos a esa Junta Superior de Contratación Administrativa, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 2.1 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, al efecto de que informe acerca de:

- La inclusión o no de los contratos de servicios de calificación crediticia en los supuestos de exclusión contemplados en la normativa de contratación pública, concretamente el art. 4.1.I) TRLCSP, y por ende, el art. 10 LCSP actualmente en vigor, y el art. 10.e) de la Directiva 2014/24.
- En función de la respuesta que se dé a la cuestión anterior, cuál es el cauce procedimental adecuado para proceder a la prórroga de un contrato de este tipo de servicios que se articula contractualmente de manera tácita y automática”

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

La primera cuestión de la consulta planteada por el Instituto Valenciano de Finanzas (IVF) viene motivada por una aparente diferencia de criterio que, en relación con los contratos con las agencias de valoración de riesgos y de calificación crediticia, tienen dicha entidad y la Sindicatura de Comptes. Mientras que el primero entendía y entiende que tales contratos, como contratos de servicios, no se encuentran comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público,

por considerarlos incluidos entre los descritos actualmente en el artículo 10 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en lo sucesivo LCSP), la Sindicatura considera que dichos contratos no se encuentran comprendidos entre los servicios financieros excluidos de la LCSP a los que se refiere dicho artículo y que el “IVF debería licitar estos contratos para garantizar el cumplimiento de los principios de publicidad previa y transparencia”, porque a su juicio les son de aplicables las normas de la LCSP que regulan la adjudicación de los contratos de servicios.

Por lo que se refiere a la finalidad de tales contratos, es notorio en el ámbito de las entidades financieras, tanto del sector público como del privado, la relevancia que tiene en el mercado de capitales y, especialmente, en el de deuda y títulos de renta fija, los análisis, informes y calificaciones que efectúan y otorgan las agencias de valoración de riesgos y calificación crediticia reconocidas en dichos mercados, hasta el punto de que numerosos inversores y gestores de fondos de inversión exigen una calificación mínima de tales títulos otorgada por dichas agencias para canalizar inversiones hacia ellos y suscribirlos. Igualmente, dichas calificaciones también son tenidas en cuenta por los bancos y entidades de crédito a las que cualquier entidad pública puede necesitar recurrir para obtener recursos financieros adicionales.

Antes de la entrada en vigor de la LCSP, el artículo 4.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSPP), ya declaraba excluidos de su ámbito de aplicación los contratos relativos a servicios financieros relacionados con la emisión de valores, (...) así como las *operaciones* destinadas a la obtención de fondos o capital por los entes y organismos del sector público. Entonces, la Ley no especificaba más sobre qué debía entenderse comprendido en tal concepto y ya cabía interpretar que el mismo comprendía tanto las emisiones de deuda pública u otros instrumentos financieros como cualesquiera otras operaciones o negocios jurídicos que fueran necesarios para asegurar el éxito de dicha emisión y para los que no resultaran aplicable o adecuadas las normas del TRLCSPP.

Actualmente, el artículo 10 de la LCSP establece que están *excluidos del ámbito de la presente Ley los contratos relativos a servicios financieros relacionados con la emisión, compra, venta o transferencia de valores o de otros instrumentos financieros en el sentido de la Directiva 2004/39/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE, del Consejo y la Directiva 2000/12/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE, del Consejo. Asimismo quedan excluidos los servicios prestados por el Banco de España y las operaciones realizadas con la Facilidad Europea de Estabilización Financiera y el Mecanismo Europeo de Estabilidad y los contratos de préstamo y operaciones de tesorería, estén o no relacionados con la emisión, venta, compra o transferencia de valores o de otros instrumentos financieros.*

Esos otros servicios o instrumentos financieros en el sentido de la Directiva 2004/39/CE, a los que se refiere el precepto anterior, se encuentran relacionados en su Anexo I:

ANEXO I

LISTA DE SERVICIOS, ACTIVIDADES E INSTRUMENTOS FINANCIEROS

Sección A

Servicios y actividades de inversión

(1) *Recepción y transmisión de órdenes de clientes en relación con uno o más instrumentos*



financieros.

(2) Ejecución de órdenes por cuenta de clientes.

(3) Negociación por cuenta propia.

(4) Gestión de carteras.

(5) Asesoramiento en materia de inversión.

(6) Aseguramiento de instrumentos financieros o colocación de instrumentos financieros sobre la base de un compromiso firme

(7) Colocación de instrumentos financieros sin base en un compromiso firme.

(8) Gestión de sistemas de negociación multilateral.

Sección B

Servicios auxiliares

(1) Administración y custodia de instrumentos financieros por cuenta de clientes, incluidos la custodia y servicios conexos como la gestión de tesorería y de garantías;

(2) Concesión de créditos o préstamos a un inversor para permitirle la realización de una operación en uno o varios instrumentos financieros, cuando la empresa que concede el crédito o préstamo participa en la operación;

(3) Asesoramiento a empresas en materia de estructura del capital, estrategia industrial y cuestiones afines, y asesoramiento y servicios en relación con las fusiones y la adquisición de empresas;

(4) Servicios de cambio de divisas cuando éstos estén relacionados con la prestación de servicios de inversión;

(5) Informes de inversiones y análisis financieros u otras formas de recomendación general relativa a las operaciones en instrumentos financieros;

(6) Servicios relacionados con el aseguramiento.

(7) Los servicios y actividades de inversión, así como los servicios auxiliares del tipo incluido en la Sección A o B del Anexo I relativos al subyacente de los derivados incluidos en la Sección C, puntos 5, 6, 7 y 10, cuando éstos se hallen vinculados a la prestación de servicios de inversión o de servicios auxiliares

Sección C

Instrumentos financieros

(1) Valores negociables;

(2) Instrumentos del mercado monetario;

(3) Participaciones de organismos de inversión colectiva;

(4) *Contratos de opciones, futuros, permutas ("swaps"), acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de derivados relacionados con valores, divisas, tipos de interés o rendimientos, u otros instrumentos derivados, índices financieros o medidas financieras que puedan liquidarse en especie o en efectivo;*

(5) *Contratos de opciones, futuros, permutas ("swaps"), acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de derivados relacionados con materias primas que deban liquidarse en efectivo o que puedan liquidarse en efectivo a petición de una de las partes (por motivos distintos al incumplimiento o a otro suceso que lleve a la rescisión del contrato);*

(6) *Contratos de opciones, futuros, permutas ("swaps") y otros contratos de derivados relacionados con materias primas que puedan liquidarse en especie, siempre que se negocien en un mercado regulado o SMN;*

(7) *Contratos de opciones, futuros, permutas ("swaps"), acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de derivados relacionados con materias primas que puedan ser liquidados mediante entrega física no mencionados en el punto 6 de la Sección C y no destinados a fines comerciales, que presentan las características de otros instrumentos financieros derivados, teniendo en cuenta, entre otras cosas, si se liquidan a través de cámaras de compensación reconocidas o son objeto de ajustes regulares de los márgenes de garantía;*

(8) *Instrumentos derivados para la transferencia del riesgo de crédito;*

(9) *Contratos financieros por diferencias.*

(10) *Contratos de opciones, futuros, permutas ("swaps"), acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de derivados relacionados con variables climáticas, gastos de transporte, autorizaciones de emisión o tipos de inflación u otras estadísticas económicas oficiales, que deban liquidarse en efectivo o que puedan liquidarse en efectivo a elección de una de las partes (por motivos distintos al incumplimiento o a otro suceso que lleve a la rescisión del contrato), así como cualquier otro contrato derivado relacionado con activos, derechos, obligaciones, índices y medidas no mencionados en la presente sección C, que presentan las características de otros instrumentos financieros derivados, teniendo en cuenta, entre otras cosas, si se negocian en un mercado regulado o SMN, se liquidan a través de cámaras de compensación reconocidas o son objeto de ajustes regulares de los márgenes de garantía.*

De entre los servicios incluidos en la relación anterior destacan especialmente, entre otros y por su relación con la cuestión objeto de la consulta, los incluidos en el epígrafe (5) de la Sección B, relativos a los *Informes de inversiones y análisis financieros u otras formas de recomendación general relativa a las operaciones en instrumentos financieros*, cuya descripción, si bien no tendrá una coincidencia exacta con el objeto de un contrato de *rating* o de valoración de riesgos, sí que permite concluir sin lugar a dudas que los contratos a los que se refiere el artículo 10 de la LCSP no son sólo aquellos que tienen por objeto operaciones activas o pasivas propias de los mercados primarios o secundarios de valores, en este caso, de deuda pública, como así lo expresa y parece entenderlo la Sindicatura, sino que también se incluyen en ese precepto otros servicios accesorios que rodean o confluyen con las operaciones que se efectúan en los mercados de capitales. Es cierto que la calificación del *rating* de una entidad o de una emisión de valores no constituye una recomendación de ningún tipo ni el



análisis de una inversión concreta, pero utilizando los propios términos empleados por las agencias sí que consiste en realizar unos *informes analíticos* de una entidad y de sus operaciones financieras, de los que se derivan unas calificaciones que sintetizan sus resultados y que constituyen una información relevante para las decisiones de los emisores e inversores que operan en dichos mercados.

Sin perjuicio de ello, hay que preguntarse también si la contratación de una agencia de calificación o de valoración de riesgos en el mercado de valores, cuyo ámbito es internacional, podría ajustarse a un procedimiento de contratación de los regulados en la LCSP para los contratos típicos de servicios. Para responder a esta cuestión hay que tener en cuenta, ante todo, la circunstancia de que la eficacia de la calificación que efectúe la agencia o agencias escogidas no se deriva de la concurrencia competitiva en una licitación que pueda promover la Administración, en este caso el IVF, sino de la confianza de los inversores potenciales en las valoraciones que dichas agencias efectúen y en las calificaciones que otorguen a los valores e instrumentos financieros ofrecidos en el mercado y a las entidades emisoras. Es decir, puede decirse que son los inversores y los gestores de los fondos de inversión que operan en el mercado de valores quienes deciden –han decidido– qué valoraciones y qué agencias les merecen confianza y, en función de ello, quienes como el IVF estén interesados en colocar sus títulos de deuda u obtener crédito en dicho mercado deben atenerse a las reglas que lo rigen y decidir, en función de su influencia, a qué agencias encomiendan el análisis y la calificación de sus títulos o de su solvencia como entidad.

Por otra parte, ha de tenerse en cuenta también que las agencias de valoración de riesgos son y han de ser independientes de las entidades cuya solvencia valoran y que, además, pueden incluso calificar la deuda emitida por cualquier entidad independientemente de que esta tenga suscrito un contrato de *rating* con ellas o no. La diferencia, sin embargo, estriba en el mayor conocimiento que en virtud del contrato una agencia puede obtener de la situación y circunstancias que concurren en la entidad emisora de deuda y la mayor confianza en su solvencia que puede derivarse de la relación contractual. Precisamente por la necesidad de independencia que la agencia de valoración ha de asegurar a los inversores, en un contrato de valoración de riesgos y de calificación de valores de renta fija no es la entidad emisora de deuda la que establece las condiciones administrativas o las prescripciones técnicas de cómo ha de efectuar la agencia el análisis de dichos instrumentos financieros y su calificación, como si de un contrato administrativo de servicios se tratara, sino que será la agencia la que establezca la información que la entidad emisora le deberá facilitar, las condiciones en las que efectuará la calificación o valoración crediticias, los derechos de publicación que se reserva y los honorarios o tarifas que cobrará por efectuar esa valoración teniendo en cuenta la información facilitada por la entidad.

En definitiva, a juicio de esta Junta, no estamos ante contratos típicos de servicios de los regulados en la Ley de Contratos del Sector Público, sino ante unos contratos privados con agencias de calificación crediticia, como medio de garantizar a los operadores del mercado de capitales información clave sobre la solvencia de la Generalitat y obtener la confianza de los gestores de inversiones; en definitiva, contratos relacionados con la emisión de valores y con otros instrumentos financieros que se encuentran comprendidos entre los previstos en el artículo 10 de la Ley y, por tanto, excluidos de su ámbito de aplicación. El Instituto Valenciano de Finanzas puede suscribir contratos de *rating* o no hacerlo según lo que estime aconsejable en función de las circunstancias que concurren en el mercado de valores, especialmente en el de deuda, pero si decide hacerlo ha de poder suscribir tales contratos con las agencias que considere más convenientes para el interés público perseguido y en las mejores condiciones que puedan negociarse o conseguirse, teniendo en cuenta que cada agencia puede establecer e imponer sus propias condiciones para prestar dichos servicios.

La segunda cuestión planteada por la consulta del IVF se refiere a cuál es el procedimiento adecuado para proceder a la prórroga de un contrato de servicios de calificación crediticia que hasta el momento se efectúa de manera tácita y automática, según consta en el escrito remitido.

Excluido el contrato anterior del ámbito de aplicación de a LCSP, en los aspectos relativos tanto al propio contrato como a sus efectos, prórroga o renovación y extinción, hay que estarse a lo dispuesto en el derecho privado sin perjuicio de otras normas de derecho administrativo que puedan ser de aplicación, como las que regulan la gestión de los presupuestos del IVF en lo relativo al gasto que el contrato origine. Los aspectos sometidos al derecho privado exceden el ámbito de competencia de esta Junta y en consecuencia esta parte del informe no tiene el carácter facultativo inherente a la función consultiva que le atribuye la norma de creación, motivo por el cual el IVF podrá apartarse del criterio de la Junta sobre estos aspectos sin necesidad de motivarlo.

En el contrato suscrito con Standard&Poor's Ratings Services, facilitado a título de ejemplo junto a la consulta y cuya adenda consta suscrita el 17 de febrero de 2012, se incluye el documento anexo al presente Informe que bajo la denominación *Terms and conditions Applicable To Ratings* contiene las condiciones del contrato con la definición precisa de su objeto –y de lo que no es su objeto – así como los términos y condiciones en que lo hará. Estas condiciones están establecidas unilateralmente por dicha agencia y ante las mismas la Generalitat no tuvo más opción que su aceptación o rechazo. No constan antecedentes de los que se pueda deducir que hubiera podido discutir o negociar los honorarios que la agencia percibiría u otras cláusulas esenciales del contrato y, por lo demás, ha de destacarse que, de acuerdo con la cláusula *Governing Law* que contiene dicho contrato, este se rige por las leyes de England y Wales y las partes se someten a la jurisdicción de los tribunales ingleses.

Entre las normas de derecho internacional privado recogidas en nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 10, apartado 5, del Código Civil señala que *se aplicará a las obligaciones contractuales la ley a que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate; en su defecto, la ley nacional común a las partes; a falta de ella, la de la residencia habitual común, y, en último término, la ley del lugar de celebración del contrato.*

En consecuencia, ha de concluirse que un contrato privado como el descrito se corresponde con lo que en el ordenamiento jurídico español se denomina un contrato de adhesión¹, cuya peculiaridad consiste en que una de las partes redacta las condiciones comunes para una pluralidad de contratos de contenido idéntico o similar, que suelen recibir la denominación de condiciones generales, y las contrapartes se limitan a su aceptación y consentimiento o a su rechazo, sin más intervención, o en ocasiones con la posibilidad de efectuar algunas opciones o pequeñas modificaciones que se concretarán en una adenda o en un documento de condiciones particulares.

A ese modelo responde el contrato de *Standard&Poor's Ratings Services* y, en consecuencia, es en sus

1 A los contratos de adhesión sujetos a la legislación y jurisdicción española les es de aplicación lo dispuesto en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, en cuyo artículo 1 se establece lo siguiente:

1. *Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.*

2. *El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión.*



propias condiciones generales y en las particulares que se hayan aceptado por el órgano competente del IVF o de la Generalitat donde ha de buscarse la respuesta a la segunda cuestión planteada por el Instituto. Aún desconociendo lo que pueden establecer las normas a cuya jurisdicción se acoge el contrato, o las que en su caso resulten de aplicación a acuerdos de carácter internacional como el presente, lo que es comúnmente incuestionable en un contrato privado legítimo es que las partes han de atenerse a lo pactado y aceptado libremente por ellas.

La cláusula *Termination of Agreement* del documento de condiciones generales del contrato antes citado (*Terms and conditions Applicable To Ratings*) señala que el contrato o acuerdo *puede ser rescindido por cualquiera de las partes en cualquier momento mediante notificación por escrito a la otra parte. Excepto cuando se limite expresamente al término de este Acuerdo, estos términos y condiciones seguirán vigentes después de la finalización de este Acuerdo* (en inglés, literalmente: *This Agreement may be terminated by either party at any time upon written notice to the other party. Except where expressly limited to the term of this Agreement, these Terms and Conditions shall survive the termination of this Agreement*).

Por otra parte, la adenda de 17 de febrero de 2012 con la que se perfecciona el contrato, cuya copia también se adjunta a la consulta del IVF, establece en términos anuales los honorarios que percibirá *SP Ratings Services* por el seguimiento anual del *rating* de la Generalitat y, también, que la valoración y calificación de las siguientes emisiones de deuda se facturarán conforme a la tabla de honorarios que dicha agencia tiene establecida y sujeta a actualización periódica (no figura entre la documentación remitida, pero ello no afecta a las conclusiones del informe).

De lo expuesto debe concluirse, en consecuencia, que conforme al derecho privado dicho contrato continuará vigente en tanto la Generalitat no comunique su finalización a la agencia, o viceversa, sin perjuicio de que las obligaciones económicas de la Generalitat estén establecidas en términos anuales y condicionadas a sus disponibilidades presupuestarias y a lo que la ley de presupuestos establezca durante su vigencia. Es un contrato en el que no cabe ni precisa prórroga porque su plazo no está determinado y su vigencia es indefinida. Un plazo determinado y concluyente no es requisito esencial para la validez de los contratos de carácter privado²; en el ejemplo de contrato remitido, lo que podría proceder es su extinción o su novación si se desea extinguir o cambiar alguna de las obligaciones del contrato, en particular las incluidas en la adenda.

CONCLUSIONES

1. Los contratos de servicios de calificación crediticia (*rating*) se encuentran comprendidos entre los negocios y contratos excluidos del ámbito de aplicación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, a los que se refiere su artículo 10, por tratarse de servicios relacionados con la emisión y colocación de valores o con la obtención de otros instrumentos financieros.

2. Los contratos de calificación crediticia como el que remitido en la consulta objeto del presente informe son contratos sometidos al derecho privado que en lo relativo a su duración o extinción se rigen por lo en ellos pactado. En el caso de suscripción con agencias o entidades extranjeras, de

² El artículo 1280 del CC establece como requisitos esenciales para la validez de los contratos los siguientes:

1.º Consentimiento de los contratantes.

2.º Objeto cierto que sea materia del contrato.

3.º Causa de la obligación que se establezca.

acuerdo con las normas de derecho internacional privado recogidas en nuestro ordenamiento jurídico, se aplicará a las obligaciones contractuales la ley a la que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate; en su defecto, la ley nacional común a las partes; a falta de ella, la de la residencia habitual común, y, en último término, la ley del lugar de celebración del contrato.

El presente Informe se emite al amparo de lo dispuesto en los artículos 2.1 y 9 del Decreto 35/2018, de 23 de marzo, del Consell, por el que se regula la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, y tendrá carácter no 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.

LA SECRETARIA

Vº Bº LA PRESIDENTA
LA SUBSECRETARIA DE HACIENDA Y MODELO ECONÓMICO

APROBADO POR LA JUNTA SUPERIOR
DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA
en fecha 15 de junio de 2018



ANEXO

Ejemplo de contrato de valoración crediticia

Standard & Poor's Ratings Services Terms and Conditions Applicable To Ratings

You understand and agree that:

General. The ratings and other views of Standard & Poor's Ratings Services ("Ratings Services") are statements of opinion and not statements of fact. A rating is not a recommendation to purchase, hold, or sell any securities nor does it comment on market price, marketability, investor preference or suitability of any security. While Ratings Services bases its ratings and other views on information provided by issuers and their agents and advisors, and other information from sources it believes to be reliable, Ratings Services does not perform an audit, and undertakes no duty of due diligence or independent verification, of any information it receives. Such information and Ratings Services' opinions should not be 'relied upon in making any investment decision. Ratings Services does not act as a "fiduciary" or an investment advisor. Ratings Services neither recommends nor will recommend how an issuer can or should achieve a particular rating outcome nor provides nor will provide consulting, advisory, financial or structuring advice.

All Rating Actions in Ratings Services. Sole Discretion. Ratings Services may assign, raise, lower, suspend, place on CreditWatch, or withdraw a rating, and assign or revise Outlook, at any time, in Ratings Services, sole discretion. Ratings Services may take any of the foregoing actions notwithstanding any request for a confidential or private rating or a withdrawal of a rating, or termination of this Agreement. Ratings Services will not convert a public rating to a confidential or private rating, or a private rating to a confidential rating.

Publication. Ratings Services reserves the right to use, publish, disseminate, or license others to use, publish or disseminate the rating provided hereunder and any analytical reports, including the rationale for the rating, unless you specifically request in connection with the initial rating that the rating be assigned and maintained on a confidential or private basis. If, however, a confidential or private rating or the existence of a confidential or private rating subsequently becomes public through disclosure other than by an act of Ratings Services or its affiliates, Ratings Services reserves the right to treat the rating as a public rating, including, without limitation, publishing the rating and any related analytical reports. Any analytical reports published by Ratings Services are not issued by or on behalf of you or at your request. Notwithstanding anything to the contrary herein, Ratings Services reserves the right to use, publish, disseminate or license others to use, publish or disseminate analytical reports with respect to public ratings that have been withdrawn, regardless of the reason for such withdrawal. Ratings Services may publish explanations of Ratings Services' ratings criteria from time to time and nothing in this Agreement shall be construed as limiting Ratings Services' ability to modify or refine its ratings criteria at any time as Ratings Services deems appropriate.

Information to be Provided by You. For so long as this Agreement is in effect, in connection with the rating provided hereunder', you warrant that you will provide, or cause to be provided, as promptly as practicable, to Ratings Services all information requested by Rating Services in accordance with its applicable published ratings criteria. The rating, and the maintenance of the rating, may be affected by Ratings Services' opinion of the information received from you or your agents or advisors. Except for Excluded Information, as defined below, you further warrant that all information provided to Ratings Services by you or your agents or advisors regarding the rating or, if applicable, surveillance of the rating, as of the date such information is provided, contains no untrue statement of material fact and does not omit a material fact necessary in order to make such information, in light of the circumstances in which it was provided, not misleading. "Excluded Information" means information you cause to be provided by your agents or advisors pursuant to the first sentence of this paragraph with respect to which the agent or advisor has agreed in a writing

provided to Ratings Services to make the warranties in this paragraph and to be liable to Ratings Services for breaches of such warranties to the same extent as if you provided the information directly to Ratings Services hereunder. A material breach of the warranties in this paragraph shall constitute a material breach of this Agreement. To the extent permitted by applicable law, you will be liable to Rating Services and its affiliates for all losses, damages, liabilities, judgments, costs, charges and expenses (including reasonable attorneys' fees) ("Losses") (x) actually incurred and directly resulting from a material breach of the warranties in this paragraph, as finally determined by a court of competent jurisdiction in a proceeding in which you are a party, or (y) actually incurred and directly resulting from a claim that the provision by you or your agents or advisors of information to Ratings Services hereunder infringes or violates the intellectual property rights of a third party, as finally determined by a court of competent jurisdiction in a proceeding in which you are a party. For the avoidance of doubt, Losses may include Losses actually incurred by Ratings Services in a prior proceeding to the extent they arise from claims asserted by a third party against Ratings Services and are finally determined by a court of competent jurisdiction to have been the direct result of a material breach of the warranties in this paragraph. as set forth in clause (x) above.

Confidential Information. For purposes of this Agreement, "Confidential Information" shall mean verbal or written information that you or your agents or advisors have provided to Ratings Services and, in a specific and particularized manner, have marked or otherwise indicated in writing (either prior to or promptly following such disclosure) that such information is "Confidential". Notwithstanding the foregoing, information disclosed by you or your agents or advisors to Ratings Services shall not be deemed to be Confidential Information, and Ratings Services shall have no obligation to treat such information as Confidential Information, if such information: (i) was known by Ratings Services or its affiliates at the time of such disclosure and was not known by Ratings Services to be subject to a prohibition on disclosure, (ii) was known to the public at the time of such disclosure, (iii) becomes known to the public (other than by an act of Ratings Services or its affiliates) subsequent to such disclosure, (iv) is disclosed to Ratings Services or its affiliates by a third party subsequent to such disclosure and Ratings Services reasonably believes that such third party's disclosure to Ratings Services or its affiliates was not prohibited, (v) is developed independently by Ratings Services or its affiliates without reference to the Confidential Information, (vi) is approved in writing by you for public disclosure, or (vii) is required by law or regulation to be disclosed by Ratings Services or its affiliates. Ratings Services is aware that securities laws may impose restrictions on trading in securities when in possession of material, non-public information and has adopted securities trading and communication policies to that effect.

Rating Services Use of information. Except as otherwise provided herein, Ratings Services shall not disclose Confidential Information to third parties. Ratings Services may (i) use Confidential Information to assign, raise, lower, suspend, place on Creditwatch, or withdraw a rating, and assign or revise an Outlook, and (ii) share Confidential Information with its affiliates engaged in the ratings business who are bound by appropriate confidentiality obligations; in each case, subject to the restrictions contained herein, Ratings Services and such affiliates may publish information derived from Confidential Information. Ratings Services may also use and share Confidential Information with any of its affiliates or agents engaged in the ratings or other financial services businesses who are bound by appropriate confidentiality obligations ("Relevant Affiliates and Agents"), for modelling, benchmarking and research purposes; in each case, subject to the restrictions contained herein, Ratings Services and such affiliates may publish information derived from Confidential Information. With respect to structured finance ratings not maintained on a confidential or private basis, Ratings Services may publish data aggregated from Confidential Information, excluding data that is specific to and identifies individual debtors ("Relevant Data"), and share such Confidential Information with any of its Relevant Affiliates and Agents for general market dissemination of Relevant Data; you confirm that, to the best of your knowledge, such publication would not breach any confidentiality obligations you may have toward third parties. Rating Services acknowledges that you may be entitled to seek specific performance and injunctive or other equitable relief as a remedy for Ratings Services' disclosure of Confidential Information in violation of this Agreement. Ratings Services and its affiliates reserve the right to use, publish, disseminate, or license others to use, publish or disseminate any



non-Confidential Information provided by you, your agents or advisors.

Rating Services Not an Expert Underwriter or Seller under Securities Laws. Ratings Services has not consented to and will not consent to being named an "expert" or any similar designation under any applicable securities laws or other regulatory guidance, rules or recommendations and does not accept responsibility for any part of; or authorize the contents of, any prospectus or listing particulars in relation to any securities. Ratings Services is not an "underwriter" or "seller" as those terms are defined under applicable securities laws or other regulatory guidance, rules or recommendations. Rating Services has not performed the role or tasks associated with an "underwriter" or "seller" under any applicable securities laws or other regulatory guidance, rules or recommendations in connection with this engagement. Rating Services is not a provider of investment advice as that term is defined for the purposes of the Financial Services and Markets Act 2000, or the equivalent under any other applicable law, and has not provided any advice as an investment adviser or otherwise.

Economic and Trade Sanctions. As of the date of this Agreement, (a) neither you nor the issuer (if you are not the issuer) or any of your or the issuer's subsidiaries, or any director or corporate officer of any of the foregoing entities, is the subject of any economic or trade sanctions or restrictive measures issued by the United Nations, United States or European Union ("Sanctions"), (b) neither you nor the issuer (if you are not the issuer) is 50% or more owned or controlled, directly or indirectly, by any person or entity ("parent") that is the subject of Sanctions, and (c) to the best of your knowledge, no entity 50% or more owned or controlled by a direct or indirect parent of you or the issuer (if you are not the issuer) is the subject of Sanctions. For so long as this Agreement is in effect, you will promptly notify Ratings Services if any of these circumstances change.

Ratings Services Use of Confidential and Private Ratings. Ratings Services may use confidential and private ratings in its analysis of the debt issued by collateralized debt obligation (CDO) and other investment vehicles. Ratings Services may disclose a confidential or private rating as a confidential credit estimate or assessment to the managers of CDO and similar investment vehicles. Ratings Services may permit CDO managers to use and disseminate credit estimates or assessments on a limited basis and subject to various restrictions; however, Ratings Services cannot control any such use or dissemination.

Entire Agreement. Nothing in this Agreement shall prevent you, the issuer (if you are not the issuer) or Ratings Services from acting in accordance with applicable laws and regulations. Subject to the prior sentence, this Agreement, including any amendment made in accordance with the provisions hereof constitutes the complete and entire agreement between the parties on all matters regarding the rating provided hereunder. The terms of this Agreement supersede any other terms and conditions relating to information provided to Ratings Services by you or your agents and advisors hereunder, including without limitation, terms and conditions found on, or applicable to, websites or other means through which you or your agents and advisors make such information available to Rating Services, regardless if such terms and conditions are entered into before or after the date of this Agreement. Such terms and conditions shall be null and void as to Ratings Services.

Limitation on Damages (a) Ratings Services does not and cannot guarantee the accuracy, completeness, or timeliness of the information relied on in connection with a rating or the results obtained from the use of such information. RATINGS SERVICES GIVES NO EXPRESS OR IMPLIED WARRANTIES, INCLUDING, BUT NOT LIMITED TO, ANY WARRANTIES OF MERCHANTABILITY OR SATISFACTORY QUALITY OR FITNESS FOR A PARTICULAR PURPOSE OR USE.

(b) Except to the extent the relevant damages or other amounts are finally determined by a court of competent jurisdiction in a proceeding in which you and Ratings Services are parties to result from fraud, or negligence resulting in death or personal injury, of Ratings Services, Ratings Services, its affiliates or third

party providers, or any of their officers, directors, shareholders, employees or agents shall not be liable to you, your affiliates, or any person asserting claims on your behalf, directly or indirectly, in respect of: (i) any decisions alleged to be made by you or any other person as a result of the issuance of the rating provided hereunder or the related analytic services provided by Ratings Services hereunder or based on anything that may be perceived as advice or recommendations; (ii) any failure by Ratings Services to comply with the provisions of any statutes, legislation, laws, rules or regulations; (iii) any negligence by Ratings Services in the provision of Ratings or related analytic services; (iv) any costs, expenses, legal fees or losses that are consequential, indirect or incidental; (v) any lost income, lost profits or opportunity costs howsoever caused (whether caused directly or indirectly); (vi) any punitive or exemplary damages; and/or (vii) to the extent not already provided for in sub-paragraphs (b)(i)-(vi) above, any other actions, damages, claims, liabilities, costs, expenses, legal fees or losses whatsoever in any way arising out of or relating to the rating or tire related analytic services (in each case regardless of cause, including alleged inaccuracies, errors, or omissions) even if advised of the possibility of such damages or other amounts.

(c) Notwithstanding the above, in no event shall Ratings Services be liable in aggregate amount in excess of seven times the aggregate fees paid to Ratings Services for the rating giving rise to the cause of action up to a maximum of US\$5,000,000.

(d) The provisions of this paragraph shall apply regardless of the form of action, damage, claim, liability, cost, expense, or loss; whether in contract, statute, tort (including, without limitation, negligence), or otherwise.

(e) The invalidity, illegality or unenforceability of any provision of this paragraph does not affect or impair the continuation in force of the remainder of this paragraph.

(f) Neither party waives any protections, privileges, or defenses it may have under law, including but not limited to, laws relating to the freedom of expression.

Termination of Agreement. This Agreement may be terminated by either party at any time upon written notice to the other party. Except where expressly limited to the term of this Agreement, these Terms and Conditions shall survive the termination of this Agreement.

No Third Party Beneficiaries. Nothing in this Agreement, or the rating when issued, is intended or should be construed as creating any rights on behalf of any third parties, including, without limitation, any recipient of the rating. No person is intended as a third party beneficiary of this Agreement or of the rating when issued. A person who is not a party to this Agreement shall have no rights under the Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999 to enforce any term of this Agreement.

Binding Effects. This Agreement shall be binding on, and inure to the benefit of, the parties hereto and their successors and assigns.

Severability. In the event that any term or provision of this Agreement shall be held to be invalid, void, or unenforceable, then the remainder of this Agreement shall not be affected, impaired, or invalidated, and each such term and provision shall be valid and enforceable to the fullest extent permitted by law.

Amendments. This Agreement may not be amended or superseded except by a writing that specifically refers to this Agreement and is executed manually or electronically by authorized representatives of both parties.

Governing Law. This Agreement and the rating letter shall be governed by the laws of England and Wales. The parties hereby submit to the exclusive jurisdiction of the English courts.