

# Los contratos financieros (especial referencia al ámbito local)

Juan José Díez Sánchez  
Prof.de Derecho Administrativo

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. ANTECEDENTES. III. LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. 3.1. Los planteamientos de la Directiva 92/50. 3.2. Recepción en la Ley de Contratos. 3.3. El régimen jurídico de los contratos financieros en la LCAP. IV. LA REFORMA DE LA LEY DE CONTRATOS POR LA LEY 13/1996. 4.1. Fundamentos de la reforma. 4.2. Efectos prácticos. V. LA MODIFICACIÓN DE LA LEY DE HACIENDAS LOCALES. 5.1. Antecedentes y fundamentos. 5.2. La contratación de operaciones financieras en el ámbito local. VI. EPÍLOGO.

## I. INTRODUCCIÓN

El problemático deslinde de los contratos excluidos de la aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP) a tenor del artículo 3.1.k) en relación con los contratos incluidos como de servicios por el artículo 207, en la categoría 6, justificaría por sí mismo este trabajo.

Con él se pretendería clarificar las nociones utilizadas por el legislador español a fin de conocer el exacto alcance de uno y otro precepto y, de paso, perfilar la naturaleza y el régimen jurídico aplicable especialmente a aquellos supuestos que, novedosamente, son excepcionados de las exigencias de contratación pública que establece la LCAP.

Sin embargo, las reformas tanto del mencionado artículo 3.1.k) como de la Ley de Haciendas Locales (LHL), ambas generadas por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, aconseja un enfoque más amplio y a la vez más específico que contribuya a aproximarnos al marco en el que actualmente debe moverse la contratación financiera de las entidades públicas.

En ese sentido, se entiende razonable realizar un sumario excursu por los antecedentes de la contratación financiera, distinguiendo las operaciones financieras de otros servicios prestados por las entidades de esa índole, y asimismo particularizando ya esas acciones en la normativa general de contratación y en la propia de las Entidades locales, con anterioridad a la aprobación de la LCAP.

La incidencia de la Directiva 92/50, de 18 de junio de 1992, constituye una importante inflexión cuyo examen, desde la perspectiva que nos ocupa, ha de ligarse a las novedades introducidas por la Ley española de 1995, tanto para apreciar el ajuste de su recepción como para explicar las implicaciones que depara.

Ese segundo paso, traducido en la legislación española con la introducción de los dos preceptos enumerados líneas antes, ha resultado a la postre alterado con las novedades que la Ley 13/1996 aporta. Significativa la primera en cuanto adiciona al art. 3.1.k) un párrafo reforzando expresamente la exclusión de los contratos financieros del ámbito objetivo de aplicación de la contratación pública. Significativa y relevante la segunda que modifica la LHL, en cuanto ofrece el régimen con el que deben actuar las Administraciones locales en ese tipo de contratos.

Los efectos prácticos de esta reforma, su incidencia y alcance, y el comentario de algunos de los aspectos que seguramente resultan controvertidos, fundamentan con sobrada razón este intento crítico de análisis que acometemos.

## II. ANTECEDENTES

Los *contratos financieros*, es decir, aquellos con los cuales la Administración accede a la financiación de sus presupuestos o actividades recurriendo a las entidades financieras o de ahorro (préstamos, créditos, anticipos de tesorería, etc.), así como los *contratos de servicios bancarios o de seguro*, esto es, el conjunto de operaciones distintas a las anteriores a través de las cuales las entidades bancarias, financieras o aseguradoras prestan servicios varios a la Administración, no han constituido en ningún caso hasta la Ley 13/1995, de 17 de mayo, contratos administrativos típicos o nominados.

Con el texto de la LCE, en buena medida tanto una como otra modalidad contractual citadas según su objeto podían constituir ora *contratos administrativos especiales* o bien *contratos privados*. En efecto, podían considerarse integrados en la regla 2.<sup>a</sup> del art. 4.<sup>1</sup> o en la regla 3.<sup>a</sup> 2, que conducía a una u otra calificación jurídica del mismo, con el inevitable diferente régimen regulador.

<sup>1</sup> Con redacción similar en el fondo y en la forma pero declarándolos expresamente como «contratos administrativos especiales», el art. 7.1 del RGC.

<sup>2</sup> Estos supuestos merecían la expresa calificación de «contratos privados de la Administración» por el art. 8 del RGC, el cual al margen trataba de enumerar los que habrían de tener «la consideración de contratos privados de la Administración»: 1. Los de compraventa de inmuebles y muebles, permuta, arrendamiento, donación y demás a que se refiere la Ley del Patrimonio del Estado, en los que no concurren alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo anterior. 2. Los típicos del Derecho civil y

Sin embargo, también podía argumentarse que muchos de los supuestos contractuales a que nos referimos quedaban excluidos del ámbito de aplicación de esta legislación en tanto *ex art. 2* de la LCE cabía su exclusión ya que no expresa sí mediante el envío que el apartado 8 hacía a «los exceptuados expresamente por una Ley»<sup>3</sup>. Ciertamente, esta posibilidad requería acudir a la legislación especial para constatarlo y en ella se puede comprobar qué tipología contractual incardinamos.

La principal norma al respecto es la Ley de Patrimonio del Estado (LPE)<sup>4</sup> cuyo texto ha sido objeto de sucesivas modificaciones por Leyes posteriores, esencialmente por las de Presupuestos Generales del Estado y de acompañamiento a éstos en diferentes momentos. En dicha Ley se contienen relevantes previsiones en torno a la actividad contractual de la Administración<sup>5</sup>, como son la adquisición, enajenación y permuta de bienes inmuebles<sup>6</sup>; los arrendamientos de éstos<sup>7</sup>; la adquisición de bienes muebles —y su enajenación—, salvo que tenga la calificación legal de suministro<sup>8</sup>; la adquisición y enajenación de propiedades incorpóreas<sup>9</sup> y la de títulos representativos de capital<sup>10</sup>.

---

mercantil, que, por no hallarse incluidos en los supuestos previstos en los artículos 6 y 7, no deban tener carácter administrativo. 3. Aquéllos cuyo carácter no pueda deducirse de las normas establecidas en los expresados artículos 6 y 7, en cuyo caso la presunción está en favor de su carácter privado.»

<sup>3</sup> En este caso, como el propio art. 2 establecía, los referidos contratos «seguirán regulándose por sus normas peculiares, aplicándoseles los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran plantearse». Esta previsión era completada por el art. 3 del RGC en estos términos: «Deberán aplicarse preferentemente como principios de la Ley de Contratos del Estado las reglas comunes que contiene el Capítulo II del Título Preliminar de aquélla, referente a los contratos administrativos de obras, gestión de servicios y suministros».

<sup>4</sup> Aprobada por Decreto 1022/1964, de 5 de abril, que aprueba su Texto articulado, complementada por el Decreto 3588/1964, de 5 de noviembre, que aprueba su Reglamento aplicativo (modificado por los RR.DD. 2127/1976, de 10 de agosto y 1269/1987, de 31 de julio).

<sup>5</sup> En el caso de la Administración General del Estado, si bien tras la aprobación de las Leyes patrimoniales autonómicas éstas contienen análogas consignaciones (vgr. Ley 3/1986, de 24 de octubre, del Patrimonio de la Generalitat Valenciana).

<sup>6</sup> Arts. 54 y sigs. que contienen las formalidades, procedimientos y condiciones de celebración de estos contratos.

<sup>7</sup> Arts. 86 a 91.

<sup>8</sup> Matización incluida en el art. 92, en cuyo precepto y siguientes se precisa la forma de proceder con estas adquisiciones.

<sup>9</sup> Arts. 96 a 99.

<sup>10</sup> Arts. 100 a 105. Estas últimas previsiones deben ponerse en relación con las de la Ley General Presupuestaria aprobada por el Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, y con la Ley 5/1995, de 23 de marzo, de Régimen Jurídico de enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas.

La articulación respecto a esos diferentes supuestos de formalidades, procedimientos y condicionantes para la contratación supone, con independencia de las exigencias que en esa Ley se concretan, un marco jurídico distinto al de la LCE, lo que claramente se entiende atendiendo al hecho incontrovertido de que esos supuestos quedan exceptuados de su aplicación <sup>11</sup>.

Ahora bien, la exclusión aplicativa de la LCE no empece para que estemos ante una actividad contractual y que la misma pueda ser pública (contrato público) o privada (contrato privado). En el caso, parece evidente que la fase precontractual es pública por cuanto así se establece en la LPE <sup>12</sup>, en tanto la puramente contractual aun con ciertas reservas es, básicamente, privada <sup>13</sup>.

La Ley General Presupuestaria <sup>14</sup> también contempla supuestos incursos en «operaciones financieras», si bien las que a este propósito se contemplan son las de la deuda pública <sup>15</sup> y avales <sup>16</sup>, cuyo objeto sólo tangencialmente conecta al propósito aquí tratado. La problemática, de cualquier forma, es muy distinta, atendiendo a las previsiones dispuestas al efecto en la citada Ley <sup>17</sup>.

Desde luego, la legislación de contratos del Estado no incluía en su texto, como la actual, los contratos de servicios, por lo que tampoco se regulaban las operaciones o contratos que antes denominamos de servicios bancarios o de seguros. Bien cierto es, sin embargo, que la disposición adicional cuarta de la misma establecía el carácter administrativo de los contratos de estudios y servicios que se celebren para la elaboración de proyectos, Memorias y otros trabajos de índole técnica, económica o social. No obstante, la citada norma remitía su regulación al Decreto 1005/1974, de 4 de abril, y la modificación que se demandaba para adaptarlo a la nueva normativa se realizó a través del Real Decreto 609/1982, de 12 de febrero <sup>18</sup>.

<sup>11</sup> Sin embargo, en relación con la nueva LCAP, como advierte el Informe 7/96 de 7 de marzo 1996 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (JCCA), dicha Ley sería de aplicación supletoria parcial a los expedientes de contratación patrimonial como arrendamiento y adjudicaciones onerosas de bienes inmuebles.

<sup>12</sup> Tal vez con la excepción de la adquisición de títulos representativos de capital (art. 195).

<sup>13</sup> Por ejemplo, en el contrato de arrendamiento del art. 182.

<sup>14</sup> A cuya aprobación ya hemos aludido, objeto también de sucesivas modificaciones puntuales.

<sup>15</sup> Arts. 101 a 106.

<sup>16</sup> Arts. 107 a 114.

<sup>17</sup> Particularmente en los artículos 64 y ss.

<sup>18</sup> El art. 7.2 del RGC disponía la naturaleza de contratos administrativos especiales de los contratos de asistencia con empresas consultoras o de servicios.

A pesar de lo anterior hay que decir que ni uno ni otro Decreto constituyen referencias útiles al respecto, en tanto en ellos no se contemplan como contratos de servicios los antecitados; lo que refrendan con claridad otras disposiciones inferiores <sup>19</sup>.

En el ámbito local, es de subrayar la incidencia destacada de la Ley de Haciendas Locales <sup>20</sup> y las previsiones del Reglamento de Contratación de las Corporales locales <sup>21</sup> y del Real Decreto 1372/1986, de 13 junio, de Bienes de las Entidades locales <sup>22</sup>.

En la LHL se contiene una genérica habilitación a las Entidades locales para «concertar operaciones de crédito en todas sus modalidades con toda clase de Entidades de crédito» <sup>23</sup>. La instrumentación de la financiación de las inversiones precisas a ese efecto admite diversas formas, como son la emisión de deuda pública; contratación de préstamos o créditos y la conversión y sustitución total o parcial de operaciones preexistentes. Asimismo, se admite el posible aval de operaciones de crédito a realizar por terceras personas que hayan de revertir a la Entidad respectiva en los términos previstos en la Ley, así como concertar operaciones de tesorería para atender sus necesidades transitorias <sup>24</sup>.

Cualesquiera de estas operaciones de crédito y, en definitiva, de financiación de inversiones o necesidades de los Entes locales, queda sujeta a las formalidades internas que demandaba el art. 53. Por su parte, el art. 54 requería de la autorización de los órganos competentes del Ministerio de Economía y Hacienda para la formalización de cualquiera de esas operaciones de crédito, salvo las que expresamente excluía de la misma, y requería en el supuesto de financiación mediante emisiones de valores la sujeción a lo dispuesto en la Ley 24/1988 de 28 de julio, del Mercado de Valores <sup>25</sup>.

<sup>19</sup> La Resolución de 17 de mayo de 1991 de la Dirección General del Patrimonio del Estado y la OM de 24 de noviembre de 1982 al clasificar las empresas consultoras y de servicios, no mencionándolos.

<sup>20</sup> Ley 39/1988, de 28 de diciembre.

<sup>21</sup> Decreto de 9 de enero de 1953, vigente en cuanto no se opusiera a lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, y derogado expresamente por la Ley 13/1995 (disp. derogatoria 1.b.).

La incidencia del RCCL en este aspecto concreto era debida hasta la derogación del artículo 41 por el Real Decreto 3046/1977, de la regulación específica precisamente en orden a la contratación directa de operaciones de deuda con el Banco de Crédito Local (Decreto de 22 de julio de 1925).

<sup>22</sup> Este, a los efectos generales de regulación de de los bienes patrimoniales. Remitimos a los arts. 9 y ss.

<sup>23</sup> Art. 49.

<sup>24</sup> Arts. 50 a 52.

<sup>25</sup> El régimen así previsto en todos los casos era de aplicación a los Organismos autónomos locales con-

En una primera impresión podía deducirse que la LHL ofrecía una regulación específica ajena a la contratación pública, en tanto que: la *emisión de deuda pública* quedaba, como en el ámbito del Estado, sujeta a las previsiones de la Ley del Mercado de Valores; la contratación de *préstamos o créditos y las operaciones de tesorería*, quedaba al margen de la legislación de contratos, pudiendo realizarse directamente y surgiendo por tanto contratos privados; y los llamados contratos de *servicios bancarios* quedaban fuera de su ámbito aplicativo, aun cuando asimismo constituían contratos privados.

Esta primera impresión no podía, sin embargo, corroborarse ya que el art. 112 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, establece para los contratos de las Entidades locales en lo esencial el mismo régimen jurídico que los del Estado, disponiendo el artículo indicado las mismas reglas al respecto que los arts. 4 de la LCE y 7 y 8 del RGC.

De ahí debía inferirse, como consecuencia, la sujeción en el caso de los contratos privados a las exigencias allí prevenidas<sup>26</sup>. Por tanto, los contratos privados de operaciones financieras y servicios bancarios debían sujetarse, a nuestro entender, en la fase precontractual a lo dispuesto en la legislación de contratos.

Esta circunstancia, por tanto, determinaba la necesidad de formalizar los actos preparatorios correspondientes y la adjudicación de los contratos conforme a las formas contempladas en dicha legislación, teniendo en cuenta que la contratación directa no podía superar el límite del 5% de los recursos ordinarios, ni el establecido para la contratación directa en las normas aplicables a todas las Administraciones públicas —anualmente actualizado por la Ley presupuestaria— tal y como preceptuaba el art. 88.3 LRBRL<sup>27</sup>.

### III. LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Las novedades que a nuestro objeto depara la Ley 13/1995 de 17 de mayo, se pueden condensar en estas dos cuestiones.

---

forme permitía el art. 55. Y en todos los supuestos era preciso comunicar al Banco de Crédito Local de España la información acerca de las distintas operaciones de crédito concertadas por las Entidades locales y la carga financiera que supongan.

<sup>26</sup> Vid. art. 112.2. reglas 2.ª y 3.ª que contienen idéntico texto al de los arts. 7 y 8 RGC.

<sup>27</sup> Modificado por la Ley 13/1995, disposición adicional 9.ª, ahora es el 2%.

La primera, en la previsión contenida en el art. 3.º que dispone «*Quedan fuera del ámbito de la presente Ley ... 1.k) 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*».

La segunda, en la inclusión de los contratos de servicios como contratos típicos y entre ellos específicamente en el art. 207, de la categoría «6. *Servicios financieros: a) Servicios de seguros. b) Servicios bancarios y de inversiones*».

Ambas novedades, a su vez, devienen de la normativa comunitaria, concretamente de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992<sup>28</sup>, en la que encuentran fundamentación.

### 3.1. Los planteamientos de la Directiva 92/50

Conviene señalar, de entrada, que ésta es la primera Directiva que tiene como objeto los contratos públicos de servicios, mucho tiempo después de que las instituciones comunitarias entrasen en la materia de contratos públicos con las Directivas 71/305 (obras) y 77/62 (suministros)<sup>29</sup>.

No había, pues, antecedentes en el sector servicios como se encarga de reconocer tácitamente la propia norma<sup>30</sup>, salvo en aquellos especiales supuestos que vinieran complementarios de los antecitados contratos de obras y suministros<sup>31</sup>.

En ella, además, no se incluyen o recogen todos los servicios, ni mucho menos, que puede demandar la Administración y contratar con terceros, pues con claridad aparecen excluidos en el art. 1.a) párrafos i) a ix), ciertos contratos por las razones que aquí eludimos comentar y que se exponen en los Considerandos de la Directiva.

<sup>28</sup> Sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios.

<sup>29</sup> Sobre las dificultades de consensuar esta Directiva y proyectos abandonados antes de su aprobación, *vid. J. A. MORENO MOLINA, Contratos públicos. Derecho comunitario y Derecho español*. Madrid, 1996, págs. 183 y ss. y bibliografía allí anotada.

<sup>30</sup> «Considerando que el Libro Blanco sobre la realización del mercado interior establece un calendario y un programa de acción para llevar a cabo la liberalización del mercado de contratos públicos, incluido el sector de los servicios...».

<sup>31</sup> Antes del 1 de julio de 1993 cumplía haber adoptado las disposiciones internas precisas (art. 44.1), habiéndose retrasado casi dos años su incorporación al ordenamiento español.

Entre esas exclusiones está la que nos interesa y también, claro es, en la Directiva se reflejan los servicios que sí están incluidos y que son de nuestro interés<sup>32</sup>.

#### A) *Contratos excluidos*

La Directiva expone en uno de sus Considerandos «que los servicios financieros contemplados por la presente Directiva no incluyen los instrumentos de política monetaria, de tipos de cambio, de deuda pública, de gestión de reservas y de otras políticas que implican operaciones con títulos o con otros instrumentos financieros; que, por consiguiente, los contratos relativos a la emisión, a la compra, a la venta o a la transmisión de títulos o de otros instrumentos financieros no quedan sujetos a la presente Directiva; que los servicios prestados por los bancos centrales quedan igualmente excluidos».

Esta declaración se confirma en el artículo 1.a) letra vii), ya que «a efectos de la presente Directiva, se entenderá por contratos públicos de servicios: los contratos a título oneroso celebrados por escrito entre un prestador de servicios y una entidad adjudicadora, con exclusión de los siguientes: *los contratos relativos a la compra, venta y transferencia de títulos o de otros instrumentos financieros, así como los servicios prestados por los bancos centrales*».

Conforme a esta disposición en relación con la del artículo 8, Anexo I A, categoría 6 que luego vemos, la Directiva diferencia entre contratos financieros y de servicios financieros, sin entrar a determinar su carácter público o privado, limitándose a excluir unos de los efectos de su aplicación, esto es, del procedimiento de adjudicación que diseña. Exclusión que, a nuestro juicio, no impone a ningún Estado la obligación de eludir ese procedimiento, sino que simplemente permite a las legislaciones internas que lo excepcionen del régimen general de la contratación pública de servicios.

Con independencia del análisis de los conceptos y objetos materiales que hacemos luego, no resulta concluyente del texto de la Directiva si ésta pretende excluir de su ámbito aplicativo el conjunto de operaciones financieras que usualmente realizan los poderes públicos y más en concreto si entre ellas se hallan aquéllas con las que las Administraciones públicas financian sus provisiones presupuestarias mediante el crédito o préstamo bancario.

<sup>32</sup> En general sobre esta Directiva y su transposición al ordenamiento español, *vid. J. A. MORENO MOLINA, ob. cit.*, págs. 183 y ss. y M. M. RAZQUIN LIZARRAGA, *Contratos públicos y Derecho comunitario*. Pamplona, 1996, págs. 78 y ss.

La invocación de las políticas monetarias, de tipos de cambio o de deuda pública, entre otras, parecería apelar a la exclusión únicamente de determinadas operaciones fundamentadas en la índole específica de las mismas y/o en los objetivos a alcanzar con ellas. Sin embargo, ni la redacción del planteamiento que sirve de soporte a la exclusión, dado su carácter genérico («otras políticas», «otros instrumentos financieros») ni los concretos preceptos que concretan los contratos excluidos e incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva, abonan una interpretación restrictiva que permita con mejor fundamento reducir la exclusión dejando fuera los contratos de préstamo o crédito<sup>33</sup>.

### B) *Contratos públicos de servicios*

De acuerdo con la noción jurídica manejada de contratos públicos de servicios, la Directiva incluye, conforme a lo previsto en el artículo 8, en el Anexo I A, la categoría 6, con el mismo texto ya transcrito en relación al art. 207 LCAP. En ese mismo texto se reitera (a pie de página) los servicios excluidos.

Encajarían en esta categoría las diferentes fórmulas con las que las Administraciones públicas conciertan servicios a prestar por las entidades bancarias, de seguros y de inversiones.

Con las entidades bancarias o de ahorro en tanto captan y gestionan sus recursos, prestan servicios de recaudaciones y pagos y realizan actividades serviciales diversas de apoyo a la gestión económico-financiera.

Con ellas o con las entidades de seguro se concertan otras prestaciones como las de avales o aseguramiento.

Mientras los servicios de inversiones tienen como finalidad en esa línea actividades de gestión financiera o bursátil, vgr., colocación de emisiones de deuda pública<sup>34</sup>.

Ello al margen, el artículo 1.a) letra iii) dispone asimismo que «*los contratos de servicios financieros celebrados bien al mismo tiempo, bien con anterioridad o posterioridad al contrato de adquisición o arrendamiento, en cualquiera de sus formas, estarán sujetos a la presente Directiva*». Se refiere, como el precepto indica previamente, a «los contratos de adquisición o de

<sup>33</sup> De otro parecer, como indicamos más tarde, el Informe 34/96 de 30 de mayo de 1996, de la JCCA.

<sup>34</sup> Lo que llama a las Sociedades y Agencias de Valores, entre otras, como enumera en el caso español el art. 76 de la Ley 24/1988. Vid. al respecto M. FUERTES, *La Comisión Nacional del Mercado de Valores*, Valladolid, 1994, págs. 153 y ss.

arrendamiento, independientemente del sistema de financiación, de terrenos, edificios ya existentes u otros bienes inmuebles o relativos a derechos sobre estos bienes».

El entendimiento cabal de lo que a estos efectos deban ser «servicios financieros» admite al menos dos interpretaciones. La primera de ellas, en un sentido amplio, posibilita incluir los mecanismos financieros con los cuales los poderes públicos lleven a cabo la financiación de esas operaciones de adquisición o de arrendamiento; la segunda más limitada posibilitaría entender que alude únicamente a aquellos servicios distintos a los de financiación que cabe entender de la noción de contratos que, conforme a la Directiva, encajan en la locución «servicios financieros», esto es, los de seguros, bancarios y de inversiones.

La primera alternativa pudiera acogerse en este caso, pues su sentido finalista son acciones contractuales concretas, mencionadas expresamente por cuanto el legislador comunitario considera que los citados contratos relativos a la adquisición o arrendamiento «revisten características especiales, debido a las cuales no resulta adecuado aplicar a esos contratos normas de adjudicación».

No obstante, pensamos que más bien la segunda alternativa es la aplicable, por cuanto creemos que la mención expresa en el art. 1.a) letra iii) tiene su base en la especialidad de esos contratos y lo que con ella se pretende es reforzar que incluso en esos casos rige el contrato público de servicios financieros. Lo que justificaría entender que mencionarlos no constituye una redundancia o una previsión innecesaria.

Contribuye a reforzar esa tesis el hecho de que el precepto en cuestión explicita que la exclusión de la tipología contractual es independiente del «sistema de financiación» que se utilice para adquirir o arrendar terrenos, edificios, etc., y asimismo que los «servicios financieros» se contraten en cualquier momento respecto del contrato principal. En el supuesto de pretender incluir en esa noción los contratos de préstamo o crédito estaría escasamente justificado tanto la indiferencia respecto de la financiación como del momento en que ésta se concertase.

De ahí que quepa sostener, aun con alguna reserva, que los contratos de servicios financieros mencionados en ese precepto no suponen ninguna atemperación a la exclusión que se deduce de la letra vii).

A nuestro entender, queda claro por tanto que todos los contratos, excluidos e incluidos, son «*contratos de servicios financieros*», pero dentro de ese macroconcepto, y a los efectos de aplicación de la Directiva, se diferencian los referi-

dos a títulos valores y financiación externa, de un lado, (más los servicios de los bancos centrales), y lo que son servicios de seguros, servicios bancarios y los de inversiones distintos a los propiamente financieros.

El fundamento de las excepciones a la necesidad de someter el primer grupo de contratos al procedimiento público de adjudicación no aparece debidamente motivado en la Directiva, a diferencia de lo que sucede con otros supuestos (vgr. con los contratos de determinados servicios audiovisuales). Elucubrar sobre las razones no deja de ser un ejercicio gratuito que tanto puede apoyarse en consideraciones funcionales, como en consideraciones principiales, aunque a buen seguro no es dudoso que las Instituciones comunitarias podrían estimar que en el ámbito que nos ocupa bien no conviene introducir rigideces como las que a la postre depara el sistema público de contratación, bien que no se dan aún las condiciones adecuadas en el sector.

Aun cuando no es descartable el posible recurso a la jurisprudencia del TJCEE invocando la aplicación a este tipo de contratos de las garantías propias predicables de otros, pues doctrina del Alto Tribunal susceptible de fundamentar aquél existe<sup>35</sup>, dudamos que en este caso llegue a prosperar contra lo contemplado en la Directiva.

### 3.2. Recepción en la Ley de Contratos

La Ley de Contratos en su redacción anterior a la reforma de la Ley 13/1996 se ajustaba, a nuestro juicio, en la forma y en el fondo al dictado de la Directiva<sup>36</sup>.

Para comprobarlo conviene precisar los conceptos empleados al tipificar las acciones y sus objetos materiales, en orden a valorar después su alcance.

#### A) *Compraventa y transferencia*

Éstas son las acciones o actividades, aplicables tanto a los títulos como a los otros instrumentos financieros. Con la primera, la Ley define las operacio-

<sup>35</sup> Vid. por ejemplo la citada por F. SOSA WÄGNER, *El contrato público de suministro*. Madrid, 1996, pág. 37, nota 22; y M. M. RAZQUIN LIZARRAGA, *ob. cit.*, págs. 172 y ss.

<sup>36</sup> El profesor E. GARCÍA DE ENTERRÍA en «Ambito de aplicación de la Ley», obra colectiva *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, dirigida por R. GÓMEZ-FERRER, Madrid, 1996, pág. 117, entiende que la letra k) del art. 3.1 «salva de la LCA todos los contratos de la actividad de financiación y deuda del Estado y entidades públicas, así como los de cualquier carácter que deriven de los servicios del Banco de España».

nes mercantiles y/o bursátiles de adquisición y enajenación onerosa. Con la segunda se refiere a aquellas otras operaciones distintas a la de compraventa pero igualmente onerosas, a las que alude el art. 37 de la Ley 24/1988, de 28 de junio, que regula el Mercado de valores.

*B) Títulos o valores negociables e instrumentos financieros*

El término «valores negociables» es empleado por la LCAP en varias ocasiones, además de en el art. 172<sup>37</sup>.

A él naturalmente se refiere también, aunque con la denominación de «títulos representativos de capital», la ya citada LPE y por supuesto la Ley 24/1988, de 28 junio.

Como esta última Ley señala en su Preámbulo, el concepto de «valores negociables» es «difícil de definir de forma escueta por el articulado de un texto legal, pero no por ello carente de realidad». La Ley señala al respecto que se abandona la relación biunívoca dominante entre «el mercado de valores y los títulos valores» y disociando el concepto «de valores negociables de una determinada fórmula de instrumentación jurídica» incluye también «en determinados casos» instrumentos como «las letras de cambio, los pagarés o cualquier otro que reúna las restantes características contempladas en la Ley».

Como ya advierte SOSA WÄGNER, si bien la Ley antecitada no contiene un concepto de lo que por valor negociable deba entenderse, el Real Decreto de 27 de marzo de 1992, sobre emisiones y oferta pública de valores, sí enumera cuales tienen esta consideración y la doctrina, sobre esta base, los ha definido como «derechos de contenido patrimonial, cualquiera que sea la denominación que se les dé, que, por su configuración jurídica propia y el régimen de transmisión, sean susceptibles de tráfico generalizado e impersonal en un mercado de índole financiera»<sup>38</sup>.

Por su parte, el término «instrumentos financieros» remite a supuestos distintos a los valores negociables y en consecuencia a fórmulas de aporte financiero a través de recursos de terceros. Pocas dudas ofrece que en él se pueden integrar las operaciones de crédito, préstamos y operaciones de análoga finalidad, destinadas a financiar a las Administraciones públicas.

<sup>37</sup> Para excluirlo de la noción de contrato de suministro.

<sup>38</sup> F. SOSA WÄGNER, *ob. cit.*, págs. 46-47, con esa referencia a supuestos y pareceres doctrinales. *Vid. asimismo* M. FUERTES, *ob. cit.*, págs. 134 y ss.

En todo caso, diferentes también a servicios bancarios en los que su denominador no sea directa o propiamente financiar necesidades públicas. En efecto, toda la actividad propiamente servicial que la Administración convenga realizar con entidades bancarias, de seguros o de inversiones cae dentro del ámbito, como vimos, de los contratos públicos de servicios.

Por último, los «servicios prestados por el Banco de España», remite al conjunto de servicios con los cuales dicha entidad ejerce las funciones que tiene asignadas en el art. 7 de su Ley 13/1994, de 1 de junio, a cuyo desarrollo contribuyen los artículos 8 y siguientes, coincidentes, por otra parte, con la exclusión que la normativa comunitaria hace de los instrumentos de política monetaria, tipos de cambio, gestión de reservas y deuda pública<sup>39</sup>.

### 3.3. El régimen jurídico de los contratos financieros en la LCAP

Difícilmente pueden conceptuarse como contratos públicos especiales del art. 5.2.b), al entender que en este supuesto las condiciones o exigencias que los califican no se dan propiamente. Por cuanto ni estos contratos pueden entenderse vinculados «al giro o tráfico específico de la Administración contratante», ya que la actividad financiera no es propia de ésta; ni puede considerarse que con ellos se satisfaga «de forma directa e inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla» en tanto la Administración con las operaciones financieras lo que pretende es contribuir a satisfacer sus necesidades; ni por último lo declara «así una Ley»<sup>40</sup>.

La conceptualización como contratos típicos es la tesis mantenida por la JCCA en su Informe 34/96 antecitado. Al entender de ésta, a partir de la vigencia de la Directiva 92/59/CEE, los contratos de préstamos bancarios deben configurarse como contratos administrativos, integrados conforme al artículo 5.2.a) en los contratos de servicios, específicamente en los de servicios financieros del artículo 207.6.b) LCAP. Descarta este órgano cualquier otra opción interpretativa, tanto con fundamento en el artículo 3.1.k) como en la justificación de la exclusión ya comentada prevista en el Preámbulo de la Directiva, con escaso detalle argumentativo. De ahí concluye rechazando la naturaleza de contratos privados regidos en su adjudicación por la LCAP o de su naturaleza puramente

<sup>39</sup> Quedan pues al margen regidos por la normativa específica reguladora del Banco de España. Vid. al respecto L. POMED SÁNCHEZ, *Régimen jurídico del Banco de España*. Madrid, 1996, págs. 320 y ss.

<sup>40</sup> Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *ob. cit.*, pág. 123. Asimismo, J. L. PALMA FERNÁNDEZ, «Los contratos administrativos y los contratos privados de las Administraciones públicas en la Ley 13/1995, de 18 de mayo. Especial consideración de los contratos de préstamo de las Corporaciones Locales», en *Actualidad Administrativa*, 32/1996, pág. 678.

mercantil susceptibles de regirse por la legislación patrimonial, concretamente por la LHL<sup>41</sup>.

Los efectos directamente conexos a esta concepción como contratos públicos de servicios nominados conllevan, como se sabe, la aplicación general de las reglas y limitaciones contempladas en la LCAP, entre ellas aquellas previsiones relativas a la publicidad, DOCE incluido en su caso, y adjudicación (concurso, subasta, procedimiento negociado), la duración máxima del contrato con prórroga no superior en total a 6 años<sup>42</sup>.

Con base en las apreciaciones antecedentes que hemos venido haciendo, a nuestro juicio este tipo de contratos quedan excluidos de la LCAP, y en consecuencia no son susceptibles de conceptuarse como contratos públicos ni típicos ni especiales. Sólo cabe conceptuarlos como contratos *privados*, de acuerdo con el art. 5.3<sup>43</sup>, que además suministra una pista importante. En efecto, en éste se definen como tales y entre otros «la compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre ... valores negociables», y puesto que como el propio precepto señala no se trata de una lista cerrada sino de unos contratos «en particular», no habría inconveniente alguno en incluir también «otros instrumentos financieros».

Teniendo en cuenta que el referido art. 5.º LCAP define con carácter general qué naturaleza han de tener los contratos que celebre la Administración, parece concluyente que estábamos ante contratos privados.

Esta caracterización no era, sin embargo, suficiente para resolver el problema, toda vez que si a los contratos privados se les aplicaba el régimen jurídico del art. 9.º, en los contratos privados que tratamos este régimen se exceptuaba.

En efecto, en tanto el art. 9 disocia en este tipo de contratos entre fase precontractual o de formación —de naturaleza pública— y fase de cumplimiento

<sup>41</sup> En este concreto punto la Junta emplea algunos argumentos de interés para descartar la identificación de los préstamos bancarios con los supuestos diferidos a la legislación patrimonial a que se refiere el artículo 9.1 LCAP.

<sup>42</sup> La forzada interpretación que a juicio de la JCCA representa considerar los contratos en cuestión como contratos privados de naturaleza mercantil, no es óbice para que en el Informe 34/96 formalice una pirueta jurídica a fin de eliminar el inconveniente del plazo de duración, obstáculo gravoso para las Administraciones locales que pretenden generalmente financiaciones a largo plazo que hagan llevaderas las amortizaciones. Para el órgano mencionado no rige el plazo del art. 199.1 LCAP sino las prescripciones de la LHL, considerando a esta última no como legislación patrimonial sino como Ley especial en tanto «establece una regulación paralela de un extremo concreto».

<sup>43</sup> De este parecer también F. SOSA WÄGNER, *cit.*, pág. 46.

—estrictamente sujeta a normas de Derecho privado—<sup>44</sup>, como el propio precepto señala los contratos sobre valores negociables se regirán por la legislación patrimonial de las Administraciones públicas. Esto significa, puesto en relación con el apartado 2 del artículo 3<sup>45</sup>, que los contratos aludidos:

- se rigen por su legislación específica;
- no requieren, salvo que esa legislación lo determine, la aplicación de las previsiones antecitadas del artículo 9<sup>46</sup>;
- únicamente se aplicarán los principios de la LCAP para resolver las posibles dudas y lagunas<sup>47</sup>.

Hechas estas precisiones, la remisión a la legislación patrimonial o especial conduce de nuevo al punto de partida y por tanto al planteamiento que hacíamos en los antecedentes acerca del carácter y régimen jurídico aplicable, de acuerdo con las diferentes normas, a los contratos financieros.

En otros términos, tanto los contratos sobre valores negociables como los relativos a otros instrumentos financieros se sujetaban exclusivamente a los dictados de las normas allí expuestas, excluyéndose aplicar lo dispuesto para los contratos privados por el artículo 9 de la LCAP.

En definitiva, se excluían los contratos financieros de los procesos de adjudicación pública. A lo sumo, y con las reservas que suscita podía traerse a colación por cuanto era aplicable a los contratos y negocios jurídicos excluidos de la LCE el art. 3 último párrafo del RGC<sup>48</sup>.

Pero con independencia de otros factores, este precepto difícilmente puede entenderse básico y aplicable por tanto conforme a los dictados en que se sustenta la LCAP<sup>49</sup>. Por otra parte, requeriría una importante adaptación pues el

<sup>44</sup> Vid. entre otros E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *ob. cit.*, pág. 128.

<sup>45</sup> «Los supuestos contemplados en el apartado anterior se regirán por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse».

<sup>46</sup> Vid. a este propósito Informe 67/96 de 18 de diciembre 1996 de la JCCA en el que se pone de manifiesto que de la aplicación a los contratos privados de los preceptos que regulan la preparación y adjudicación en la LCAP únicamente quedan exceptuados aquéllos que «de manera tan concreta y específica se refieren sólo a determinados contratos» (vgr. el requisito de la clasificación de los contratistas).

<sup>47</sup> «No se trata, como se ve, de criterios demasiado seguros» señalaba al respecto E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *ob. cit.*, pág. 117.

<sup>48</sup> Vid. su texto ya transcrito en nota 3.

<sup>49</sup> El Capítulo II al que remitía establecía las disposiciones comunes a los contratos administrativos tí-

Título Preliminar ya no existe y el contenido del Capítulo II de éste se halla ahora disperso, entre el Título I y el II de la nueva Ley.

En cualquier caso, estimamos que había suficientes fundamentos en la LCAP como hemos indicado y suficientes previsiones de excepción en esas disposiciones del RGC como para entender, caso de su vigencia al menos para el ámbito de la Administración del Estado, que las normas del RGC no empecen en absoluto para concluir que los contratos financieros se rigen exclusivamente por su propia normativa, en los términos que dispone el art. 3.2 de la actual Ley.

Ahora bien, en el ámbito local, descartando el carácter básico del RGC «las normas especiales»<sup>50</sup> aplicables se reducían a las previsiones de la LHL cuyo contenido ya hemos expuesto y, en consecuencia, facultando a los entes locales para la concertación de operaciones financieras sin otras formalidades distintas a las allí contempladas.

#### IV. LA REFORMA DE LA LEY DE CONTRATOS POR LA LEY 13/1996

La Ley 13/1996 de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (más conocida como Ley de acompañamiento de los Presupuestos Generales del Estado para 1997), en su artículo 148 da una nueva redacción al art. 3.1.k) de la LCAP, al añadir a su texto el siguiente párrafo: «*Se entienden asimismo excluidos los contratos relacionados con la instrumentación de operaciones financieras de cualquier modalidad realizadas para financiar las necesidades previstas en las normas presupuestarias aplicables, tales como préstamos, créditos u otras de naturaleza análoga, así como los contratos relacionados con instrumentos financiados derivados concertados para cubrir los riesgos de tipo de interés y de cambio derivados de los anteriores*»<sup>51</sup>.

---

picos regulando aspectos tales como las prohibiciones de contratar, la contratación con agrupaciones de empresarios, el objeto del contrato y ciertos requisitos esenciales respecto a éste, los principios de publicidad y concurrencia, etc.

<sup>50</sup> El entendimiento de lo que a estos efectos sean «normas administrativas especiales» contaba con la interpretación que a ese propósito hace el art. 9 del RGC y las reglas generales que establece el artículo 10 del mismo, si bien como éste concreta estas reglas rigen «salvo que sus normas administrativas especiales dispongan lo contrario».

<sup>51</sup> En vigor, conforme a lo establecido por la disposición final primera desde el 1 de enero de 1997.

#### 4.1. Fundamentos de la reforma

El Proyecto de Ley de acompañamiento no contenía esta novedad <sup>52</sup> que es introducida a consecuencia de la enmienda presentada por el Grupo parlamentario catalán <sup>53</sup>, con la redacción exacta después aprobada definitivamente como Ley en el ya citado artículo 148.

En la justificación de la enmienda, a pesar de su deficiente redacción, se corroboran los planteamientos que hemos venido haciendo, puesto que su finalidad es «Confirmar de una manera inequívoca la exclusión de los contratos de préstamo, crédito y de los productos financieros derivados concertados para cubrir el riesgo de tipos de interés y de cambio en el ámbito de aplicación de la Ley, especialmente de los préstamos y créditos».

El Dictamen de la Comisión de Economía, Comercio y Hacienda incluye ya el texto propuesto en una Sección Tercera (nueva) del Título IV y en un art. 124 bis (nuevo) <sup>54</sup>. El Pleno lo aprueba igualmente ahora con el art. 132 sin que en el Senado sufriera cambio alguno <sup>55</sup>.

#### 4.2. Efectos prácticos

Con la nueva redacción y teniendo en cuenta lo dicho hasta ahora, se produce una clarificación y generalización de las operaciones financieras como excluidas de las normas de contratación pública.

En primer término, al permitir el recurso a la contratación financiera externa generalista para subvenir a financiar «las necesidades previstas en las normas presupuestarias aplicables», por lo que el dato del *quantum* y el cómo estarán en función precisamente de las previsiones presupuestarias.

En segundo término, al posibilitar que esa financiación se articule a través «de cualquier modalidad», o lo que es igual, por las diferentes operaciones financieras posibles, pues únicamente *ad exemplum* se citan las convencionales.

<sup>52</sup> Vid. texto publicado en el BOCG. Congreso. Serie A, n.º 18-1 de 9 de octubre de 1996.

<sup>53</sup> Enmienda 413 en BOGC, *cit.* 18-3 de 4 de noviembre de 1996.

<sup>54</sup> BOGC, *cit.* 18-6 de 18 de noviembre de 1996.

<sup>55</sup> BOCG-Senado n.º 3 de 27 diciembre 1996, aun cuando el Grupo parlamentario socialista en su enmienda 259 solicitaba su supresión al entender que «elimina la publicidad y concurrencia de determinadas operaciones financieras» (BOCG, *cit.* de 4 de diciembre de 1996).

Por último, al permitir que los riesgos derivados de los tipos de interés y de cambio directamente relacionados con aquellas operaciones, se instrumenten asimismo con contratos excluidos de la LCAP llamados a asegurar aquéllos. En definitiva, contratos de aseguramiento cuya exclusión del ámbito aplicativo del art. 207 de la LCAP puede fundamentarse en el carácter medial o relacional y en tanto directamente conexo con esa finalidad que la Directiva, como vimos, dejaba fuera de su ámbito.

Cabe entender, de cualquier modo, que la reforma del art. 3.1.k) de la LCAP no va más allá de lo que, con una interpretación extensiva, podía ya sostenerse a partir del texto originario y que su ajuste a las previsiones de la Directiva no resulta problemático por lo indicado.

Por otro lado, los efectos aplicativos no aportan ninguna novedad respecto de lo manifestado respecto al texto anterior<sup>56</sup>.

No obstante, otras reformas producidas por la Ley de Acompañamiento van a resultar trascendentes a nuestros efectos, mereciendo algún detalle.

## V. LA MODIFICACIÓN DE LA LEY DE HACIENDAS LOCALES

Los arts. 139 y 140 de la Ley 13/1996 aportan novedosas reformas en la LHL, en particular en las normas relacionadas con la instrumentación de operaciones financieras por las Entidades locales.

### 5.1. Antecedentes y fundamento

En el proyecto de ley remitido a las Cortes por el Gobierno ya se contemplaban en los arts. 117 y 118 esas modificaciones<sup>57</sup>, aunque con diferencias respecto al texto finalmente aprobado, en la medida que se aceptaron o transaccionaron enmiendas<sup>58</sup> de otros grupos<sup>59</sup>.

<sup>56</sup> La remisión a la LPE debe tener en cuenta las modificaciones que a los arts. 103, 104, 120 y 121 introduce la Ley de acompañamiento en su art. 142. Las modificaciones que la misma ley realiza en el art. 135 de la LGP no afectan a este ámbito material.

<sup>57</sup> La débil justificación que se hace en la Exposición de Motivos se limita a señalar que esa modificación afecta, entre otras normas, «al régimen de las operaciones financieras concertadas por dichas Entidades, fijando mecanismos de control y vigilancia del endeudamiento de las mismas».

<sup>58</sup> El Grupo Parlamentario Socialista en las enmiendas números 166 y 167 propuso su supresión por entender que «vulnera la autonomía de las Corporaciones Locales proponiéndose una reforma precipitada e irreflexiva». También el Grupo IU-IC en la enmienda 293.

<sup>59</sup> Como la propuesta por CiU, n.º 408 que solicitaba añadir un nuevo apartado 3 a la LHL del siguiente tenor: «La concertación de toda clase de operaciones de crédito en cualquiera de sus modalidades

En el Dictamen de la Comisión ya aparecen reflejadas esas alteraciones parcialmente, lo que puede apreciarse de forma significativa en torno a los arts. 49 y 53, así como en su aprobación por el Pleno del Congreso ahora como arts. 124 y 125, recibiendo más tarde en el Senado la enmienda al art. 53 que resultará a la postre decisiva<sup>60</sup>.

En la justificación a esta enmienda hallamos la explicación que no es otra que «equiparar el sistema de contratación de operaciones de crédito en el ámbito local al resto del sector público», aunque no parezca, por lo que diremos más tarde, plenamente ajustado este aserto a la realidad que depara la norma.

Repasamos, sucintamente, las alteraciones que en la LHL afectan de uno u otro modo a este trabajo.

El art. 49 se altera únicamente al incluir como sujetos activos de las operaciones de crédito, junto a las entidades locales, sus organismos autónomos y sociedades mercantiles de capital íntegramente local.

El art. 50 en su primer apartado contiene la misma modificación antecitada y al mismo se adicionan ahora otros cuatro apartados en los cuales se establecen limitaciones a la concertación de operaciones financieras, cuyo tratamiento rebasa nuestro cometido.

El art. 52 rebaja al 30% el límite anterior del 35% a los efectos de concertación de operaciones de tesorería.

El art. 53 introduce un primer apartado clave a estos efectos, al determinar el régimen jurídico aplicable a las operaciones financieras, que examinaremos más tarde, y da nueva redacción al procedimiento interno con algunas limitaciones adicionales a las ya fijadas en el texto anterior del mismo artículo.

---

con entidades financieras de cualquier naturaleza, cuya actividad esté sometida a normas de Derecho privado, se registrará por los principios de publicidad y concurrencia, igualdad y no discriminación, así como por las normas de Derecho privado aplicables normalmente a la contratación de los mismos. Dichas operaciones se anunciarán con una antelación mínima de catorce días a su aprobación por el órgano competente en el "BOE" o Diario Oficial de la Administración correspondiente si se concertan en moneda nacional con entidades residentes y, además, en el "Boletín Oficial de las Comunidades Europeas" si se concertan en divisas o con entidades no residentes».

<sup>60</sup> El apartado 1 del art. 53 es fruto del texto de la enmienda n.º 456 del Grupo parlamentario popular, que aparece ya aprobado en el Dictamen de la Comisión y en el definitivo texto aprobado por el Pleno del Senado como consta por lo demás en el «mensaje motivado al Proyecto de Ley» (BOCG-Congreso n.º 18-9). En su aprobación definitiva por el Congreso recibe ya el definitivo respaldo con los artículos 139 y 140 de la Ley.

El art. 54 se redacta íntegramente con diferentes reformas puntuales destinadas a establecer precisiones y condicionantes nuevos cuya significación no es relevante al caso.

El art. 55 contiene nueva redacción en orden a la tramitación de las operaciones de crédito a realizar por los sujetos activos a que alude el art. 49.

Por último, el art. 154 cuenta con una adición destinada a exceptuar la previsión de que «no podrán adquirirse compromisos de gastos por cuantía superior al importe de los créditos autorizados en los estados de gastos» (art. 154.5), en los términos condicionales que se disponen.

## 5.2. La contratación de operaciones financieras en el ámbito local

Sobre la base ya prevista en la LHL antes de la reforma, de que las entidades locales pueden acceder a concertar operaciones de crédito con toda clase de entidades de crédito, lo que es ahora extrapolable a sus organismos autónomos y sociedades mercantiles de capital íntegramente local; y sobre la base también de que pueden instrumentar esa financiación mediante las distintas formas de crédito que nos son conocidas de acuerdo con las previsiones de los artículos 50 y 52; lo decisivo es conocer el régimen jurídico aplicable a la contratación de las mismas.

De ello se encarga ahora el art. 53 LHL que establece una regulación dual y, por lo tanto, un diferente régimen jurídico, no exento de controversia, sustentándolo en el hecho de que existan o no previsiones presupuestarias al efecto.

### A) *Con previsiones presupuestarias*

El primer párrafo de este artículo aparece centrado en el hecho de que las operaciones de crédito (o modificaciones) a concertar con entidades financieras de cualquier naturaleza, sujetas a Derecho privado<sup>61</sup>, se hallen *vinculadas a la gestión del presupuesto en la forma prevista en la Sección 1.ª del Capítulo primero del Título VI de la Ley 39/1988*.

El reenvío expreso a estas disposiciones remite a los arts. 143 a 152 de la LHL y en definitiva al «Contenido y aprobación» de los Presupuestos de las Entidades Locales. En estos Presupuestos, como se sabe, figurarán en Anexo (arts. 147.2.c) y 149.1.e)) «las operaciones de crédito que resulten necesarias

<sup>61</sup> Reenvía a la legislación sectorial reguladora de estas entidades. Vid. al respecto referencias en J. L. PIÑAR MAÑAS, *Comentarios a la Ley de disciplina e intervención de las entidades de crédito*. Madrid, 1991.

para completar la financiación, con indicación de los costes que vayan a generar<sup>62</sup>.

Ello comporta entender que cuando, en efecto, figuren en los presupuestos aprobados las correspondientes previsiones relativas a las operaciones de crédito<sup>63</sup> —lo que se supone no pasa de ser una consignación en abstracto de futuras acciones de endeudamiento, sin concretar ni la exacta forma de hacerlo ni evidentemente las entidades con las que materializarlo—, se aplica el régimen propio de la contratación privada, excluida a todos los efectos de la LCAP.

Esto es, entra en práctica lo dispuesto en el art. 3.1.k) de esta última y por tanto las entidades locales pueden recurrir al crédito privado sin necesidad de seguir los trámites previstos al efecto para, en general, los contratos de Derecho privado en el artículo 9 LCAP.

Así pues, las «normas especiales» llamadas a regular estos contratos conforme a lo dispuesto en el art. 3.2 LCAP son la LHL y por derivación de ella los presupuestos de los entes locales, sus bases de ejecución y los planes y programas de inversión y financiación cuya naturaleza normativa es ciertamente dudosa<sup>64</sup>. En estos últimos se deberán, no obstante, contener, en los términos que la legislación local señala, las determinaciones con que cada ente local se propone completar su financiación, razonablemente las formas de acometerlo y condiciones que resulten más aconsejables por beneficiosas para la Corporación.

Las «normas generales» del contrato privado deben ser las mercantiles o comunes a esta tipología de contratos, esencialmente los arts. 311 a 319 del Código de Comercio.

Desde luego con este planteamiento, los entes locales no requieren acudir —aunque esa opción siempre podrían utilizarla— a la oportuna formalización de los actos preparatorios conforme a la LCAP, en su caso, a la convocatoria pública y a garantizar los principios de publicidad y concurrencia, igualdad y

<sup>62</sup> El Real Decreto 500/1990, de 20 de abril, desarrolla estas disposiciones (*vid.* arts. 14 c.) y 18.1.e.)).

<sup>63</sup> También cuando sin existir esas previsiones se realice previamente la oportuna adaptación del presupuesto o de sus bases de ejecución por el Pleno de la Corporación (segundo párrafo del art. 53.1, que remite al procedimiento de la Sección 2.ª del Capítulo I del Título VI de la LHL), y, en caso de prórrogas del presupuesto anterior, en los términos previsto en el art. 54.2.

<sup>64</sup> Cabría, no obstante, otorgar esta calificación tanto a los presupuestos como a sus bases de ejecución utilizando los argumentos empleados a propósito de los presupuestos generales del Estado (SSTC 65/1987 de 21 de mayo y 79/1992 de 14 de mayo, entre otras), pues *servata distantia* de su rango formal y planteamientos, deben asumir materialmente al nivel local el alcance que es propio de estos instrumentos.

no discriminación, puesto que no quedan obligados a observar las exigencias que en la fase preparatoria y de adjudicación dispone el art. 9 LCAP.

Por el contrario, a nuestro entender, con la publicidad genérica de las previsiones presupuestarias <sup>65</sup> y a salvo de las autorizaciones externas que precisa el art. 54 LHL, la Administración local puede concertar directamente el contrato con la entidad financiera.

*Sensu stricto*, la problemática de los actos separables no se concita en este supuesto de igual forma que en el siguiente por las razones que fácilmente se desprenden de las consideraciones ya realizadas. No obstante, no hay duda que podrán ser revisables por la jurisdicción contencioso-administrativa las normas y actos administrativos de índole presupuestaria en que se sustentan los futuros compromisos financieros y, por descontado, el acto decisorio de contratación concreta.

Pero, con independencia de esta posible fiscalización —o precisamente en relación con ella—, la excepción de los principios de adjudicación pública no debe ser obstáculo para la aplicación a este tipo de contratos de las previsiones que, a modo de reglas sustanciales, prescribe el artículo 4.º LCAP <sup>66</sup>, en tanto este precepto de carácter básico aparece como pautador y limitador de la autonomía dispositiva de la Administración y ha de considerarse aplicable a cualquier contrato, nominado o no, sujeto o no al resto de normas previstas en la LCAP.

Las teóricas dificultades de apreciar el ajuste de la actividad contractual a los «límites» que aquél enuncia, carece de transcendencia a los efectos que aquí interesan, esto es, a los de entender que la innegable admisión a la Administración de concertar tipos contractuales debe acomodarse a ciertos mandatos por difusos o indeterminados que éstos sean o, como señala GARCÍA DE ENTERRÍA, resistir «el test de interés público» que comenta a ese propósito <sup>67</sup>.

<sup>65</sup> Arts. 150 LHL y 20 del RD 500/1990. Habrá que tener en cuenta el requisito del voto favorable por mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación, cuando se dé el supuesto del art. 47.3.g) de la LRBRL.

<sup>66</sup> «La Administración podrá concertar los contratos, pactos y condiciones que tenga por conveniente siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración y deberá cumplirlos a tenor de los mismos, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación básica en favor de aquélla». El mismo texto en los arts. 3 LCE y 4 RGC y en el art. 111 del TRRL.

<sup>67</sup> E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *ob. cit.*, págs. 118-119.

### B) Sin previsiones presupuestarias

El segundo párrafo alude a la ausencia de previsiones presupuestarias, es decir, al supuesto de que en el presupuesto no se halle prevista la financiación externa o no se hallen presupuestadas operaciones de crédito.

Este es el hecho determinante, que debe ser conectado con el art. 154 LHL. En principio, esta solución de crédito extrapresupuestario no es posible, tal y como preceptúa el apartado 5 del mismo<sup>68</sup>.

Sin embargo, con la adición que el artículo 140 de la Ley de Acompañamiento hace de un nuevo apartado a dicho precepto de la LHL, cabe entender superada esa prohibición, o más bien atenuada, en tanto condicionada la posibilidad de adquirir compromisos extra de gastos cuando concurren las dos circunstancias que se introducen *ex novo*. La primera de las cuales es de naturaleza sustantiva, en tanto precisa posibles aportaciones firmes de ingresos pendientes de formalizar pero tenidos en cuenta en las previsiones iniciales ya con destino general o finalista. La segunda es de naturaleza procesal en tanto concreta el necesario procedimiento y autorización para ello contemplado en el Capítulo VII del Título primero de la LHL.

En estos casos, dado que se trata de una nueva necesidad y que la misma no cuenta con los aportes documentales propios del otro caso, y por ello no se ha dado previa cuenta de la misma, se requiere acudir al cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 9 LCAP.

Esta remisión hace resurgir de nuevo la problemática, dada la ya comentada redacción en la que se admite un régimen de preparación y adjudicación distinto del general cuando existan «normas administrativas específicas».

A nuestro entender, el reenvío al art. 9 significa reconocer que no existen estas normas específicas para los contratos de préstamo, crédito o análogos y que por tanto no cabe aplicar el segundo párrafo del citado precepto que sí rige para los valores negociables. De donde en consecuencia se derivaría aplicar en cuanto a la preparación y adjudicación del contrato financiero el régimen general de la LCAP y por añadido el régimen jurídico de los actos separables que en él se previene.

En cuanto a las operaciones de tesorería a que se refiere el art. 52 LHL no es aventurado considerar que, en tanto vinculadas a la gestión del presupuesto,

---

<sup>68</sup> «No podrán adquirirse compromisos de gastos por cuantía superior al importe de los créditos autorizados en los estados de gastos siendo nulos de pleno derecho los acuerdos, resoluciones y actos administrativos que infrinjan la expresada norma, sin perjuicio de las responsabilidades a que haya lugar».

deben entenderse incluidas en el primer párrafo del art. 53 y por tanto ajenas a las exigencias formales del art. 9 LCAP. Ciertamente, en tanto son operaciones de crédito y se vinculan expresamente al presupuesto, aun cuando su naturaleza propia es la de operaciones extrapresupuestarias y no se hallen previstas en él.

## VI. EPÍLOGO

No es difícil imaginar que, en un plazo no demasiado largo, los contratos financieros, o al menos algunos de ellos, puedan ser reconducidos, por imperativo comunitario, a la normativa de la contratación pública, con postulados de tipicidad idénticos o semejantes a los contratos ya nominados como públicos en la actualidad. El proceso de publicación de este tipo de contratos puede seguir la misma senda aun cuando esta predicción sea gratuita al no contar con otra fundamentación que los antecedentes que nos son conocidos.

Entre tanto la legislación española ha actuado con discutible acierto y con un no menos discutible criterio en el ámbito de la contratación local —introducido además a última hora—, que a duras penas alcanza el objetivo que se alegó para justificar la disociación de regímenes jurídicos definitivamente aprobados.

Si la pretensión era, como se decía, «equiparar el sistema de contratación de operaciones de crédito en el ámbito local al resto del Sector Público», la opción más razonable era mantener con carácter general, sin otras matizaciones, el régimen deducible del art. 3.1.k) LCAP, coincidente con el sistema de contratación privada que ha sido el tradicional. Si era preciso efectuar reformas en la LHL por otras causas, como las referidas a la vigilancia y control de los endeudamientos locales, éstas no tenían conexión directa alguna con el régimen de contratación que se ha articulado sino con las autorizaciones externas a la propia entidad para concertar esas operaciones.

Por otra parte, la posibilidad de que con adaptaciones presupuestarias se actúe, sin necesidad de recurrir a los postulados del art. 9 LCAP, es una alternativa disponible en orden a mantener la homogeneidad de esta contratación absolutamente excluida de la normativa de carácter público, que deja escaso sentido a aquella dualidad de regímenes.