

**INFORME 11/00, de 30 de noviembre de 2000
CONTRATO PARA EL SEGUIMIENTO DE LA CALIFICACIÓN DE RIESGO
(RATING). NATURALEZA JURÍDICA**

ANTECEDENTES

El Secretario General Técnico de la Consejería de Hacienda y Presupuestos formula solicitud de informe del siguiente tenor:

“La Consejería de Economía y Hacienda firmó el 30 de Junio de 1995, con la compañía Standard & Poor’s España, SA un contrato para el seguimiento de la calificación de riesgo de la CAIB y su asignación a las emisiones de deuda u otras operaciones de endeudamiento que esta realice, con una vigencia de 5 años a partir de la fecha de la firma de dicho contrato. El contrato fue adjudicado a esta empresa dado que fue la que realizó el análisis preliminar y otorgó dicha calificación a la CAIB, siendo la información analizada de carácter confidencial, y existiendo únicamente en el mercado otra empresa en ese momento cuyo objeto social fuera el de calificar el riesgo de una entidad o empresa y a la vez fuese reconocida dicha calificación a nivel internacional.

Con fecha 30 de junio de los corrientes se ha procedido a efectuar una prórroga de este contrato, cuyo fin es el 31 de diciembre de 2000, estando pendiente en este momento la elaboración del nuevo contrato a partir del uno de enero del año 2001.

Dicho contrato tiene por objeto la actualización y el seguimiento del “Rating” de la CAIB.

Un rating es una calificación otorgada por una empresa externa sobre el riesgo financiero, y constituye un análisis de la calificada respecto de su entorno económico, su posición competitiva en los mercados, solidez financiera y características de sus emisiones de deudas vivas en cada momento, con lo cual se establece una estrecha relación a fin de que cualquier variación de su estructura económico-financiera tenga el pertinente reflejo en su rating.

Como quiera que el seguimiento del rating debe realizarse continuamente, para dar a los inversores, que tengan intención de comprar o vender títulos de deuda pública de la CAIB en el mercado secundario, la información real día a día sobre tal calificación.

Ahora bien, en la propia oferta de servicios de la empresa Standard & Poors, que fue la que en su día emitió el rating actual asignado a las dos emisiones de Obligaciones de la CAIB que se encuentran vivas en los mercados, ésta indica literalmente ‘[...] Queda entendido por su parte que nuestra compañía no es una consultoría financiera y que no tienen

porqué basarse en nuestras opiniones [...]’ (ver DOC.6 adjunto), al igual que unilateralmente esta compañía establece las condiciones de seguimiento del rating, tal como indican en el mismo documento DOC.6 en su párrafo 8°.

Por otro lado, a la hora de fijar las tarifas a facturar por este trabajo, tal como se desprende de los documentos que se adjuntan (DOC.3 y DOC.4), éstas vienen determinadas por un porcentaje respecto del nominal de las emisiones de deuda que se sitúen o mantengan en el mercado, con un precio mínimo que en la actualidad es de USA 25.000 \$ (3 puntos básicos es un 0,03%). Es por tanto claro que no solo esta empresa fija de manera mundial sus precios, sino también de forma unilateral, siendo por tanto una adhesión a sus condiciones las que deben realizarse en el caso de estar interesados en el mantenimiento del rating, y por el plazo en que se prevea que se van a mantener emisiones de deuda en el mercado (en la actualidad la CAIB tiene hasta el 2.014).

Así pues, vistas las características de esta contratación se ha efectuado una consulta a la Asesoría jurídica de esta Consejería (ver DOC.2) en la cual se planteaba la posibilidad de incluir la misma en los preceptos del artículo 3.1, letra k del R.D. Legislativo 2/2000, al pensar que puede considerarse un ‘contrato relacionado con la compraventa y transferencia de valores negociables o de otros instrumentos financieros...’.

Del informe evacuado por dicha Asesoría Jurídica parece que puede haber lugar a varias interpretaciones, por lo que esta Secretaría General mantiene dudas respecto de la naturaleza jurídica del contrato de referencia (ver DOC. 1).

En definitiva, esta Secretaría general Técnica, a la vista de los antecedentes existentes en esta consejería en relación al contrato precedente, iniciado con la asignación del rating para la emisión de deuda pública de la CAIB de 1994, que dio lugar al contrato de 30 de junio de 1995 relativo al seguimiento de la calificación anteriormente otorgada (DOC. 5), solicita de esta Junta Consultiva de Contratación emita informe sobre la calificación que debe otorgarse al contrato de actualización y seguimiento del rating de la CAIB, expresando si se corresponde con alguna de las tipologías expresamente indicadas en el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Estado, de contrato administrativo, o debe incluirse en contratos de carácter privado, o debe tramitarse en cuanto a su preparación y adjudicación como un contrato administrativo, y en cuanto a sus efectos y extinción por las normas de derecho privado que le sean aplicables.”

PRESUPUESTOS DE ADMISIBILIDAD

1º) La pregunta la formula el Secretario General Técnico de la Consejería de Hacienda y Presupuestos de la CAIB, quien tiene capacidad para ello en virtud de lo establecido en los artículos 12.1 del Decreto 20/1997, de 7 de febrero, de creación de la Junta Consultiva y 15.1 de su Reglamento de Organización y Funcionamiento, aprobado por acuerdo del Consejo de Gobierno de 10 de octubre de 1997.

2º) A la solicitud se acompaña el informe jurídico exigido por el artículo 16.3 del citado Reglamento.

3º) Se cumplen todos los requisitos para la emisión del presente informe.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

PRIMERA.- La única cuestión planteada no es otra que la determinación de la naturaleza jurídica del contrato cuyo objeto es *“la actualización y el seguimiento del Rating de la CAIB”* según lo describe el escrito de consulta y que al tenor del contenido del propio contrato aportado como documento nº5, en su estipulación primera, viene constituido por *“...el seguimiento de la calificación de riesgo de la CAIB y su eventual asignación a emisiones de deudas u otras operaciones de endeudamiento tanto en mercados internacionales como en el español, para lo cual podrá recabar en cualquier momento de los responsables de la CAIB toda la documentación que considere imprescindible para la ejecución del trabajo.”*

La determinación de la naturaleza jurídica o tipo de los contratos administrativos, como de los contratos en general, ha de realizarse partiendo de su objeto concreto y del contenido de las prestaciones de las partes. En el presente caso, el contenido de la prestación del contratista (ya que el de la Administración se limita al pago del precio y aportación de la documentación necesaria) no solo viene definida por lo ya transcrito *ut supra* sino que el propio escrito de solicitud nos aclara qué es un rating, describiéndolo como la *“calificación otorgada por una empresa externa sobre el riesgo financiero, y constituye un análisis de la calificada respecto de su entorno económico, su posición competitiva en los mercados, solidez financiera y características de sus emisiones de deuda vivas en cada momento, con lo cual se establece una estrecha relación a fin de que cualquier variación de su estructura económico-financiera tenga el pertinente reflejo en su rating.”*

En una primera apreciación del objeto contractual se podría incardinar en el tipo que el artículo 196 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP) conceptúa como contratos de Consultoría y Asistencia

cuando, en su apartado 2.a), los define como: "...aquellos que tengan por objeto: Estudiar y elaborar informes, estudios, planes, anteproyectos de carácter técnico, organizativo, económico o social...", y, en el subapartado b), 4ª, añade: "...cualesquiera otras prestaciones directa o indirectamente relacionadas con las anteriores y en los que también predominen las de carácter intelectual..."

SEGUNDA.- Este primer análisis no debe eximirnos de considerar la posibilidad, también apuntada en el escrito del interpelante, de que el contrato pudiera ser de los que el artículo 3, 1.k) de la LCAP, considera como excluidos de su ámbito de aplicación.

Dice este precepto que quedan fuera del ámbito de la Ley: "...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. Se entienden asimismo excluidos los contratos relacionados con la instrumentación de operaciones financieras de cualquier modalidad realizados para financiar las necesidades previstas en las normas presupuestarias aplicables, tales como préstamos, créditos u otros de naturaleza análoga, así como los contratos relacionados con instrumentos financieros derivados concertados para cubrir los riesgos de tipo de interés y de cambio derivados de los anteriores."

Esta norma no es sino reflejo de la regulación que hace la Directiva de la Comunidad Europea nº92/50, de 18 de Junio de 1992, que en su preámbulo ya nos dice que: "... considerando 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; " y que, en el artículo 1.a) VII), excluye de su aplicación a: "...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."

Las expresiones utilizadas, tanto por la LCAP como por la Directiva, pueden inducir a confusión cuando dicen "*contratos relacionados...*" o "*contratos relativos a...*", pues relación, según el Diccionario de la Real Academia Española, es conexión, correspondencia de una cosa con otra, y relativo es que hace relación a una persona o cosa, y, que duda cabe, de que el contrato que nos ocupa algún tipo de relación tiene con la deuda pública de la CAIB, pero creemos que no ha sido esa la intención del legislador en las poco afortunadas expresiones de "*relacionados*" y "*relativos a*" sino que, en realidad

lo que se pretende excluir son los contratos “de” compra, venta y transferencia de títulos u otros instrumentos financieros, así como los de préstamo, crédito o de cobertura de riesgos derivados de los anteriores así como los de naturaleza análoga, pero no aquellos que, como el presente, solo implican un estudio o asesoramiento o análisis, del estado de solvencia de la empresa (en este caso la CAIB) que emite, vende, etc. los títulos. Es decir, que queda sin duda alguna excluida la emisión de la deuda, y sus posteriores vicisitudes contractuales (ventas, compras, aseguramientos, créditos etc.) pero los aspectos colaterales o paralelos como pudieran ser, por ejemplo, un contrato de publicidad de la deuda, y por supuesto, el contrato de rating o de evolución del riesgo financiero de la CAIB, son contratos que deben regirse según su propia naturaleza que no es la de los excluidos por las normas referenciadas.

En efecto, lo que la LCAP y la Directiva 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 pudiéndose predicar 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.

TERCERA.- Precizando en el aspecto de a quien va dirigida en definitiva la prestación, de quién sea el destinatario, nos encontramos que, en realidad no es la propia Administración, o al menos, no lo es con carácter principal, ya que, como el mismo solicitante nos dice en su escrito: “... *el seguimiento del rating debe realizarse continuamente, para dar a los inversores, que tengan intención de comprar o vender títulos de deuda pública de la CAIB en el mercado secundario, la información real día a día sobre tal calificación.*”

Ello nos lleva a considerar que su encaje más apropiado se encuentra en la tipología de los contratos administrativos especiales del art. 5.2.b. de la LCAP, que los define como “*los de objeto distinto a los anteriormente expresados,*

(obras, gestión de servicios públicos, suministros, consultoría y asistencia) pero que tengan naturaleza administrativa especial por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante...", siendo evidente la vinculación del contrato de actualización y seguimiento del rating de la CAIB con el giro o tráfico específico de la Consejería de Hacienda en la emisión de deuda. Y corroborándose tal conclusión además de por la ajeneidad del destinatario de la prestación, por las particularidades que se derivan del contenido del contrato, como por ejemplo, la duración del mismo, que en principio y lógicamente podría ser igual al de la emisión de deuda cuya "solvencia" o "riesgo" se trata de calificar en régimen de seguimiento y continuidad, lo que haría difícilmente encajable el contrato en la tipología de la consultoría y asistencia, que limita su vigencia a cuatro años (incluidas las prórrogas) según el art. 198 de la LCAP, mientras que la deuda suele tener un período de vida muy superior. También el aspecto de fijación del precio y su revisión según tarifas generales aprobadas por la propia empresa adjudicataria en función normalmente de porcentajes tendría una mejor ubicación en las menos estrictas reglas de la contratación administrativa especial que, conforme a los artículos 7.1 y 8 de la LCAP, pueden fijar sus propias especificidades.

Este planteamiento de considerar como contratos administrativos especiales aquellos en que los verdaderos destinatarios de la prestación son los administrados y no la Administración, para distinguirlos de los contratos de Consultoría y siempre que no vengan a constituir un contrato de gestión de servicios públicos, ha sido mantenido por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (informe 47/99) así como por esta Junta Consultiva (informe 3/2000) en tanto que resulten vinculados al giro o tráfico específico de la Administración.

CONCLUSIÓN

El Contrato para el seguimiento de la calificación de riesgo de la CAIB y su asignación a las emisiones de deuda u otras operaciones de endeudamiento que ésta realice (rating), con el objeto contractual y contenido de las prestaciones que se especifican en la solicitud de informe y en los documentos acompañados a la misma, tiene naturaleza administrativa y su encaje dentro de la tipología recogida en la LCAP, es la de un Contrato administrativo especial de los regulados en el art. 5.2. b), con el régimen jurídico de aplicación fijado en los artículos 7 y 8 de dicha Ley.