

**INFORME 11/00, de 30 de novembre de 2000**  
**CONTRACTE PER AL SEGUIMENT DE LA QUALIFICACIÓ DEL RISC**  
**(RATING). NATURALESA JURÍDICA**

**ANTECEDENTS**

El secretari general tècnic de la Conselleria d'Hisenda i Pressuposts formula sol·licitud d'informe amb el contingut següent:

*“La Conselleria d'Economia i Hisenda signà el 30 de juny de 1995, amb la companyia Standard & Poor's España, SA, un contracte per al seguiment de la qualificació de risc de la CAIB i la seva assignació a les emissions de deute o altres operacions d'endeutament que aquesta realitzi, amb una vigència de 5 anys a partir de la data de la signatura d'aquest contracte. El contracte fou adjudicat a aquesta empresa atès que va ser la que realitzà l'anàlisi preliminar i atorgà aquesta qualificació a la CAIB. La informació que analitzà és de caràcter confidencial, i només hi ha en el mercat una altra empresa en aquest moment l'objecte social de la qual és el de qualificar el risc d'una entitat o empresa i que a la vegada aquesta qualificació és reconeguda a nivell internacional.*

*En data 30 de juny de 2000 s'ha procedit a efectuar una pròrroga d'aquest contracte, que acaba el 31 de desembre de 2000, i en aquest moment està pendent l'elaboració del nou contracte a partir de l'1 de gener de 2001.*

*Aquest contracte té per objecte l'actualització i el seguiment del rating de la CAIB.*

*Un rating és una qualificació atorgada per una empresa externa sobre el risc financer, i constitueix una anàlisi de la qualificada respecte del seu entorn econòmic, la seva posició competitiva en els mercats la, solidesa financera i les característiques de les seves emissions de deutes vius en cada moment, amb la qual cosa s'estableix una relació estreta a fi que qualsevol variació de la seva estructura economicofinancera tenguí el reflex pertinent en el seu rating.*

*El seguiment del rating s'ha de fer contínuament, per donar als inversor, que tenguin intenció de comprar o vendre títols de deute públic de la CAIB en el mercat secundari la informació real dia a dia sobre aquesta qualificació.*

*Ara bé, en la mateixa oferta de serveis de l'empresa Standard & Poors, que va ser la que en el seu dia emeté el rating actual assignat a les dues emissions d'obligacions de la CAIB que hi ha vives en els mercats, aquesta indica literalment '[...] Queda entès per la vostra part que la nostra companyia no és una consultoria financera i que no cal que es basin en les nostres opinions [...]' (vegeu DOC.6 adjunt), de la mateixa manera que unilateralment aquesta companyia estableix les condicions de seguiment del rating, tal com indiquen al mateix document DOC.6 en el paràgraf 8è.*

*Per altra banda, a l'hora de fixar les tarifes a facturar per aquest treball, tal com es desprèn dels documents que s'adjunten (DOC.3 i DOC.4), aquestes vénen determinades per un percentatge respecte del nominal de les emissions de deute que se situï n o mantenguin en el mercat, amb un preu mínim que a l'actualitat és d'USA 25.000 \$ (3 punts bàsics és un 0,03%). És clar, per tant, que no sols aquesta empresa fixa de manera mundial els seus preus, sinó també de manera unilateral, i és per tant una adhesió a les seves condicions les que s'han de fer en el cas d'estar interessats en el manteniment del rating, i pel termini en el qual és prevegi que es mantendran emissions de deute en el mercat (a l'actualitat la CAIB el té fins al 2014).*

*Així doncs, vistes les característiques d'aquesta contractació s'ha efectuat una consulta a l'Assessoria Jurídica d'aquesta Conselleria (vegeu DOC.2) en la qual es plantejava la possibilitat d'incloure-la en els preceptes de l'article 3.1.lletra k de l'RDLEG. 2/2000, atès que es pensa que es pot considerar un 'contracte relacionat amb la compravenda i transferència de valors negociables o d'altres instruments financers... '.*

*De l'informe emès per aquesta Assessoria Jurídica sembla que es poden fer diverses interpretacions, per la qual cosa aquesta Secretaria General té dubtes respecte de la naturalesa jurídica del contracte de referència (vegeu DOC. 1).*

*En definitiva, aquesta Secretaria General Tècnica, a la vista dels antecedents que hi ha en aquesta Conselleria en relació amb el contracte precedent, iniciat amb l'assignació del rating per a l'emissió de deute públic de la CAIB de 1994, que donà lloc al contracte de 30 de juny de 1995 relatiu al seguiment de la qualificació atorgada abans (DOC. 5), sol·licit d'aquesta Junta Consultiva de Contractació que emeti informe sobre la qualificació que ha d'atorgar-se al contracte d'actualització i seguiment del rating de la CAIB, que expressi si es correspon amb alguna de les tipologies indicades expressament en el Reial decret legislatiu 2/2000, de 16 de juny, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de contractes de l'Estat, de contracte administratiu, o s'ha d'incloure en contractes de caràcter privat, o s'ha de tramitar quant a la preparació i adjudicació com un contracte administratiu, i quant als efectes i l'extinció per les normes de dret privat que li siguin aplicables."*

#### **PRESSUPÒSITS D'ADMISSIBILITAT**

1) La pregunta la formula el secretari general tècnic de la Conselleria d'Hisenda i Pressuposts de la CAIB, qui té capacitat per això en virtut del que estableixen els articles 12.1 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, de creació de la Junta Consultiva i 15.1 del seu Reglament d'organització i funcionament, aprovat per Acord del Consell de Govern de 10 d'octubre de 1997.

2) A la sol·licitud s'acompanya l'informe jurídic exigint per l'article 16.3 del Reglament esmentat.

3) Es compleixen tots els requisits per a l'emissió d'aquest informe.

## CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

**PRIMERA.** L'única qüestió plantejada no és altra que la determinació de la naturalesa jurídica del contracte l'objecte del qual és "l'actualització i el seguiment del rating de la CAIB" com ho descriu l'escrit de consulta i que a tenor del contingut del mateix contracte aportat com a document núm. 5, a la seva estipulació primera, està constituït per "... el seguiment de la qualificació de risc de la CAIB i la seva assignació eventual a emissions de deute o altres operacions d'endeutament tant en mercats internacionals com en l'espanyol, per la qual cosa podrà demanar en qualsevol moment dels responsables de la CAIB tota la documentació que consideri imprescindible per a l'execució del treball."

La determinació de la naturalesa jurídica o del tipus dels contractes administratius, com dels contractes en general, s'ha de fer partint del seu objecte concret i del contingut de les prestacions de les parts. En el cas que ens ocupa, el contingut de la prestació del contractista (ja que el de l'Administració es limita al pagament del preu i aportació de la documentació necessària) no sols ve definida per allò ja transcrit *ut supra* sinó que l'escrit mateix de sol·licitud ens aclareix què és un rating, i el descriu com la "qualificació atorgada per una empresa externa sobre el risc financer, i constitueix una anàlisi de la qualificada respecte del seu entorn econòmic, la seva posició competitiva en els mercats, la solidesa financera i les característiques de les seves emissions de deutes vius en cada moment, amb la qual cosa s'estableix una relació estreta a fi que qualsevol variació de la seva estructura economicofinancera tenguí el reflex pertinent en el seu rating."

En una primera apreciació de l'objecte contractual es podria incloure en el tipus que l'article 196 de la Llei de contractes de les administracions públiques (LCAP) conceptua com a contractes de consultoria i assistència quan, en l'apartat 2. a), els defineix com: "...aquells que tinguin per objecte: Estudiar i elaborar informes, estudis, plans, avantprojectes de caràcter tècnic, organitzatiu, econòmic o social...", i, en el subapartat b), 4ª, afegeix: "qualsevol altres prestacions directament o indirectament relacionades amb les anteriors i en els quals predominin també les de caràcter intel·lectual..."

**SEGONA.** Aquesta primera anàlisi no ens ha d'eximir de considerar la possibilitat, també apuntada a l'escrit de l'interpel·lant, que el contracte pugui ser d'aquells que l'article 3, 1.k) de l'LCAP considera com a exclosos del seu àmbit d'aplicació.

Aquest precepte diu que queden fora de l'àmbit de la Llei: "...k) Els contractes relacionats amb la compravenda i transferència de valors negociables o d'altres instruments financers i els serveis prestats pel Banc d'Espanya. Així mateix, s'entenen exclosos els contractes relacionats amb la instrumentació d'operacions

*financeres de qualsevol modalitat realitzats per finançar les necessitats previstes a les normes pressupostàries aplicables, com préstecs, crèdits o altres de naturalesa anàloga, com també els contractes relacionats amb instruments financers derivats concertats per cobrir els riscos de tipus d'interès i de canvi derivats dels anteriors.*”

Aquesta norma no és sinó reflex de la regulació que fa la Directiva de la Comunitat Europea núm. 92/50, de 18 de juny de 1992, que en el seu preàmbul ja ens diu que: “...considerant que els serveis financers prevists per aquesta Directiva no inclouen els instruments de política monetària, de tipus de canvi, de deute públic, de gestió de reserves, i d'altres polítiques que impliquen operacions amb títols o amb altres instruments financers; que, per tant, els contractes relatius a l'emissió, a la compra, a la venda, o a la transmissió o d'altres instruments financers no queden subjectes a aquesta Directiva; que els serveis prestats pels bancs centrals queden igualment exclusos;” i que, a l'article 1.a) VII), exclou de la seva aplicació: “...els contractes relatius a la compra, venda i transferència de títols o d'altres instruments financers, com també els serveis prestats pels bancs centrals.”

Les expressions utilitzades, tant per l'LCAP com per la Directiva, poden induir a confusió quan diuen “contractes relacionats...” o “contractes relatius a...”, ja que relació, segons el Diccionari de la Reial Acadèmia Espanyola, és connexió, correspondència d'una cosa amb altra, i relatiu és que fa relació a una persona o cosa, i, no hi ha dubte, que el contracte que ens ocupa té algun tipus de relació amb el deute públic de la CAIB, però creiem que no ha estat així la intenció del legislador en les expressions poc afortunades de “relacionats” i “relatius a” sinó que, en realitat el que es pretén excloure són els contractes “de” compra, venda i transferència de títols o altres instruments financers, com també els de préstec, crèdit o de cobertura de riscos derivats dels anteriors i també els de naturalesa anàloga, però no aquells que, com aquest que ens ocupa, només impliquen un estudi, o assessorament o anàlisi, de l'estat de solvència de l'empresa (en aquest cas la CAIB) que emet, ven, etc. els títols. És a dir, que sens dubte queda exclosa l'emissió del deute, i les seves vicissituds contractuals posteriors (vendes, compres, asseguraments, crèdits etc.), però els aspectes col·laterals o paral·lels com puguin ser, per exemple, un contracte de publicitat del deute i, per suposat, el contracte de *rating* o d'evolució del risc financer de la CAIB, són contractes que han de regir-se segons la seva naturalesa pròpia que no és la dels exclusos per les normes esmentades.

En efecte, el que l'LCAP i la Directiva pretenen excloure del seu àmbit d'aplicació són els denominats “contractes financers”, és a dir, els contractes referents a operacions actives (gestió de tresoreria) i passives (gestió de l'endeutament) que es desenvolupen en els mercats monetaris i de capital, en la mesura que es tracta d'àmbits de negociació que, per les seves característiques, garanteixen els principis de lliure concurrència, publicitat i igualtat d'oportunitats propis de la contractació pública. I no es pot predicar el contracte de *rating* com cap modalitat de contracte financer, ja que no constitueix cap operació activa ni passiva relativa a instruments financers pròpia dels mercats primaris o secundaris de valors, en aquest cas, del mercat de deute públic.

**TERCERA.** Si precisam en l'aspecte de a qui va adreçada en definitiva la prestació, de qui és el destinatari, ens trobam que, en realitat no és la pròpia Administració, o al manco no ho és amb caràcter principal, ja que, com el sol·licitant mateix ens diu al seu escrit: "...el seguiment del *rating* s'ha de fer contínuament, per donar als inversors que tenguin intenció de comprar o vendre títols de deute públic de la CAIB en el mercat secundari la informació real dia a dia sobre aquesta qualificació."

Això ens du a considerar que el seu encaixament més adient es troba en la tipologia dels contractes administratius especials de l'article 5.2.b. de l'LCAP, que els defineix com "*els d'objecte distint als expressats anteriorment, (obres, gestió de serveis públics, subministraments, consultoria i assistència) però que tenguin naturalesa administrativa especial perquè són vinculats al gir o tràfic específic de l'Administració contractant...*", i és evident la vinculació del contracte d'actualització i seguiment del *rating* de la CAIB amb el gir o tràfic específic de la Conselleria d'Hisenda en l'emissió de deute. I es corrobora aquesta conclusió, a més de per l'alienabilitat del destinatari de la prestació, per les particularitats que es deriven del contingut del contracte, com per exemple, la durada, que en principi i lògicament podria ser igual a la de l'emissió de deute la "*solvència*" o "*risc*" del qual es tracta de qualificar en règim de seguiment i continuïtat, cosa que faria difícil encaixar el contracte en la tipologia de la consultoria i assistència, que limita la seva vigència a quatre anys (les pròrrogues incloses) segons l'article 198 de l'LCAP, mentre que el deute sol tenir un període de vida molt superior. També l'aspecte de fixació del preu i la revisió d'aquest segons tarifes generals aprovades per la mateixa empresa adjudicatària en funció normalment de percentatges, tendria una millor ubicació en les regles menys estrictes de la contractació administrativa especial que, d'acord amb els articles 7.1 i 8 de l'LCAP, poden fixar les seves pròpies especificitats.

Aquest plantejament de considerar com a contractes administratius especials aquells en els quals els vertaders destinataris de la prestació són els administrats i no l'Administració, per distingir-los dels contractes de consultoria i sempre que no constitueixin un contracte de gestió de serveis públics, l'ha mantengut la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat (informe 47/99), com també aquesta Junta Consultiva (informe 3/2000) atès que són vinculats al gir o tràfic específic de l'Administració.

## **CONCLUSIÓ**

El contracte per al seguiment de la qualificació de risc de la CAIB i la seva assignació a les emissions de deute o altres operacions de endeutament que aquesta realitzi (*rating*), amb l'objecte contractual i contingut de les prestacions que s'especifiquen a la sol·licitud d'informe i als documents que l'acompanyen, té naturalesa administrativa i el seu encaixament dins la tipologia recollida a l'LCAP, és la d'un contracte administratiu especial dels regulats a l'article 5.2.b), amb el règim jurídic d'aplicació fixat en els articles 7 i 8 d'aquesta Llei.