



UNIVERSITAT DE  
BARCELONA

## Los contratos de financiación bancaria con Administraciones Públicas: reflexiones sobre el principio de prudencia financiera y la interconexión del derecho privado y el derecho público

Anna Comellas Goberna

**ADVERTIMENT.** La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX ([www.tdx.cat](http://www.tdx.cat)) i a través del Dipòsit Digital de la UB ([diposit.ub.edu](http://diposit.ub.edu)) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX ni al Dipòsit Digital de la UB. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX o al Dipòsit Digital de la UB (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

**ADVERTENCIA.** La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR ([www.tdx.cat](http://www.tdx.cat)) y a través del Repositorio Digital de la UB ([diposit.ub.edu](http://diposit.ub.edu)) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR o al Repositorio Digital de la UB. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR o al Repositorio Digital de la UB (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

**WARNING.** On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX ([www.tdx.cat](http://www.tdx.cat)) service and by the UB Digital Repository ([diposit.ub.edu](http://diposit.ub.edu)) has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized nor its spreading and availability from a site foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository is not authorized (framing). Those rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.



UNIVERSITAT DE  
BARCELONA

FACULTAT DE DRET



Programa de Doctorado en Derecho y Ciencia Política  
Línea de investigación: Derecho Administrativo

**LOS CONTRATOS DE FINANCIACIÓN BANCARIA  
CON ADMINISTRACIONES PÚBLICAS:  
REFLEXIONES SOBRE EL PRINCIPIO DE  
PRUDENCIA FINANCIERA Y LA INTERCONEXIÓN  
DEL DERECHO PRIVADO Y EL DERECHO  
PÚBLICO**

Tutor y Director: Dr. José Machado Plazas

Director: Dr. José Manuel Sala Arquer

ANNA COMELLAS GOBERNA

BARCELONA, 2017



*A mi familia*



*“El Gobierno no podrá valerse jamas de los auxilios del crédito sin la aprobación previa de las Córtes, reclamando públicamente los recursos de dicho establecimiento, mediante convenios particulares, cual pudiera hacerlo con otras corporaciones ó capitalistas.”*

CANGA-ARGÜELLES, José. *Memoria sobre el crédito público*, editorial que fue de García, Madrid, 1820, pág. 123.



## RESUMEN

Las Administraciones Públicas también interactúan en el mercado con la finalidad de obtener financiación y servicios de las entidades financieras, al igual que las personas físicas y las empresas. Se les puede considerar, por tanto, como clientes bancarios públicos en contraposición a los privados.

En efecto, tales Administraciones están legalmente habilitadas para contraer obligaciones de endeudamiento con entidades financieras que luego se formalizarán a través de contratos bancarios. Sin embargo, cuando la Administración Pública, regida idiosincrásicamente por el Derecho Administrativo, interactúa con entidades financieras, regidas por el Derecho Mercantil y Bancario, ello provoca que los contratos bancarios habituales en el tráfico negocial no puedan serle directamente aplicables sin una previa adaptación de los mismos a la peculiaridad del cliente bancario público. Dicha adaptación se halla justificada en nuestro ordenamiento jurídico por la preferente protección de los intereses públicos, como demuestra por ejemplo la introducción del principio de prudencia financiera, que limita el coste de endeudamiento de las operaciones de financiación para Comunidades Autónomas y Entidades Locales, a la vez que prohíbe algunas, y afecta al normal ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Además, dicha adaptación de los contratos bancarios a la parte contratante pública, también alcanza al régimen de garantías aplicable a la concreta operación financiera, siendo ambos extremos los que constituyen las peculiaridades de los contratos de financiación bancaria con Administraciones Públicas. De hecho y en lo que a garantías se refiere, se parte de que el dinero público no puede ser objeto de compensación ni de embargo. Así, la Administración Pública, a pesar de estar sujeta al principio de legalidad, en la actualidad sigue manteniendo una posición de supremacía en determinados aspectos en el ámbito de los contratos bancarios, y éste es el más destacable. También, figuras como la prenda y cesión de créditos deberán ser matizadas, u otras como los avales y cartas de conformidad someterlas a una adecuada valoración de conveniencia, jurídica y práctica.

Pues bien, el estudio de estas peculiaridades constituye el objeto de la presente tesis. Son contratos en los que se produce claramente la interconexión entre el Derecho



público y el Derecho privado por la interacción que se produce entre la Administración Pública, como parte deudora contratante, y la entidad financiera, como parte acreedora contratante. La fusión y conexión entre ambas ramas del Derecho es necesaria para el fin pretendido por ambas partes, siendo el estudio de dicha interacción y el alcance del Derecho público y del Derecho privado en estos casos lo que se analiza en la presente tesis. También aportando una perspectiva práctica y finalista mediante el presente estudio, bajo la consideración de que el Derecho debe ser aplicable a una realidad, que en este caso es mixta o basada en una relación público-privada, aunque sin olvidar que se está ante un estudio académico en el ámbito del Derecho cuya rigurosidad teórica resulta esencial.

Adicionalmente, se hará alusión también a otra tipología de contratos que pueden convenir Administraciones Públicas con entidades financieras distintos a los de financiación: los contratos de servicios bancarios. Están sujetos a Derecho público en gran medida y su objeto es la gestión de cobros y pagos del cliente público para el desarrollo normal la actividad financiera y de la hacienda pública. En ambas tipologías contractuales las partes son las mismas pero el régimen jurídico es distinto, que se va a contraponer y comparar a efectos discursivos, sin perjuicio de centrar el objeto de análisis en los contratos de financiación bancaria.

En definitiva, se trata de un estudio contextualizador de la realidad de los contratos de financiación bancaria que conciertan las Administraciones Públicas con las entidades financieras, que partirá del estudio de los contratos bancarios habituales en este ámbito, continuará por la explicación de la peculiaridad del cliente bancario público, el análisis de la evolución normativa habida en la materia, hasta culminar con el detalle del régimen y limitaciones del endeudamiento bajo nuestro ordenamiento jurídico, a través de un examen crítico del *status quo* y con ánimo de ofrecer una visión jurídico-práctica de la realidad de estos contratos de financiación bancaria.

## RESUM

Les Administracions Públiques també interactuen en el mercat amb la finalitat d'obtenir finançament i serveis de les entitats financeres, al igual que les persones físiques i les empreses. Se les pot considerar, per tant, com a clients bancaris públics en contraposició als privats.

En efecte, aquestes Administracions estan legalment habilitades per a contraure obligacions d'endeutament amb entitats financeres que després es formalitzaran a través de contractes bancaris. Tanmateix, quan l'Administració Pública, regida idiosincràsicament pel Dret Administratiu, interactua amb entitats financeres, regides pel Dret Mercantil i Bancari, això provoca que els contractes bancaris habituals en el tràfic negocial no puguin ésser-li directament aplicables sense una prèvia adaptació dels mateixos a les peculiaritats del client bancari públic. Aquesta adaptació es troba justificada en el nostre ordenament jurídic per la preferent protecció dels interessos públics, com demostra per exemple la introducció del principi de prudència financera, que limita el cost d'endeutament de les operacions de finançament per a Comunitats Autònomes i Entitats Locals, a la vegada que en prohibeix algunes, i afecta al normal exercici de l'autonomia de la voluntat.

A més, aquesta adaptació dels contractes bancaris a la part contractant pública, també arriba fins al règim de garanties aplicables a la concreta operació financera, essent ambdós extrems els que constitueixen les peculiaritats dels contractes de finançament bancari amb Administracions Públiques. De fet i en quant a les garanties, cal partir de la base que el diner públic no pot ser objecte de compensació ni d'embargament. Així, l'Administració Pública, malgrat estar subjecta al principi de legalitat, a l'actualitat segueix mantenint una posició de supremacia en determinats aspectes en l'àmbit dels contractes bancaris, i aquest és el més destacable. També, figures com la penyora i la cessió de crèdits hauran de ser matisades, o altres com els avals i les cartes de conformitat sotmetre-les a una adequada valoració de conveniència, jurídica i pràctica.

Doncs bé, l'estudi d'aquestes peculiaritats constitueix l'objecte de la present tesi. Són contractes en els quals es produeix clarament la interconnexió entre el Dret públic i el Dret privat per la interacció que es produeix entre l'Administració Pública, com a

part deutora contractant, i l'entitat financera, com a part creditora contractant. La fusió i connexió entre ambdues branques del Dret és necessària per a la finalitat pretesa per ambdues parts, essent l'estudi d'aquesta interacció i l'abans del Dret públic i del Dret privat en aquests casos allò que s'analitza en aquesta tesi. També aportant una perspectiva pràctica i finalista mitjançant el present estudi, sota la consideració de què el Dret ha de ser aplicat a una realitat, que en aquest cas és mixta o basada en una relació públic-privada, tot i que sense oblidar que s'està davant d'un estudi acadèmic en l'àmbit del Dret la rigorositat teòrica del qual resulta essencial.

Adicionalment, es farà també al·lusió a una altra tipologia de contractes que poden convenir les Administracions Públiques amb les entitats financeres diferents als de finançament: els contractes de serveis bancaris. Estan subjectes a Dret públic en gran mesura y el seu objecte és la gestió de cobraments i pagaments del client públic per al desenvolupament normal de l'activitat financera i de la hisenda pública. En ambdues tipologies contractuals les parts són les mateixes però el règim jurídic és diferent, els qual es contraposaran i compararan a efectes discursius, sens perjudici de centrar l'objecte d'anàlisi en els contractes de finançament bancari.

En definitiva, es tracta d'un estudi contextualitzador de la realitat dels contractes de finançament bancari que concerten les Administracions Públiques amb entitats financeres, que partirà de l'estudi dels contractes bancaris habituals en aquest àmbit, continuarà per l'explicació de la peculiaritat del client bancari públic, l'anàlisi de l'evolució normativa que hi ha hagut en la matèria, fins a culminar amb el detall del règim i les limitacions d'endeutament d'acord amb el nostre ordenament jurídic, a través d'un examen crític de l'*status quo* i amb l'ànim d'oferir una visió jurídicopràctica de la realitat d'aquests contractes de finançament bancari.

## ***ABSTRACT***

*Public Administrations also interact in the market in order to obtain financing and services from financial institutions, like natural persons and companies do. They can therefore be considered as public bank clients as opposed to private clients.*

*In effect, such Administrations are legally empowered to enter into debt obligations with financial entities that will then be formalized through bank contracts. However, when the Public Administration, governed idiosyncratically by Administrative Law, interacts with financial entities, governed by Commercial and Banking Law, this causes that the usual banking contracts in the negotiation traffic cannot be directly applicable to it without a previous adaptation to the peculiarity of the public bank client. Such adaptation is justified in our legal system by the preferential protection of public interests, as demonstrated for example by the introduction of the principle of financial prudence, which limits the cost of indebtedness of financing operations for Autonomous Communities and Local Entities, and bans some of them, and where the normal exercise of the autonomy of will is affected.*

*Besides, such adaptation of the bank contracts to the public contracting party, also reaches the guarantee regime applicable to the specific financial transaction, both of which are the peculiarities of bank financing contracts with Public Administrations. In fact and as far as guarantees are concerned, it is assumed that public money cannot be subject to compensation or seizure. Thus, although the Public Administration is subject to the principle of legality, it still maintains a position of supremacy in certain aspects in the field of bank contracts, and this is the most remarkable. Also, figures such as pledge and assignment of credits should be qualified, or others such as bank guarantees and comfort letters submit them to an appropriate valuation of convenience, legal and practical.*

*Then, the study of these peculiarities is the object of the present thesis. They are contracts in which the interconnection between public law and private law is clearly produced by the interaction between the Public Administration as contracting debtor and the financial entity as contracting party. The fusion and connection between both branches of law is necessary for the purpose intended by both parties, being the study*

*of such interaction and the scope of public law and private law in these cases what is discussed in this thesis. Also providing a practical and finalist perspective through the present study, under the consideration that the law should be applicable to a reality, which in this case is mixed or based on a public-private relationship, but without forgetting that it is before an academic study within the field of Law whose theoretical rigor is essential.*

*In addition, reference will also be made to another typology of contracts that may be agreed by Public Administrations with financial entities other than those of financing: bank services contracts. They are subject to public law to a great extent and its purpose is the collection and payment management of the public client for the normal development of financial and public finance activity. In both contractual typologies the parties are the same but the legal regime is different, which will be contrasted and compared for discursive purposes, without prejudice to focus the subject of analysis in bank financing contracts.*

*In short, this is a contextualizing study of the reality of bank financing contracts that the Public Administrations arrange with financial institutions. It will start from the study of the usual banking contracts in this area, and will continue for the explanation of the peculiarity of the banking client analysis of regulatory developments in this area. Then the study will culminate in the detail of the regime and limitations of indebtedness under our legal system, through a critical examination of the status quo and with the aim of offering a legal and practical vision of the reality of these bank financing contracts.*

# INDICE

<b>RESUMEN/ RESUM /ABSTRACT</b>	1
<b>ÍNDICE</b>	7
<b>TABLA DE ABREVIATURAS</b>	13
<b>INTRODUCCIÓN</b>	17
<b>I. Excursus histórico</b>	17
<b>II. Objeto y finalidad de la tesis</b>	20
<b>III. Estructura</b>	28
<b>IV. Metodología</b>	30
<b>V. Agradecimientos</b>	32
<hr/> <b>CAPÍTULO I: CUESTIONES PREVIAS (I): EL DERECHO BANCARIO Y LOS CONTRATOS BANCARIOS</b> <hr/>	
<b>1. LA ACTIVIDAD BANCARIA</b>	35
<b>1.1. Sector regulado</b>	35
<b>1.2. El Derecho Bancario</b>	38
1.2.1. Contenido dual	38
1.2.2. El Derecho Bancario Público	39
1.2.3. El Derecho Bancario Privado	42
1.2.4. Reflexión sobre su interconexión y con otras ramas del Derecho: necesidades públicas <i>versus</i> necesidades privadas	45
<b>2. LOS CONTRATOS BANCARIOS</b>	51
<b>2.1. Reflexión de conjunto</b>	51
<b>2.2. Elementos característicos</b>	54
2.2.1 Partes contratantes, objeto y causa	54
A) <i>Parte acreedora</i>	54
B) <i>Parte deudora</i>	56
C) <i>Objeto y causa</i>	61
D) <i>Consentimiento</i>	63
2.2.2. Cláusulas más habituales	65
A) <i>Cláusulas sobre el coste bancario</i>	66
B) <i>Cláusula sobre amortización</i>	66
C) <i>Cláusulas que imponen obligaciones al cliente</i>	66
D) <i>Cláusula de compensación, legal y convencional</i>	67
E) <i>Cláusula de resolución</i>	67
F) <i>Cláusulas de garantías</i>	68
G) <i>Cláusulas de formalización y gastos</i>	68
H) <i>Cláusula de reclamación judicial y fuero</i>	69
I) <i>Cláusula de desistimiento</i>	70
J) <i>Cláusula de cesión de la posición contractual</i>	70
2.2.3. Otros elementos definitorios	72
A) <i>Pueden ser contratos típicos o atípicos</i>	72
B) <i>Frecuentemente son contratos de adhesión</i>	73
C) <i>Son contratos de tracto sucesivo</i>	74
D) <i>Pueden contener prestaciones accesorias</i>	74
E) <i>Son contratos escritos, nunca verbales</i>	75
<b>2.3. Tipologías de contratos bancarios</b>	75
2.3.1. Operaciones bancarias neutras y el contrato de cuenta corriente	76

A) <i>La cuenta corriente y las operaciones neutras</i>	76
B) <i>Las tarjetas bancarias</i>	79
2.3.2. <i>Contratos de pasivo (o de activo)</i>	80
A) <i>El contrato de depósito</i>	80
2.3.3. <i>Contratos de activo (o de pasivo)</i>	83
A) <i>El contrato de préstamo</i>	84
B) <i>El contrato de crédito o de apertura de crédito</i>	86
C) <i>El contrato de descuento</i>	87
D) <i>Los contratos de anticipo y de cesión de créditos</i>	88
E) <i>El contrato de leasing y de renting</i>	90
2.3.4. <i>Instrumentos financieros</i>	92
A) <i>Derivados financieros</i>	92
B) <i>Valores</i>	96
<b>2.4. Servicios bancarios</b>	<b>100</b>

## CAPÍTULO II: CUESTIONES PREVIAS (II): LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS COMO CLIENTE BANCARIO Y EL DINERO Y PATRIMONIO PÚBLICO

<b>1. EL DENOMINADO “SECTOR PÚBLICO”</b>	107
<b>1.1. Definiciones legales</b>	107
<b>1.2. Sistema Europeo de Cuentas</b>	112
1.2.1. <i>El sector Administraciones Públicas</i>	113
1.2.2. <i>Las sociedades no financieras públicas</i>	119
<b>2. EL DINERO PÚBLICO</b>	124
<b>2.1. Introducción</b>	124
<b>2.2. Régimen jurídico y prerrogativas</b>	126
2.2.1. <i>Régimen estatal</i>	129
2.2.2. <i>Régimen autonómico</i>	140
2.2.3. <i>Régimen local y análisis de conjunto del privilegio de la inembargabilidad</i>	144
<b>3. EL PATRIMONIO PÚBLICO</b>	160
<b>3.1. Introducción</b>	160
<b>3.2. Tipología y régimen jurídico</b>	162
3.2.1. <i>Bienes demaniales</i>	163
3.2.2. <i>Bienes patrimoniales</i>	172
3.2.3. <i>Inventario General e inscripción registral</i>	177

## CAPÍTULO III. LOS CONTRATOS DE FINANCIACIÓN BANCARIA VERSUS LOS CONTRATOS DE SERVICIOS BANCARIOS

<b>1. TIPOLOGÍAS DE CONTRATOS Y RÉGIMEN JURÍDICO</b>	187
<b>1.1. Introducción</b>	187
<b>1.2. Los contratos de financiación bancaria</b>	188
1.2.1. <i>Contratos de financiación excluidos</i>	189
1.2.2. <i>Régimen de los contratos excluidos y principios del TRLCSP</i>	193
<b>1.3. Los contratos de servicios bancarios</b>	200
1.3.1. <i>Preferencia del procedimiento negociado</i>	203
1.3.2. <i>Régimen de publicidad en el procedimiento negociado</i>	204
1.3.3. <i>Procedimiento abierto para “contratos mixtos”</i>	206
1.3.4. <i>Reflexión sobre la regulación armonizada</i>	213
<b>2. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA</b>	214
<b>2.1. La LCE</b>	214

<b>2.2. La LCAP</b>	217
<b>2.3. El TRLCAP</b>	227
<b>2.4. La LCSP</b>	228
<b>2.5. El PLCSP</b>	235
2.5.1. Sobre la Directiva 2014/24/CE	236
A) Remisión a la Directiva 2004/39/CE	237
B) Referencia a la Facilidad Europea de Estabilización Financiera y el Mecanismo Europeo de Estabilidad	239
C) Referencia expresa a los préstamos	240
2.5.2. Sobre la nueva regulación del PLCSP	241
A) Exclusiones	241
B) Inclusiones	242
2.5.3. Nuevo procedimiento negociado	250

## **CAPÍTULO IV. PARTICULARIDADES DE LOS CONTRATOS DE FINANCIACIÓN BANCARIA CON ADMINISTRACIONES PÚBLICAS**

<b>1. EL ENDEUDAMIENTO PÚBLICO COMO PREMISA</b>	253
<b>1.1. Principio de legalidad y el carácter finalista del endeudamiento</b>	253
<b>1.2 Las obligaciones de la Hacienda Pública y el presupuesto</b>	258
<b>1.3. Régimen jurídico de las operaciones de financiación</b>	263
1.3.1. Ámbito estatal	263
1.3.2. Ámbito autonómico: régimen autorizatorio	266
A) Endeudamiento en el extranjero y emisión de deuda	268
B) Endeudamiento a largo plazo	270
C) Endeudamiento para avales, reavales y otras garantías	274
D) Endeudamiento a través de mecanismos adicionales de financiación	275
E) Aspectos comunes y procedimiento	281
1.3.3. Ámbito local: régimen autorizatorio	284
A) Endeudamiento a corto plazo y excedentes de tesorería	285
B) Endeudamiento a largo plazo y avales. Tutela financiera	289
C) Endeudamiento a través de mecanismos adicionales de financiación	295
D) Aspectos comunes y procedimiento	299
<b>2. EL PRINCIPIO DE PRUDENCIA FINANCIERA</b>	307
<b>2.1. La prudencia financiera como mecanismo de estabilidad financiera</b>	307
<b>2.2. Las Resoluciones de prudencia financiera</b>	309
2.2.1. Evolución de las Resoluciones	309
A) Resolución de 23 de febrero de 2012	309
B) Resolución de 25 de septiembre de 2012	312
C) Resolución de 4 de marzo de 2013	314
D) Resolución de 12 de febrero de 2014	316
E) Resolución de 5 de septiembre de 2014	321
F) Resolución de 5 de febrero de 2015	323
G) Resolución de 31 de julio de 2015	330
H) Resoluciones de 9 de septiembre de 2015	333
I) Resolución de 16 de septiembre de 2016	334
2.2.2. Determinación del precio final	337
2.2.3. Prudencia financiera del Estado	339
2.2.4. Prudencia financiera de los territorios forales	340
A) Comunidad Foral de Navarra	340
B) País Vasco	341
<b>2.3. Justificación, vinculación y ámbito temporal</b>	349
2.3.1. Justificación del principio de prudencia financiera	349
2.3.2. Vinculación de las partes contractuales al principio	353



2.3.3. Examen de la intervención de precios que conlleva, y de su amparo constitucional	358
<i>A) Antecedentes afines</i>	358
<i>B) Sobre el posible carácter expropiatorio</i>	359
<i>C) Sobre la intervención de precios y la libertad de empresa</i>	362
<i>D) Valoración global y crítica</i>	372
2.3.4. Inexistencia de habilitación legal inicial	376
2.3.5. Ámbito temporal de aplicación del principio	383
<b>2.4. Incumplimiento y excepciones</b>	384
2.4.1. Consecuencias de su incumplimiento	384
2.4.2. Régimen autorizatorio excepcional	389
<b>3. RÉGIMEN DE GARANTÍAS</b>	392
<b>3.1. Referencia a las garantías en Derecho privado</b>	392
<b>3.2. Garantías del deudor público</b>	394
3.2.1. Evolución del esquema de garantías personales públicas	394
<i>A) Ex Código Civil: la responsabilidad patrimonial universal del deudor versus las disponibilidades presupuestarias. Presunción de solvencia pública</i>	394
<i>B) Ex Constitución: garantía sobre el pago de la deuda pública</i>	399
3.2.2. Compromisos plurianuales	402
3.2.3. Pignoración de depósitos versus domiciliación irrevocable	408
3.2.4. Afectación de ingresos determinados	414
<i>A) En operaciones de crédito a corto plazo</i>	416
<i>B) En operaciones de crédito a largo plazo</i>	419
<i>C) Sobre la afectación de la participación en los tributos del Estado</i>	421
<i>D) Reflexión de conjunto y propuesta</i>	422
3.2.5. Cesión de créditos en garantía y <i>excursus</i> sobre la privatización de lo público	424
3.2.6. Los Fondos de Financiación como garantía	430
3.2.7. La hipoteca de bienes patrimoniales	432
<i>A) Evolución normativa en el ámbito de la Administración Local</i>	433
<i>B) Características de esta hipoteca</i>	438
<i>C) La promesa de hipoteca</i>	443
<b>3.3. Garantías de terceros</b>	447
3.3.1. El aval	448
<i>A) Ámbito estatal</i>	451
<i>B) Ámbito autonómico</i>	454
<i>C) Ámbito local</i>	454
3.3.2. La carta de patrocinio o <i>comfort letter</i>	456
<i>A) Concepto y contextualización</i>	456
<i>B) Dificultades de aplicación al ámbito de las CCAA y EELL</i>	462
<i>C) Tipificación de la figura en las CCAA y EELL</i>	466
<i>D) Carta de patrocinio fuerte versus promesa de aval</i>	470
3.3.3. Prudencia financiera para avales y cartas de patrocinio	474
<b>4. ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS</b>	477
<b>4.1. Partes contratantes</b>	477
<b>4.2. Cláusulas habituales</b>	478
4.2.1. Coste	479
4.2.2. Amortización	479
4.2.3. Obligaciones asumidas	480
4.2.4. Resolución y vencimiento anticipado	480
4.2.5. Compensación convencional	482
4.2.6. Garantías	483
4.2.7. Formalización y gastos	484

4.2.8. Reclamación judicial	485
4.2.9. No hay desistimiento	485
5.2.10. Cesión del contrato	486

## **CAPÍTULO V. CONCLUSIONES**

<b>Primera</b>	488
<b>Segunda</b>	489
<b>Tercera</b>	490
<b>Cuarta</b>	491
<b>Quinta</b>	492
<b>Sexta</b>	493
<b>Séptima</b>	493
<b>Octava</b>	498
<b>Novena</b>	499
<b>Décima</b>	502
<b>Undécima</b>	503

## **BIBLIOGRAFÍA Y OTRAS REFERENCIAS**

<b>I. Obras generales y monografías</b>	509
<b>II. Artículos de revista</b>	521
<b>III. Tesis doctorales</b>	526
<b>IV. Doctrina administrativa</b>	526
<i>A) Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado</i>	
<i>B) Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid</i>	
<i>C) Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya</i>	
<i>D) Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana</i>	
<b>V. Sentencias</b>	527
<i>A) Tribunal Constitucional</i>	
<i>B) Tribunal Supremo</i>	
<i>C) Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales</i>	
<b>VI. Enlaces de Internet</b>	529
<i>A) Introducción</i>	
<i>B) Capítulo I</i>	
<i>C) Capítulo II</i>	
<i>D) Capítulo III</i>	
<i>E) Capítulo IV</i>	
<i>F) Utilizados para consulta pero no citados en la tesis</i>	



## TABLA DE ABREVIATURAS

CC	Código Civil
CCAA	Comunidades Autónomas
CCC	Código Civil de Catalunya
CCo	Código de Comercio
CE	Constitución Española de 1978
CDGAE	Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
EELL	Entidades Locales
ICO	Instituto de Crédito Oficial
LBE	Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España
LBRL	Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local
LCAP	Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas ( <i>actualmente derogada pero con vigencia transitoria</i> )
LCCH	Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque
LCE	Decreto 293/1965, de 8 de abril, del Texto articulado de la Ley de Bases de Contratos del Estado
LCSP	Ley 30/2007, de 30 de octubre, del Contratos del Sector Público ( <i>actualmente derogada pero con vigencia transitoria</i> )
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LEF	Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954
LGO	Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno
LGP	Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria
LH	Decreto de 8 de febrero de 1946 de la Ley Hipotecaria
LHL	Ley 39/1988, de 28 de diciembre, de Haciendas Locales ( <i>actualmente derogada</i> )
LJCA	Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa
LOEPSF	Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera
LOFAGE	Ley Orgánica 6/1997, de 14 de julio, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado ( <i>actualmente derogada</i> )

LOFPP	Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, de Financiación de Partidos Políticos
LO 6/2015	Ley Orgánica 6/2015, de 12 de junio, de modificación de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de financiación de las Comunidades Autónomas y de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera
LOSSEC	Ley 10/2014, de 26 de junio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades de Crédito
LPAC	Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas
LPAP	Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas
LPH	Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español
LRJPAC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común <i>(actualmente derogada)</i>
LRJSP	Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público
LSP	Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de Servicios de Pago
LTFPP	Ley 13/2014, de 14 de julio, de transformación del Fondo para la Financiación de los Pagos a Proveedores
LSF	Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias
PLCSP	Proyecto de la Ley de Contratos del Sector Público
RBEL	Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, del Reglamento de los Bienes de las Entidades Locales
RDLFLA	Real Decreto-ley 21/2012, de 13 de julio, de medidas de liquidez de las Administraciones públicas y en el ámbito financiero
RDLFF	Real Decreto-ley 17/2014, de 26 de diciembre, de medidas de sostenibilidad financiera de las comunidades autónomas y entidades locales y otras de carácter económico

RDLMUMA	Real Decreto-ley 8/2013, de 28 de junio, de medidas urgentes contra la morosidad de las administraciones públicas y de apoyo a entidades locales con problemas financieros
REF	Decreto de 26 de abril de 1957 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa
RGR	Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación
RH	Decreto de 14 de febrero de 1947 del Reglamento Hipotecario
RHU	Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística
RLCAP	Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas
RLPAP	Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas
RLPH	Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, de desarrollo de la Ley de Patrimonio Histórico Español
SEC	Sistema Europeo de Cuentas
SEC 2010	Reglamento (UE) N° 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea
SGTPF	Secretaría General del Tesoro y Política Financiera (Ministerio de Economía, Industria y Competitividad)
SGCAL	Secretaría General de Coordinación Autonómica y Local (Ministerio de Hacienda y Función Pública)
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TRLCAP	Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ( <i>actualmente derogado pero con vigencia transitoria</i> )

TRLCSP	Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público
TRLHL	Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales
TRLMRL	Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña
TRLMV	Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo

# INTRODUCCIÓN

## I. *Excursus* histórico

En los siglos precedentes, el Estado español era un Estado con dificultades económicas importantes, caracterizado por arrastrar y perpetuar la deuda pública. El pago a los acreedores no era siempre cumplido y la preocupación de sus legisladores y políticos por hallar vías de amortización de dicha deuda una constante. Así lo apuntaba GARZÓN<sup>1</sup>: *“los apuros financieros han sido, de siempre, una de las constantes de la historia hacendística española.”*

Es muy interesante el relato de la evolución de la hacienda pública española hecha por VICENÇ VIVES<sup>2</sup>, desde el Antiguo Régimen hasta el siglo XX, para apreciar que la cuestión de las deudas públicas en todas sus formas ha estado presente en su historia de España.

A raíz de aquella situación perpetua e histórica, en cada momento se llevaron a cabo intentos diversos para resolver la situación, lo que dio lugar a cambios normativos y de índole económica. Este contexto histórico es de magna importancia, en el que la configuración territorial de España ha ido variando con el paso de los siglos, y sus territorios, como potenciales captadores de recursos e ingresos de toda índole, se han fueron reduciendo progresivamente, lo que también contribuyó a un progresivo crecimiento del endeudamiento público por falta de recursos económicos.

Como indica BUSTOS<sup>3</sup>, *“es bien conocido que la insuficiencia financiera de nuestra hacienda no es precisamente un fenómeno reciente”*, y situándose en la época

---

<sup>1</sup> GARZÓN PAREJA, Manuel. *Historia de la Hacienda de España*, volumen I, editorial Instituto de

<sup>2</sup> VICENÇ VIVES, Jaime. *Manual de historia económica de España*, editorial Vicenç Vives, 9ª reedición, Barcelona, 1987. Toda la obra es magnífica, destacándose la alusión al surgimiento del *“negocio bancario, o sea el préstamo de dinero”* con las taules de cambio en el siglo XIV, págs. 209 a 210; la falta de ingresos de la Corona de Castilla en el siglo XVI que provocó *“la progresiva intervención de los hombres de negocios en calidad de prestamistas de la Corona”*, pág. 348; el *“caos indescriptible de fines del siglo XVII (...)”* por las sucesivas bancarrotas del Estado bajo el reinado de Felipe II que provocó *“que los banqueros no le prestaban dinero y si se lo prestaban lo hacían en condiciones tan onerosas que en lugar de favorecer el saneamiento del crédito público, lo hundían de nuevo, sin esperanzas de recuperación”*, págs. 420 a 422.

<sup>3</sup> BUSTOS GISBERT, Antonio. *Lecciones de Hacienda Pública, II. La financiación del Sector Público*, editorial Colex, 3ª edición, Madrid, 2003, pág. 22.



de la guerra de los Países Bajos afirma que en las crónicas de la época se hace referencia *“a la necesidad e acudir a los hombres de negocios, es decir, a los banqueros.”*

Entre los acreedores del Estado estaban las entidades financieras (*“prestamistas”* o *“banqueros”*, según denominaciones antiguas), nacionales e internacionales (especialmente italianos, holandeses y alemanes), como proveedoras de créditos para mitigar la deuda pública, a cambio de un interés lo que, dada la nefasta situación económica, provocaba un agravamiento del endeudamiento público. Incluso, como apunta VOLTES<sup>4</sup>, la situación de insolvencia del país provocó un agravamiento de las condiciones económicas *“hasta extremos innegociables”*. El mismo autor alude a la *“decadencia económica”* de España a partir de finales del siglo XVI respecto de la que opina que fue una crisis europea *“diagnosticada por Hobsbawm y acompañada en todos los países de epidemia, motines, revoluciones, escaseces y, en suma, todos los demás predicados qu advertimos en nuestro caso nacional.”*<sup>5</sup>

Como señala MATA<sup>6</sup>, el acceso de los monarcas españoles al endeudamiento público se inició en el siglo XVIII y continuó durante los posteriores. Si bien a principios de aquel siglo *“la mayor parte de los ingresos de los que disponía el Monarca provenían de las provincias de la Corona de Castilla”* y el dinero a préstamo que habían pedido los monarcas era bastante *“sobrio”*, el uso de la deuda pública pasó a constituir el primer plano en la financiación del déficit presupuestario en los últimos años del siglo. Entre dicha deuda pública, estaban los préstamos (además de los juros, rentas vitalicias y vales reales) que empezaron con cantidades modestas pero que a final del siglo este recurso *“suponía un tercio del total de los ingresos del Estado”*.

Posteriormente, la progresión no cambió mucho en la medida que a finales del siglo XIX, aunque se había aplicado el superávit anual a la reducción del

---

<sup>4</sup> VOLTES BOU, Pedro. *Cuestiones vivas de la historia económica de España*, editorial Tecnos, 1ª edición, Madrid, 1985, págs. 59 a 60; en donde se constata que *“para los banqueros extranjeros fue cada vez menos atractivo tratar con la Corona española, por lo cual agravaron sus condiciones hasta extremos innegociables.”*

<sup>5</sup> VOLTES BOU, Pedro. *Historia de la Economía Española hasta 1800*, editorial Editora Nacional, 1ª edición, Barcelona, 1972, págs. 259.

<sup>6</sup> MATA SIERRA, María Teresa. *La financiación del Estado español en el siglo XVIII*, Revista Crónica Tributaria, número 119, editorial Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2006, págs. 111 a 122.

endeudamiento, éste en 1900 alcanzaba un importe tres veces superior a los ingresos del Estado y en 1913 todavía suponía una proporción de casi siete veces los recursos públicos del ejercicio, de modo que *“la magnitud del endeudamiento del Estado a lo largo del siglo XIX aparece como una de las causas mayores de la debilidad del crecimiento y del retraso en la modernización de España.”*<sup>7</sup>

En la actualidad, la situación de endeudamiento es una constante que, tal y como explica CAZORLA<sup>8</sup>, las mayores necesidades de financiación provocan *“consecuencias jurídicas trascendentales”* toda vez que *“la necesidad de financiación de las ingentes cantidades de deuda pública que el Estado se ve obligado a emitir para atender su enorme déficit reduce el ámbito de discrecionalidad propio de la institución parlamentaria y de los gobiernos correspondientes.”* Tales limitaciones se observarán en el estudio de las próximas páginas y en el esquema actual de financiación, especialmente, referido a CCAA y EELL en relación a su dependencia de fondos de financiación creados por el Estado.

De hecho, el necesario endeudamiento de las Administraciones a través de entidades financieras ha venido propiciado por los cambios normativos en materia financiera habidos en el Derecho Comunitario, que han establecido un nuevo contexto en el que los bancos centrales ya no tienen el monopolio de la emisión de moneda ni, por ende, pueden ya suscribir los títulos de deuda pública necesarios para compensar su déficit. Este escenario, en palabras de GARCÍA-ANDRADE<sup>9</sup>, supone que *“los Estados integrados en la Unión Monetaria ya no tienen asegurada la financiación de sus déficits ni la renovación de aquella deuda pública que no amortizan, sino que deben buscar la confianza de los acreedores privados”*. Esta situación el mismo autor la relaciona históricamente con que *“la transformación jurídica y económica operada*

---

<sup>7</sup> COMÍN, Francisco, HERNÁNDEZ, Mauro y LLOPIS, Enrique. *Historia Económica de España. Siglos XIX-XX*, editorial Crítica, 2ª edición, Barcelona, 2003, pág. 259.

<sup>8</sup> CAZORLA PRIETO, Luis María. *El Gobierno de la globalización financiera: una aproximación jurídica. Discurso leído el día 15 de noviembre de 2010 en el acto de su recepción como Académico de Número por el Excmo. Sr. D. Luis María Cazorla Prieto, y contestación del Excmo. Sr. D. Aurelio Menéndez Menéndez*, editorial Real Academia de la Jurisprudencia y Legislación, 2010, pág. 136.

<sup>9</sup> GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, Jorge. *La reforma del artículo 135 de la Constitución Española*. Revista de Administración Pública, número 187, enero-abril, editorial Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Madrid, 2012, págs. 34 a 35.

*por la creación del euro ha devuelto a los Estados a una relación con sus financiadores (entidades de crédito, aseguradoras, fondos de inversión, de pensiones, etc) que recuerda a los desvelos de Carlos V y sus banqueros.”*

A parte, volviendo a la perspectiva histórica, la cuestión de los actuales servicios bancarios consistían antiguamente en la labor recaudatoria de los ingresos de la denominada entonces “*Real Hacienda*”. La labor de recaudación, que podía ser desempeñada a través de personas específicamente designadas no era una actividad sofisticada ni sujeta a un exigente control, motivo por el que no siempre eran efectivamente recaudados los importes. Al respecto se pronuncia GARZÓN<sup>10</sup> al aludir a los “*sistemas de cobranza*” que a través del denominado “*encabezamiento*” los contribuyentes o sus legales representantes se obligaban mancomunadamente a pagar una cantidad global que luego ellos se distribuían entre sí y se encargaban de cobrar.

## **II. Objeto y finalidad de la tesis**

Los contratos bancarios firmados por Administraciones Públicas con entidades financieras constituyen una realidad viva e indiscutible. Bajo esta premisa, se parte de que la financiación de las Administraciones Públicas y, por extensión, del sector público constituye una necesidad ineludible como ya apuntaba HAURIU<sup>11</sup> “*les finances publiques sont l’élément le plus important de la chose publique*”.

En primer lugar y sin que ello constituya un orden de preferencia, para sostener la propia estructura administrativa en la que actúan y, en segundo lugar, dar cumplimiento a las diversas políticas públicas adoptadas<sup>12</sup> en cumplimiento de lo que HAVEMAN<sup>13</sup> ha denominado el “*principio del máximo beneficio social*” y, en cualquier

---

<sup>10</sup> GARZÓN PAREJA, Manuel. *Historia de la Hacienda de España*, volumen I, editorial Instituto de Estudios Fiscales, 1ª edición, Madrid, 1984, pág. 49.

<sup>11</sup> HAURIU, Maurice. *Précis de Droit Administratif et de Droit Public Général*, editorial Larose, 3ª edición, París, 1903, pág. 714.

<sup>12</sup> PUJOL ÁLVAREZ, Rubén. *El poder de los mercados financieros*, editorial RBA, Colección *Los retos de la economía*, 1ª edición, Barcelona, 2016, págs. 88 a 89; afirma que los mercados financieros “*resultan determinantes en la toma de decisiones políticas de los Estados, que deben acudir al mercado de deuda soberana para financiarse.*”

<sup>13</sup> HAVEMAN, Robert. *El sector público*, traducción de Alicia Calabuig, editorial Amorrortu editores, 1ª edición, Buenos Aires, 1970, pág. 67; en donde lo define como “*El sector público, al emprender cualquier actividad, debe elegir la alternativa en que los beneficios sociales excedan de los costos*”

caso, de lo previsto en el novedoso artículo 31.2 de la CE a cuyo tenor “*el gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos.*”<sup>14</sup> Por ello, los ciudadanos y empresas privadas, conjunto al que jurídicamente se ha venido refiriendo como “*sujetos administrados*”, esperan y confían en que las Administraciones Públicas se podrán financiar a través de sus propios medios y recursos económicos a los que ellos mismos habrán contribuido a través de las políticas tributarias; todo ello para la debida satisfacción y garantía de los intereses y necesidades públicas.

Sobre esta base, las Administraciones Públicas en tanto que aparato instrumental del poder ejecutivo o gobierno, precisan llevar a cabo esta actividad financiera para que la misma sea útil para la satisfacción de las necesidades de la colectividad, lo que ya fue manifestado por MONTESQUIEU<sup>15</sup> al advertir que “*las rentas del Estado son la parte de sus bienes que da cada ciudadano para tener seguro el resto ó gozar de él agradablemente*”, a pesar de que COSCIANI ha entendido que también pueden contribuir a la utilidad de la clase dirigente<sup>16</sup>.

De entrada, las necesidades financieras públicas deberán ser atendidas con cargo a los presupuestos públicos, cuya finalidad es precisamente la de satisfacer a todos los gastos derivados del funcionamiento normal y anormal de las Administraciones Públicas, constituyendo una verdadera fuente de financiación pública directa, o autofinanciación. A pesar de que ello sea así, el legislador ha permitido a las Administraciones Públicas obtener financiación del sector financiero privado, para los casos en que las previsiones presupuestarias no fueran suficientes, o bien para atender

---

*en el monto máximo, y abstenerse de cualquier actividad cuyos costos no sean superados por los beneficios”.*

<sup>14</sup> MENÉNDEZ MORENO, Alejandro (Dir.). *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*. Colección *Lecciones de cátedra*, editorial Lex Nova Thomson Reuters, 13ª edición, Valladolid, 2012, págs. 87 a 88; explica la introducción de este principio de asignación equitativa de recursos públicos en la CE como la primera Constitución española que lo incluye, “*incluso la primera constitución de los Estados europeos que lo hace*”, justificándolo porque tradicionalmente “*la Hacienda liberal no se preocupaba de los gastos públicos, que debían ser los menos posibles, sino de los ingresos públicos.*”

<sup>15</sup> MONTESQUIEU. *El Espíritu de las Leyes*, traducción de Siro García del Mazo, Tomo I, Biblioteca de Derecho y de Ciencias Sociales, editorial Librería General de Victoriano Suárez, 1ª edición, Madrid, 1906, pág. 308.

<sup>16</sup> COSCIANI, Cesare. *Principios de la Ciencia de la Hacienda*, traducción de Fernando Vicente-Arche Domingo y Jaime García Añoveros, editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1967, págs. 94 a 105.

situaciones de déficit transitorio motivadas por la falta de coincidencia entre los calendarios públicos de ingresos y los de pagos<sup>17</sup>.

De hecho, la financiación del Estado español con dinero procedente del sector privado ha sido habitual en los siglos anteriores, como señala ULLOA<sup>18</sup>, siendo en la actualidad pacíficamente aceptada en opinión de BAYONA DE PEROGORDO<sup>19</sup>.

En cambio, la financiación bancaria es la ofrecida en el mercado por parte de entidades financieras legalmente habilitadas y a favor del público en general. Entre las diversas tipologías de entidades crediticias privadas reguladas y admitidas por nuestro ordenamiento jurídico, cabe aquí referirse a las entidades financieras. En la actualidad, fruto de las diversas fusiones y transformaciones del sector bancario experimentado durante los últimos años, en nuestro país tales entidades las conforman mayoritariamente los bancos. Así, al igual que los sujetos administrados antes referidos, también las Administraciones Públicas pueden obtener financiación procedente de entidades financieras mediante la contratación de créditos y préstamo, en todas sus modalidades. Esta sería la financiación privada o externa en contraposición a la financiación pública directa antes aludida.

El estudio de las características y peculiaridades de esta contratación entre entidades financieras y Administraciones Públicas, así como una reflexión de conjunto y mejora sobre la misma, constituye el objeto de estudio de la presente tesis, en el marco del Derecho Español. En particular, el ámbito subjetivo analizado alcanza a

---

<sup>17</sup> MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO en *“Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General”*, Volumen I, editorial Iustel, 2ª edición, Madrid, 2005, pág. 1312; alude por ejemplo a las necesidad de contar con ingresos de origen no presupuestario en la financiación de obras públicas: *“Aunque el desarrollo de las obras públicas ha estado siempre vinculado a la financiación presupuestaria (...), es claro que su realización no ha podido depender nunca totalmente de la misma.”*

<sup>18</sup> ULLOA, MODESTO. *La Hacienda Real de Castilla en el Reinado de Felipe II*, editorial Fundación Universitaria Española Seminario Cisneros, 2ª edición, Madrid, 1977, págs. 162 a 163; en donde debido al aumento de la deuda heredada de su predecesor Carlos I *“así se estrenaba Don Felipe Rey como solicitador de crédito”* a los prestamistas o banqueros de la época, a los gremios de mercaderes y al clero.

<sup>19</sup> BAYONA DE PEROGORDO, JUAN JOSÉ y SOLER ROCH, MARÍA TERESA. *Temas de Derecho Presupuestario*, editorial Librería Compás, 1ª edición, Alicante, 1990, pág. 40; explica la creación de una *“relación jurídica individualizada entre el Estado (prestatario) y otro sujeto de Derecho (prestamista), establecida con arreglo a los distintos tipos de contrato de préstamo reconocidos en el ordenamiento y, de modo especial, a los contratos bancarios.”*

todas las Administraciones Públicas españolas: la Administración General del Estado, las Administraciones Autonómicas y las Administraciones Locales, incluyéndose a todos los entes, entidades y organismos igualmente públicos que formen parte de aquellas según los criterios del Sistema Europeo de Cuentas; grupo al que en lo sucesivo se identificará en su conjunto como “*Administraciones Públicas*” o “*Administraciones*”.

Cabe observar que, mientras que la regulación aplicable a los tres grupos de Administraciones citados es distinta en cada caso por motivos de reparto competencial aunque *grosso modo* hablando son diferencias más de índole formal que material, el ámbito objetivo referido a los contratos bancarios de financiación es idéntico en los tres casos. Por ello, la entidad financiera deberá ofrecer a todas las Administraciones los mismos contratos basados en Derecho Mercantil y Bancario, aunque adaptados a la respectiva normativa de Derecho Administrativo que resulte de aplicación en cada caso. A su vez, el régimen jurídico aplicable al conjunto de entes, entidades y organismos públicos es el mismo que aplica a la Administración matriz, motivo por el que los mismos no se podían excluir ya que su número es elevado en la práctica y, por ende, son también parte habitual en los contratos de financiación bancaria referidos.

En virtud de este análisis se perseguirá sostener que, aunque la Administración se sitúe *in locum* del administrado, no va a tener un tratamiento jurídico idéntico a éste, sino un tratamiento especial y diferenciado en atención a la aplicación de su propio ordenamiento jurídico: el Derecho Administrativo. Es ilustrativo como en diversas ocasiones el legislador se ha ocupado de establecer de antemano regímenes distintos para el sujeto público, lo que constituyen las particularidades estudiadas en la presente tesis.

De hecho y en los últimos años, el legislador ha ahondado en este régimen de especialidades, llegando incluso a intervenir en la fijación del precio de los contratos bancarios de algunas Administraciones, lo que ha supuesto una injerencia clara del Derecho Administrativo sobre el Derecho Mercantil y Bancario. Se ha llegado a un escenario de verdadera confusión de ordenamientos jurídicos en el que se ha producido lógicamente la cesión de uno en beneficio del otro o, dicho en otros términos, en beneficio del interés público tutelado por el legislador. Dicha injerencia, entendida como conquista del Derecho Público sobre materias tradicionalmente regidas por el

Derecho Privado ya manifestada por MARTÍN-RETORTILLO<sup>20</sup>, será uno de los puntos de estudio junto con la interconexión entre uno y otro, así como de su posterior difuminación o desaparición en alusión a CAZORLA<sup>21</sup>.

Lógicamente, la cuestión del precio de los contratos es un tema clave en la medida que se está analizando un contexto claramente económico y comercial en todo momento. Al final, es un hecho determinante que el coste de esta financiación va a ser uno de los puntos sobre los que el ordenamiento jurídico público vaya a poner especial atención. En alusión a ALBI<sup>22</sup>, “*la intervención pública no es gratuita.*”, en el sentido de que al final los ingresos procedentes de la financiación bancaria se destinarán a gastos públicos y/o a la prestación de servicios de utilidad pública.

Y, con carácter diferenciado a los contratos de financiación bancaria, las Administraciones Públicas pueden firmar otro tipo de contratos con entidades financieras: los contratos de servicios bancarios. Estos tienen por objeto la gestión de los cobros y pagos de una Administración determinada y son objeto de licitación pública. Los mismos se sujetan en gran medida al Derecho público y presentan un régimen jurídico diferente a los de contratación bancaria. Aunque los mismos no van a ser objeto de análisis detallado en la presente tesis, pues ello merecería un estudio independiente, sí que se formularán referencias y explicaciones puntuales a los mismos a efectos de comparación y contraposición en el marco de la investigación realizada.

En este contexto, pues, se estudiarán y refundirán cuestiones específicas de este tipo de contrataciones, a fin de aglutinar tales materias y reflexiones en un único documento. Y es que, salvo error u omisión, no ha habido producción doctrinal monográfica sobre las dos tipologías contractuales referidas, y menos sobre los detalles

---

<sup>20</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián. *El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones*, Monografías Civitas, editorial Civitas, 1ª edición, Madrid, 1996, pág. 65; en donde afirma que “*si la primera y más urgente tarea que a la ciencia del derecho se le presenta es una adecuación dinámica a la realidad social a la que en definitiva sirve (...). En tal tarea, y en afirmar la unidad misma del ordenamiento jurídico, juega un papel de primer orden el hecho de resaltar la confluencia de los dos sistemas, el público y el privado.*”

<sup>21</sup> CAZORLA PRIETO, Luis María. *El Derecho Financiero y Tributario en la Ciencia Jurídica*, editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002, pág. 189.

<sup>22</sup> ALBI IBÁÑEZ, Emilio. *Público y privado. Un acuerdo necesario*, editorial Ariel, 1ª edición, Barcelona, 2000, pág. 167, que luego y, como economista, añade “*es necesario extraer recursos del sector privado de la economía para que el sector público funcione*”.

de cada una de ellas en relación con el ordenamiento jurídico post-constitucional y vigente, habiéndose encontrado solamente dos obras que de algún modo abordan la cuestión pero respecto de escenarios temporales y jurídicos ya pasados. A saber, únicamente se han encontrado dos monografías que aluden a la cuestión: (i) por un lado, una obra conjunta encabezada por UDINA MARTORELL<sup>23</sup>, en relación con las haciendas locales, sus relaciones con la hacienda del Estado, sus operaciones de endeudamiento (incluyendo operaciones a largo y medio plazo, de prefinanciación, de tesorería, avales, descuentos y emisión de empréstitos) y el régimen de precios y garantías de cada una de ellas, todo ello desde la perspectiva del Banco de Crédito Local<sup>24</sup>; y (ii) por otro lado, la monografía de PLEITE<sup>25</sup> que aborda la cuestión en el año 1999, en relación tanto a CCAA como a EELL, en donde analiza la normativa de contratación pública y los detalles de las operaciones de préstamo y crédito con ambas Administraciones Públicas.

Sendas obras, a pesar de su relevancia y utilidad en el momento que fueron publicadas, han perdido vigencia en la actualidad por el irremediable paso del tiempo y, con ello, la sucesión de nuevas normativas. Así, la primera obra es de interés histórico pero no actual, en la medida que su objeto de análisis, el Banco de Crédito Local y sus operaciones, ya no existe desde el año 1991 por su fusión con una entidad financiera española<sup>26</sup>. Y la segunda obra pivota los contratos de financiación desde la óptica de una previa licitación pública, lo que en la actualidad ha quedado superado,

---

<sup>23</sup> UDINA MARTORELL, Santiago. *El crédito y la banca en el sector público local*, Instituto de Estudios Fiscales, editorial Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, 1ª edición, Madrid, 1972, págs. 14 y 15 sobre alcance de la obra.

<sup>24</sup> Sobre el origen y características del Banco de Crédito Local *vid.* ARROYO MARTÍN, José Víctor. *Los orígenes del Banco de Crédito Local o la necesidad de una herramienta financiera dinamizadora*. Publicación on-line web Universidad de Santiago de Compostela, accesible on line. (consulta del día 15/06/17): [http://www.usc.es/estaticos/congresos/histec05/b7\\_arroyo\\_martin.pdf](http://www.usc.es/estaticos/congresos/histec05/b7_arroyo_martin.pdf)

<sup>25</sup> PLEITE GUADAMILLAS, Francisco. *Los contratos de préstamo y crédito de las Administraciones Públicas. Especial referencia a Corporaciones Locales y Comunidades Autónomas*, Colección *Monografías Jurídicas*, editorial Marcial Pons, 1ª edición, Madrid, 1999.

<sup>26</sup> Fuente (Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, Gobierno de España) (consulta del día 15-06-17): <http://censoarchivos.mcu.es/CensoGuia/productordetail.htm?id=46653>



aunque realiza un estudio interesante sobre algunas garantías públicas sobre la financiación, al que se aludirá posteriormente<sup>27</sup>.

Es por ello que se ha considerado que el ámbito subjetivo de los contratos mencionados es lo suficientemente amplio como para realizar un estudio *ad hoc* para esta realidad práctica siguiendo, por ello, una “*orientación realista*” en alusión a GARRIGUES<sup>28</sup>. Ello sin olvidar la otra parte contratante, que es la entidad financiera, la que constituye otro sector de la economía del país que debe adaptarse a todas aquellas particularidades y ofrecer especialización de conocimientos y políticas internas frente al cliente público como cliente especial y diferenciado a los clientes bancarios privados, esto es, a las personas físicas y a las empresas de toda índole.

En todo caso, la presente tesis aborda el estado actual de la cuestión, a la vez que se ha nutrido de experiencias prácticas en sendos ámbitos de contratación obtenidas a través del ejercicio privado de la abogacía en el ámbito del Derecho Público, particularmente, Derecho Administrativo y Derecho Financiero, además del Derecho Mercantil y Bancario. Es una realidad sin la que no habría sido posible detectar los ámbitos problemáticos o que necesitan mayor atención del legislador, ni estar por tanto, a “*la altura de los tiempos*” en alusión a la ilustrativa expresión de ORTEGA Y GASSET<sup>29</sup>.

Por todo ello, la tesis se plantea sobre la base de una triple motivación: (i) la investigación, para profundizar en el estudio jurídico y mejora de aspectos de la tipología contractual analizada, (ii) la refundición, de regímenes y realidades de estos contratos en un documento único, y (iii) la aportación de una experiencia profesional

---

<sup>27</sup> Las obras clásicas sobre contratación bancaria no aluden a la posibilidad de contratación bancaria con Administraciones Públicas, o hacen una tímida referencia *vid.* GARRIGUES, Joaquín. *Contratos Bancarios*, editado por Silverio Aguirre Torre, 1ª edición, Madrid, 1958, pág. 39; clasifica a estos contratos, entre otros, “*según la naturaleza del deudor, el crédito puede ser público o privado.*”

<sup>28</sup> GARRIGUES, Joaquín. *Contratos Bancarios*, editado por Silverio Aguirre Torre, 1ª edición, Madrid, 1958, pág. x.

<sup>29</sup> ORTEGA Y GASSET, José. *La rebelión de las masas*, colección *Los esenciales de la Filosofía*, editorial Tecnos, 1ª edición, Madrid, 2003, pág. 145 a 157; en donde esta expresión se desarrolla así: “*La velocidad del tiempo con que hoy marchan las cosas, el ímpetu y energía con que se hace todo, angustian al hombre de temple arcaico, y esta angustia mide el desnivel entre la altura de su pulso y la altura de la época. Por otra parte, el que vive con plenitud y a gusto de las formas del presente, tiene conciencia de la relación entre la altura de nuestro tiempo y la altura de las diversas edades pretéritas.*”

en el ámbito estudiado que ha permitido a fin de determinar los aspectos que alcancen culminar los mencionados intereses investigador y recopilador.

También, más allá del análisis técnico y teórico que se aborda, subyace la voluntad de incluir reflexiones de índole más hermenéutica, a través de apuntes de índole histórica y filosófica sobre la evolución del Derecho como disciplina, de la Economía del sector público y, primordialmente, en el marco de los Derechos Mercantil y Bancario, y Administrativo y Financiero analizados. Ello bajo la premisa de ser el Derecho una institución en evolución y movimiento constante junto con los tiempos que le acompañan, los sujetos que lo aplican y la realidad de las cosas, especialmente en el ámbito de la Economía. STAMMLER<sup>30</sup> afirmaba que cuando “*en la Economía social de una agrupación humana se manifiesten transformaciones importantes, estas impondrán una transformación análoga del orden jurídico existente.*” También PASCUA<sup>31</sup> ha aludido al necesario conocimiento global del Derecho y otras disciplinas que precisa el “*buen jurista*”, habiéndose también considerado las perspectiva del jurista práctico a lo largo de la tesis.

Sin embargo, esta tesis no va a profundizar sobre el régimen de los contratos mercantiles bancarios, toda vez que los mismos han sido objeto de un amplio estudio doctrinal y jurisprudencial. En cambio, sí que ha sido necesario hacer una referencia caracterizadora a todos los que pueden contratar las Administraciones Públicas partiéndose de su *status quo* y realidad actual. Asimismo, tampoco van a ser objeto de estudio cuestiones procesales relativas al tratamiento jurídico de la morosidad de las Administraciones Públicas, en tanto que clientes bancarios públicos, pues aun siendo materias conexas especialmente con la tesis también han sido ya objeto de análisis por la doctrina de manera amplia. Por ello, trasladar sendas temáticas a la tesis supondría

---

<sup>30</sup> Dentro de la teoría del materialismo social, *vid.* STAMMLER, Rudolf. *Economía y Derecho según la concepción materialista de la historia. Una investigación filosófico social*, Colección Biblioteca Jurídica de autores españoles y extranjeros, volumen CXXXII, traducción del alemán por Wenceslao Roces Suárez, editorial Reus, 1ª edición, Madrid, 1929, pág. 23.

<sup>31</sup> PASCUA MATEO, Fabio. *El rapto del Derecho privado. Las relaciones entre el Derecho público y el Derecho privado en el Estado regulador*, Monografías Civitas, editorial Civitas Thomson Reuters, 1ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2015, pág. 121; en donde afirma que “*la especialización necesaria no ha de implicar ceguera para el resto de las ramas del propio ordenamiento. Si, con toda seguridad, el buen jurista no ha de ser impermeable a los saberes propios de la historia, la teoría política, la economía o la sociología, con mayor razón ha de mantenerse abierto a la evolución del conjunto del sistema normativo.*”

abundar en cuestiones ya estudiadas y extralimitar innecesariamente su extensión, sin perjuicio de que seguramente cada uno de estos campos podría merecer investigaciones independientes de elevado interés.

Y, el fin último de la tesis será el de poder realizar una aportación al ámbito del Derecho, en una materia muy determinada pero a través de un necesario enfoque multidisciplinar. Al menos, se habrá intentado estudiar y aglutinar un conjunto de disciplinas y preocupaciones que en el momento de iniciar esta tesis no había ocupado el interés investigador desde una perspectiva público-privada, omnicomprensiva y actual. Esperándose, por tanto, haber sido de utilidad para todos aquellos que puedan tener interés en estas temáticas y que, en el mejor de los casos, pueda contribuir a una inspiración de mejora del ordenamiento jurídico español y a la sistematización académica de un ámbito de estudio muy concreto pero eminentemente práctico y trascendente para la economía del sector público. También, aunque no sea propiamente su objeto estricto pero por su utilidad e iluminación jurídica, esta tesis es también indirectamente un recuerdo a las doctrinas de juristas magníficos, del presente y del pasado, que tiene y ha tenido nuestro Derecho.

### **III. Estructura**

Sobre la base de lo anterior, los Capítulos I y II son introductorios respecto de los demás que siguen a continuación. En el Capítulo I se hace un repaso al concepto y peculiaridades del Derecho Bancario y la actividad bancaria, para incluir una definición de diversos contratos bancarios que más habitualmente formalizan las Administraciones Públicas, cuyo régimen jurídico va a ser luego objeto de estudio detallado. Sin embargo como ya se ha apuntado, no es objeto de la presente tesis profundizar sobre estas categorías contractuales, pues en estas materias sí que existe abundante bibliografía al respecto. Por lo que su inclusión en el Capítulo I lo ha sido a efectos de poder contextualizar el discurso posterior.

Igualmente, el Capítulo II se ocupa de centrar el ámbito subjetivo público de la presente tesis, acotando las tipologías y régimen jurídico de los sujetos públicos estudiados, momento en el que también se realiza un *excursus* sobre la cuestión del dinero público y su régimen jurídico, cuestión controvertida y de máxima importancia desde cualquier perspectiva pues, por un lado, es la propia capacidad de pago de la

Administración de los contratos que ha convenido y, por otro lado demuestra la pervivencia de privilegios por encima de los administrados. Asimismo, también se formula referencia al régimen de los bienes patrimoniales de la Administración por poder resultar de interés, ocasionalmente, en el marco de los contratos de financiación bancaria que concierten.

El Capítulo III tiene una doble función, introductoria y clasificatoria, de lo que constituye propiamente el objeto de la presente tesis, en la medida que establece una clara distinción normativa entre el tratamiento que los contratos de financiación bancaria con Administraciones Públicas han tenido en la normativa española sobre contratación pública. a su vez, también se hace mención a la evolución que en la misma normativa han tenido los contratos de servicios bancarios. Todo ello a fin de determinar la voluntad del legislador, también del comunitario, y contraponer regímenes jurídicos.

El Capítulo IV constituye propiamente el objeto de la tesis, y se ocupa del análisis pormenorizado de las particularidades contratos de financiación bancaria que pueden celebrar las Administraciones Públicas, abordándose todos los detalles autorizatorios, régimen de precios y régimen de garantías. Finalmente, se realiza un estudio de conjunto analizando las cláusulas habituales de estos contratos, parte en la que se pone también de manifiesto las diferencias documentales de los contratos de financiación para Administraciones Públicas de los contratos de financiación para particulares y empresas. Éste es el Capítulo de mayor extensión, en el que se abordan todas las cuestiones relacionadas de una manera profunda y, en ocasiones, también crítica y reflexiva a fin de hallar propuestas de mejora para el ordenamiento jurídico.

Una vez realizado el estudio indicado, en el Capítulo V se exponen las conclusiones de la presente tesis, que han sido ordenadas de la manera más clara y resumida posible, para distinguir entre lo que son conclusiones relativas al régimen jurídico analizado, sobre aspectos críticos y de mejora futura en ocasiones, y sobre la interrelación de dos disciplinas jurídicas de diferente evolución y funcionamiento como son el Derecho Mercantil y Bancario, y el Derecho Administrativo, en definitiva, el Derecho privado y el Derecho público.

#### **IV. Metodología**

El presente trabajo de tesis doctoral ha sido realizado desde la doble óptica, teórica y práctica, respecto de las materias analizadas. En este sentido, se ha partido del marco jurídico aplicable a la dualidad de contratos estudiados, examinando esta regulación así como sus precedentes, juntamente con las interpretaciones doctrinales habidas por parte de tribunales y órganos administrativos de contratación. Asimismo, dentro de la normativa aplicable se han considerado lógicamente las disposiciones de Derecho Comunitario que tengan aplican directa o indirecta en los contratos estudiados. También, en alguna ocasión se ha aludido a normativas ya no en vigor o bien a versiones anteriores de algunas normativas vigentes en la actualidad, por contener aspectos de relevancia.

A su vez, el análisis jurisprudencial ha sido interesante en algunos temas concretos, para obtener perspectiva práctica sobre la aplicación de una determinada regulación. También, los recursos electrónicos han sido en ocasiones fuente de información necesaria y actual sobre algunos detalles estudiados.

La lectura de monografías especializadas ha sido fundamental, en su inmensa mayoría de producción patria, aunque se analizado también doctrina de Derecho Comparado en cuestiones muy puntuales. La extensión del presente trabajo no ha permitido abordar, además, el Derecho de otros países a pesar de su indudable interés académico.

Dichas monografías han sido de su íntegra totalidad de carácter jurídico, aunque también se han analizado diversas de contenido económico, histórico y filosófico. A este fin se han utilizado los recursos bibliográficos de: Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, Bibliotecas de la Facultad de Economía y Empresa de la Universidad de Barcelona, Biblioteca del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, Biblioteca Central de Administraciones Públicas, Biblioteca del Instituto Nacional de Administración Pública, Biblioteca del Banco de España, Biblioteca del Consell de Garanties Estatutàries, y Biblioteca del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona.

El estudio de la doctrina de cada materia ha contribuido a lograr un ámbito de conocimiento amplio, habiéndose procurado no olvidar ningún pronunciamiento ni estudio relevante, aunque tal vez ello no se haya conseguido por la amplitud de los

estudios y del ámbito de estudio de la propia tesis. Asimismo puede haber sucedido en alguna ocasión que se hayan realizado citas coincidentes con citas realizadas por autores en sus libros, lo que ha sido una casualidad pero que, a nuestro entender, abunda en la coincidencia de análisis de una misma cuestión.

A su vez, también se han consultado los trabajos parlamentarios de diversas normativas analizadas, para obtener la visión que respecto a determinados preceptos legales se tenía en el seno del debate parlamentario, siendo cuestiones de indudable interés para la interpretación de los artículos.

El análisis jurídico realizado se ha apoyado en la experiencia práctica en el ámbito del Derecho de la doctoranda, especialmente del Derecho Administrativo y del Derecho Mercantil y Bancario, así como de la evolución política, jurídica y económica de los extremos analizados. En este sentido se incluyen referencias de casos reales para dar esta visión realista y práctica del objeto analizado, así como para realizar una explicación contextualizada.

La conexión de regulaciones y de ideas doctrinales ha sido una constante en la elaboración de esta tesis, en la medida que en la realidad se produce esta conexión de manera real y práctica, por lo que se ha pretendido reflejar en esta tesis la realidad. Sin perjuicio de ello, se ha intentado individualizar los puntos de esta realidad que pueden presentar aspectos de mejora para nuestro Derecho o que presenten aspectos conflictivos y por consiguiente inseguridad jurídico; todo ello al hilo de proponer una mejora del ordenamiento jurídico en las Conclusiones.

Y lógicamente el contraste de las reflexiones y enfoques con el Tutor y los dos Directores de la tesis se ha realizado a lo largo del estudio de la misma, siendo en cualquier caso determinante para el buen fin del presente trabajo y de su amplio alcance.

## **V. Agradecimientos**

Para concluir el apartado introductorio de la tesis, necesito escribir las siguientes líneas de inmenso agradecimiento a todos aquellos que con su contribución han hecho posible que esta tesis doctoral haya sido ideada, desarrollada y, finalmente, presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona.

Ha sido un largo camino, de casi cinco años de tesis y diez de doctorado, en el que han sido diversas y numerosas las personas que me han ayudado a avanzar en el mismo. Compañeros de trabajo y de la Universidad, familiares y amigos y, por supuesto mi Tutor y mis Directores.

Yendo por partes, esta tesis ha sido desarrollada con dedicación a tiempo parcial y compaginándola con el ejercicio profesional de la abogacía. En un principio mi tesis se inició en otro ámbito del Derecho Administrativo. Circunstancias sobrevenidas de la vida me suscitaron un cambio de tema que vino acompañado de un cambio profesional también. A partir de este momento, acompañé mi investigación académica y mi desarrollo profesional en una materia parcialmente desconocida para mí: el sector bancario y, por tanto, en el asesoramiento jurídico en el ámbito bancario y, en particular, en aquellos negocios en los que interviniera una Administración Pública, o un ente, organismo, entidad o sociedad pública. Si bien con anterioridad mi dedicación profesional había sido siempre en el ámbito del Derecho Administrativo, a partir de aquel momento pasó a serlo en los dos ámbitos.

En este escenario destaco a todos mis compañeros de trabajo y superiores que me han ayudado, motivado y facilitado el camino para llegar a este momento; a los que estoy enormemente agradecida y espero les guste mi tesis. Mis compañeros de Universidad también me han acompañado en este camino y hemos compartido experiencias y dificultades durante los años de doctorado, a ellos quiero también felicitarles por sus respectivos logros y agradecer su apoyo y compañerismo de este tiempo. También quiero agradecer a todos los abogados, funcionarios, profesores que me han ayudado durante estos años y que han atendido mis preguntas y visitas sobre temas de la tesis. Y, por supuesto, agradecer a todas las personas de la Secretaría de la Facultad, así como de las diversas bibliotecas que he visitado y que siempre me han tratado con enorme atención y prestándome plena colaboración.

Mención especial merecen aquí mi Tutor y mis Directores. He tenido la suerte de tener a dos magníficos catedráticos, además de abogados en ejercicio, guiándome en la elaboración de esta tesis, lo que ha sido para mi un privilegio y me ha generado un sentimiento de gran respeto y admiración hacia ellos, y de responsabilidad hacia la tesis que quería elaborar. El Dr. José Machado, como Tutor y Director, ha aportado todos los consejos y ayuda en lo relativo a la parte de Derecho privado de la tesis, además de la motivación y plena disponibilidad, a pesar de la intensa dedicación profesional, además de académica, que su profesión le exige. Por ello, admiro y agradezco toda su gran ayuda. Y, el Dr. José Manuel Sala, como Director, ha aportado toda su experiencia y conocimientos en la parte de Derecho público de la tesis, así como igualmente la motivación y la plena disponibilidad, lo que también le agradezco enormemente en conocimiento también de su intensa vida profesional y académica. Insisto en que para mi ha sido un privilegio haberlos tenido a ellos dos como preparadores de mi tesis, pues en honor a ellos debo decir con enorme ilusión que sin su ayuda no habría sido posible hacer ni terminar esta tesis. Por lo que, gracias de corazón.

Mis queridos amigos, que han estado estos años animándome y asumiendo que no siempre podía estar con ellos, por su comprensión y paciencia infinita. También por su interés hacia mi tesis y preocupación por el buen fin de la misma y por mi persona, sobretodo a Francesc y Alberto. Como sabéis, os estoy profundamente agradecida porque me habéis ayudado cuando más lo necesitaba, a alcanzar lo que parecía un sueño. Y quiero también dar un agradecimiento especial a Laia, a Loreto y a Luis por estos últimos meses, por su apoyo incondicional. Os merecéis todo mi cariño.

Y, por supuesto a mi querida familia, padres, hermanos, tíos, primos, cuñada, sobrinas y sobrinos; que han estado siempre allí, por su paciencia y amor, a los que gracias a ellos pude iniciar mis estudios de Derecho hace casi veinte años, a los que siempre han confiado en mí, me han apoyado en todo y han querido lo mejor para mí. Esta tesis está dedicada a ellos.





# CAPÍTULO 1

## ***CUESTIONES PREVIAS (I): EL DERECHO BANCARIO Y LOS CONTRATOS BANCARIOS***

### **1. LA ACTIVIDAD BANCARIA**

#### **1.1. Sector regulado**

La doctrina es pacífica en caracterizar la actividad bancaria como dual por la necesaria dualidad en la que basa su existencia: por un lado, la emisión de crédito y, por otro lado, la recogida de ahorros del público en general como ha recordado TAPIA HERMIDA<sup>32</sup>. El vínculo entre ambas actuaciones es tan indisociable que una sin la otra excluiría la existencia de la actividad bancaria. En consecuencia, la realización de una u la otra separadamente no permitirá considerar a la actividad como bancaria<sup>33</sup>.

Dada su trascendencia e impacto social, la actividad bancaria tiene su propio régimen jurídico y, además, está sujeta a un especial control por parte de las autoridades. Es por ello que el sector bancario, que es el que realiza la actividad bancaria, es un sector regulado por la normativa estatal, comunitaria e internacional.

---

<sup>32</sup> TAPIA HERMIDA, Alberto Javier. *Derecho Bancario*, colección Manuales Básicos, editorial Cálamo, 1ª edición, Barcelona, 2002, pág. 127; afirma que “*la actividad típica de las entidades de crédito es la intermediación indirecta en el crédito que se realiza mediante la conexión funcional entre las operaciones bancarias pasivas (de recepción de fondos del público) y las activas (de aplicación de los fondos captados) y que, además, aquellas entidades pueden realizar otras operaciones o servicios accesorios o complementarios de las anteriores*”.

<sup>33</sup> BONTEMPI, Paolo. *Diritto Bancario e Finanziario*, Giuffrè Editore, 1ª edición, Milán, 2002, pág. 17; argumenta que (traducción del italiano) “*Tal actividad consiste esencialmente en una obra de intermediación en la circulación de la moneda, o sea en una actividad de coordinación entre la captación de ahorros entre el público (actividad calificable como «pasiva», que conlleva la obligación de la banca de restituir todo lo recibido en depósito) y la emisión de crédito (calificable como «activa» en tanto que conlleva el nacimiento de un crédito a favor del banco que tiene por objeto la restitución de las sumas facilitadas al cliente). Entre las dos actividades que se acaban de indicar debe existir una unión funcional necesaria, en el sentido que la emisión de crédito por parte de los bancos se produce utilizando aquel dinero que la misma recibe en depósito de los clientes (...). Por tanto, el ejercicio de la actividad bancaria no constituye el desarrollo de la única actividad de emisión de crédito o de la única actividad de recogida de ahorros.*”

Como han advertido autores como COSCULLUELA y MARTÍN MATEO <sup>34</sup>, el motivo de este control normativo radica en el interés público subyacente concretada en la voluntad de los poderes de Estados de proteger a los clientes bancarios de una actividad cuyo objeto es el dinero y, por tanto, del que depende no sólo la economía propia de todos estos clientes privados y públicos, sino también la propia economía de mercado en la que se insertan.

Considerando tal importancia del sector bancario para la economía de un Estado, esta regulación ha de perseguir garantizar el acceso a la financiación bancaria en condiciones competitivas, tomar en consideración posibles escenarios de recesión económica y adoptar políticas de protección de los clientes e inversores, así como para la propia estabilidad y transparencia de los mercados financieros, y la necesaria vigilancia de éstos. En España, esta regulación se halla mayoritariamente contenida en la LOSSEC. Esta Ley ha contribuido a dotar el ordenamiento jurídico, además de una amplia y completa regulación sobre las entidades financieras y sus pautas de actuación, de una verdadera positivización de este interés público inherente a la actividad bancaria, la imprescindible regulación de este sector y, en todo caso, la voluntad de salvaguardar la estabilidad económica a través de una profunda intervención pública en la actividad bancaria<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> COSCULLUELA MONTANER, Luís y LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano. *Derecho Público Económico*, editorial Iustel, Manuales, 4ª edición, Madrid, 2011, pág. 233; *“la actividad regulada ha sido especialmente relevante y esencial para el funcionamiento del sistema económico, como es el caso de la banca y los seguros.”*

También, MARTÍN MATEO, Ramón. *El Marco Público de la Economía de Mercado*, editorial Thomson Aranzadi, Colección Divulgación Jurídica, 2ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2003, pág. 291; apunta a la regulación del sector bancario como *“la protección de la banca frente a los banqueros”* afirmando que *“es lo cierto que los bancos están expuestos a manejos fraudulentos o simplemente son posibles víctimas de operaciones arriesgadas que pueden poner en peligro los depósitos de sus clientes y depositarios, lo que hace que en todos los países del mundo se extremen las cautelas.”*

<sup>35</sup> En el apartado I del preámbulo de la LOSSEC se alude al interés público de la actividad bancaria y que la ha hecho meritoria de la creación de un verdadero sector regulado, también para el sector de las Administraciones Públicas: *“El sector financiero y, en especial, el bancario desempeñan un papel económico vital, al operar como canal más potente de transformación del ahorro en financiación para empresas, familias y administraciones públicas. El acceso a este crédito en condiciones competitivas, tanto en términos de costo como de volumen, es condición indispensable para el crecimiento de la economía y está, por tanto, íntimamente vinculado a la creación de empleo y riqueza nacional. Al mismo tiempo, el riesgo y la incertidumbre son consustanciales a la actividad bancaria. La propia tendencia cíclica de las economías, el natural apetito de las empresas financieras por modelos de negocio que priorizan la optimización de beneficios a corto plazo, la impredecible evolución de la innovación financiera y la creciente y mundial interdependencia entre*

Como se ha apuntado, esta regulación se concreta en un conjunto de normativa estructural que la apoya motivada en gran medida por el Derecho Comunitario y también el interno<sup>36</sup>. A su vez, cabe no olvidar la reserva de actividad bancaria que a cuyo tenor la LOSSEC determina que únicamente podrán ejercerla aquellas entidades que hayan obtenido la preceptiva autorización del Banco de España, previos los informes correspondientes, y se hayan inscrito debidamente en el registro de entidades del mismo Banco de España. Sin cumplir estos requisitos, queda prohibido el ejercicio de cualquier actividad bancaria.

Otro aspecto de sustancial importancia es la regulación de la solvencia financiera y de requisitos prudenciales en materia de reservas de capital, ampliamente regulados en el Derecho Comunitario y el interno<sup>37</sup>. A los efectos de la presente tesis corresponde únicamente mencionar que el sector público ostenta una consideración propia dentro de esta normativa y, en particular, se estima que el consumo de capital bancario a que

---

*entidades y mercados financieros, pueden conducir a estas instituciones y al conjunto de las economías a situaciones de dificultad, con graves consecuencias sobre el funcionamiento global del sistema económico. Estas consecuencias alcanzan en ocasiones dimensiones tales que pueden llegar a exigir el apoyo financiero público, apartando de este modo al sector financiero de la regla del mercado, general y espontánea, de quiebra individual y selección de agentes. (...) En definitiva, la actividad bancaria debe estar sujeta a normas que concilien la necesaria capacidad de las entidades de crédito para el desarrollo de sus fines en el contexto de una economía de mercado, con la debida ordenación y disciplina sobre aquellos aspectos que pueden ocasionar, como ya ha sucedido en ocasiones anteriores, graves perjuicios a la economía.”*

<sup>36</sup> A saber: (i) la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión, por la que se modifica la Directiva 2002/87/UE y se derogan las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE, (ii) el Reglamento 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, y por el que se modifica el Reglamento (UE) n° 648/2012, (iii) la referida LOSSEC, y (iv) la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito. En el ámbito europeo, la regulación compete a la Comisión, Parlamento y Consejo europeos, y la supervisión bancaria a la Autoridad Bancaria Europea (*European Banking Authority*, EBA). En el ámbito internacional los estándares bancarios (no vinculantes) se fijan por el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea (*Basel Committee on Banking Supervision*, BCBS) en atención a las políticas adoptadas por el Consejo de Estabilidad Financiera (*Financial Stability Board*, FSB) y el G20 (*The Group of Twenty*).

<sup>37</sup> En el Derecho Comunitario: (i) el antes citado Reglamento (UE) N° 575/2013 del Parlamento y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, y por el que se modifica el Reglamento (UE) N° 648/2012 (*vid.* artículo 114); y (ii) la antes citada Directiva 2013/36/UE, de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión, por la que se modifica la Directiva 2002/87/CE y se derogan las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE. En el Derecho Español: (i) la LOSSEC; (ii) el Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito; y (iii) la Circular 3/2008, de 22 de mayo, del Banco de España, a entidades de crédito, sobre determinación y control de los recursos propios mínimos.

se exponen las entidades financieras cuando le conceden financiación es del 0%. Ello a diferencia de las financiaciones con sujetos de Derecho Privado en las que sí se produce un consumo de capital de porcentaje variable en función del tipo de financiación de que se trate. Esto implica que, para el regulador europeo, se estima que la financiación directa al sector público (central, regional y local, en terminología del Derecho Comunitario), también denominada “*deuda soberana*”, no obliga a las entidades financieras a reservar capital para estas financiaciones. La razón de ello es la presunción de solvencia del sector público en el sentido que se está ante “*la deuda pública, uno de los activos más seguros, dada la pretendida imposibilidad de la quiebra de los Estados.*”<sup>38</sup>; presunción a la que luego se aludirá.

Además, el alcance de esta regulación de las entidades financieras también afecta a su estructura organizativa y procedimientos internos de funcionamiento, a la idoneidad de su personal directivo y de los accionistas, a la necesidad de que se autorice la transmisión de participaciones significativas de capital, así como a un especial régimen de incompatibilidades de cargos.

Por todo ello, este conjunto de normas que regulan el sector bancario conforman un verdadero cuerpo jurídico que, por su amplitud, complejidad e importancia, permiten calificarlo como sector regulado: el sector regulado bancario o sector bancario<sup>39</sup>.

## **1.2. El Derecho Bancario**

### **1.2.1. Contenido dual**

El conjunto de la normativa reguladora de la actividad bancaria descrita en el apartado anterior es normativa de Derecho Público, por la intervención administrativa

---

<sup>38</sup> TORRES CASERO, José A y LÓPEZ JIMÉNEZ, José M. *Modelos avanzados de capital en las entidades bancarias: luces y sombras*, Revista Estrategia Financiera, editorial Wolters Kluwer, Marzo 2017, Madrid, págs. 37 a 38.

<sup>39</sup> ANTONUCCI, Antonella. *Diritto delle Banche*, Giuffrè Editore, 2ª edición, Milán, 2000, pág. 2; ha afirmado que (traducción del italiano): “*Una pluralidad de razones, todas relativas a la peculiaridad de la actividad bancaria, justifican el nacimiento y el desarrollo de una disciplina especial: la gestión de los ahorros de los demás, la función monetaria, el rol en la financiación a las empresas son todos ellos elementos que repetidamente elevan el problema de garantizar la estabilidad de las entidades de crédito.*”

sobre las entidades financieras que ejercen aquella en aras a la protección del interés público subyacente. Sin perjuicio de que ello sea así, cabe no olvidar que la actividad bancaria también consiste en la realización de las operaciones de activo y pasivo que le son propias, de parte de las entidades financieras y a favor de sus clientes, privados y públicos, lo que en gran medida se halla regulado por normativa de Derecho Privado. Es el “*doble aspecto*” que ya apuntó GARRIGUES<sup>40</sup> hace décadas.

Esta dualidad de normas interconectadas son el Derecho Bancario que, a su vez y precisamente por esta doble dimensión sobre la que actúa, es clasificado a su vez entre: Derecho Bancario Público y Derecho Bancario Privado<sup>41</sup>. Sobre esta base, se afirma que el Derecho Bancario es un ordenamiento jurídico público-privado que aplica y vincula a las entidades financieras en todo caso en el ejercicio de su actividad bancaria. Además, dicho ordenamiento jurídico también aplicará a los clientes bancarios, públicos y privados, sólo en el caso de que éstos accedan a relacionarse con una entidad financiera. Por ello, mientras que desde la perspectiva de la entidad financiera es un *corpus* normativo cuya aplicación le es obligatoria y por tanto indisponible, desde la perspectiva de los clientes bancarios son normativas que únicamente les aplicarán si éstos convienen en formalizar contratos bancarios con entidades financieras.

### 1.2.2. El Derecho Bancario Público

En primer lugar, dentro del Derecho Bancario Público, además de la normativa reguladora de la actividad bancaria antes referida, se debe incluir aquella normativa administrativa que regule el régimen de la contratación bancaria entre entidades financieras y Administraciones Públicas. En puridad, se trata de regulaciones que

---

<sup>40</sup> GARRIGUES, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I, editado por Silverio Aguirre Torre, 7ª edición, Madrid, 1976, pág. 74.

<sup>41</sup> A esta clasificación se refiere TAPIA HERMIDA, Alberto Javier. *Derecho Bancario*, colección Manuales Básicos, editorial Cálamo, 1ª edición, Barcelona, 2002, pág. 18; cuando considera heterogéneo al Derecho Bancario “*ya que agrupa normas de Derecho público y normas de Derecho privado. Así, gran parte de las normas que regulan el aspecto institucional del estatuto de los intermediarios del mercado bancario –en especial, de las entidades de crédito– son normas de Derecho administrativo económico, con una gran relevancia práctica de las normas de Derecho administrativo sancionador. Mientras que la mayor parte de las normas sobre contratación bancaria son normas de Derecho mercantil que regulan la actividad contractual de un tipo especial de empresario, cual es el empresario bancario en sus formas principales de entidad de crédito o de establecimiento financiero de crédito.*”

determinan los requisitos y autorizaciones a adoptar y los órganos competentes para ello a fin de que las Administraciones Públicas puedan obligarse con entidades financieras. Y, según se ha anticipado, esta normativa diferirá entre los tres niveles de Administraciones, por lo que habrá una concreta normativa para contratación bancaria de parte la Administración General Estado, otra para las Administraciones de cada Comunidad Autónoma y, finalmente, otra normativa para las Administraciones Locales que será común en todas ellas sin perjuicio de que pudieren haber especialidades individuales derivadas de la regulación de los presupuestos municipales.

Sin perjuicio de lo que se explicará en los próximos Capítulos, se puede anticipar que son numerosas las normativas reguladoras de cuestiones de Derecho Bancario Público en los ámbitos del Estado (LGP, LOEPSF, LPAP, RDLMUMA), las CCAA (LOFCA, LSF, RDLFLA, RDLFF y las normas autonómicas en materia presupuestaria) y de las EELL (TRLHL, LBRL, RBEL, RDLFF y las regulaciones individuales de los presupuestos municipales si existen). Todo ello sin perjuicio del denominado “*Derecho Administrativo Global*”, como nuevo concepto clave surgido de la internacionalización del Derecho Administrativo y de la administrativización de las organizaciones supra y transnacionales, que también tiene su impacto en el ámbito financiero, en alusión a DARNACULLETA<sup>42</sup>.

Este conjunto normativo se halla jerárquicamente complementado por las diversas resoluciones y órdenes ministeriales emitidas por el Poder Ejecutivo, dictadas al amparo de su potestad reglamentaria, y que pasan a insertarse en la pirámide normativa del Derecho Bancario Público. Es el caso de las resoluciones sobre prudencia financiera emitidas por la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera del actual Ministerio de Economía, Industria y Competitividad

---

<sup>42</sup> DARNACULLETA I GARDELLA, M. Mercè. *El Derecho Administrativo Global. ¿Un nuevo concepto clave del Derecho Administrativo?*, Revista de Administración Pública, número 199, enero-abril, editorial Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Madrid, 2016, págs. 11 a 50. Anteriormente, la autora había advertido sobre la condición del sector financiero como “*sector de referencia*” del Derecho administrativo internacional o global precisamente porque concentra las tendencias de europeización e internacionalización y la apertura del Estado a la autoregulación, en DARNACULLETA I GARDELLA, M. Mercè y SALVADOR ARMENDÁRIZ, Amparo. *Nuevas fórmulas de génesis y ejecución normativa en la globalización: el caso de la regulación de la actividad financiera*, Revista de Administración Pública, número 183, septiembre-diciembre, editorial Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Madrid, 2010 págs. 139 a 176.

(anteriormente, Ministerio de Economía y Competitividad), por las que se fijan los tipos de interés fijos y los diferenciales máximos aplicables a las operaciones de endeudamiento contraídas por CCAA y entes de su sector público que se hayan adherido al Fondo de Liquidez Autonómico al amparo del RDLFLA.

En este contexto, cabe tener en cuenta que los actos administrativos que se adopten por las Administraciones Públicas en virtud del procedimiento establecido para acordar la válida contratación de productos y servicios bancarios, también van a insertarse en el ordenamiento jurídico del Derecho Bancario Público como actos concretos aplicativos de la normativa de referencia. Además, cabe también puntualizar que éstos son actos sujetos a los Juzgados y Tribunales de la jurisdicción Contencioso-Administrativa en tanto que actos emanados de una Administración Pública, *ex* artículos 1 y 25 de la LJCA.

Y, respecto a los contratos de servicios bancarios, en la medida que los mismos requieren previa licitación al amparo de la normativa específica reguladora y contenida esencialmente en el **TRLCSP**, el RLCSP, la LSP y el RGR. Al ser normativa de aplicación general y básica en todo el Estado, la misma también debería ser considerada como parte integrante del *corpus* normativo del Derecho Bancario Público.

Para terminar con el análisis del Derecho Bancario Público cabe también añadir que dentro del mismo se incluye la normativa relativa a la protección de los clientes bancarios calificados como consumidores<sup>43</sup>. Es una regulación en gran medida influenciada por el Derecho Comunitario y cuyo fin es lograr la plena protección del consumidor cuando suscribe contratos bancarios con entidades financieras de crédito.

---

<sup>43</sup> El concepto de “consumidor” aparece definido así en el artículo 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias: “*A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesional. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.*” Como obra de referencia se destaca GUILLÉN CAMARÉS, Javier. *El Estatuto jurídico del consumidor. Política comunitaria, bases constitucionales y actividad de la Administración*, editorial Civitas, 1ª edición, Madrid, 2002; en especial en cuanto alude al posible sacrificio de la libertad de empresa, previa ponderación de valores y bienes y respeto al marco constitucional, en págs. 201 a 206.



Esta especial protección y regulación viene justificada por la peor posición o situación de debilidad en que los consumidores se encuentran frente a una entidad financiera, lo que se pretende equilibrar especialmente a través de la imposición de obligaciones de información precontractual a las entidades financieras<sup>44</sup>. Esta normativa viene a compensar el “*abuso de derecho*” que MARTÍN-RETORTILLO<sup>45</sup> había propugnado antaño así como la necesidad de llevar a cabo una verdadera intervención administrativa en el ejercicio de la actividad crediticia, pues entendía que el sector financiero imponía sus usos y practicas y las condiciones generales de los contratos; todo lo que consideraba como “*auténticos reductos inmunes, dejados prácticamente a la libre determinación de las entidades bancarias*” a la vez que propugnaba “*la protección que merece el cliente, indefenso frente al gran empresario con el que contrata*”. Desigualdad que en la actualidad está muy amplia y notoriamente matizada.

En la medida que las Administraciones Públicas no están incluidas dentro del concepto de “*consumidor*” definido por el legislador, se ha apuntado la idea anterior a efectos discursivos pero subrayándose que esta parte del Derecho Bancario Público no va a ser objeto de estudio en la presente tesis.

### 1.2.3. El Derecho Bancario Privado

En segundo lugar, se describe al Derecho Bancario Privado como aquella otra parte del Derecho Bancario integrada por normas de Derecho Privado, Mercantil y Civil. En realidad es aquella parte del Derecho Bancario que se ocupa de la regulación de los contratos bancarios y, por ende, de normas de Derecho Privado. Sin embargo, la mención de “*Derecho Bancario*” está comúnmente asociada a la regulación de estos

---

<sup>44</sup> Entre otra normativa, y sin perjuicio de la citada en la anterior **Nota 6**, se halla la siguiente: (i) la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo, (ii) la Orden EHA 2899/2011, de 28 de octubre, de Transparencia y Protección del cliente de servicios bancarios, (iii) la LMV (que los denomina como “*minoristas*” por contraposición al concepto de “*profesionales*”, afectada en esta materia por la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, MIFID), y (iv) la LSP. Al respecto, se destaca el artículo de PÉREZ DE MADRID CARRERAS, Valerio. *La protección del consumidor en la contratación bancaria*, capítulo decimotercero de la obra de MIRANDA SERRANO, Luís María y PAGADOR LÓPEZ, Javier. *Derecho (privado) de los consumidores*, editorial Marcial Pons, 1ª edición, Madrid, 2012, págs. 415 a 431. Asimismo, el Banco de España, en cumplimiento de sus funciones, explicita los derechos de los clientes bancarios en su web (consulta del día 15/06/17): [http://www.bde.es/clientebanca/es/areas/Derechos\\_de\\_los\\_/](http://www.bde.es/clientebanca/es/areas/Derechos_de_los_/)

<sup>45</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián. *Crédito, banca y cajas de ahorro. Aspectos jurídico-administrativos*, editorial Tecnos, 1ª edición, Madrid, 1975, págs. 306 a 307.

contratos bancarios, a pesar de que ello no sea así por la existencia de la anteriormente explicada dimensión pública del Derecho Bancario. Por ello, hablar de Derecho Bancario Privado podría parecer *prima facie* una redundancia aunque en realidad no sea así.

Por lo anterior, el Derecho Bancario Privado se integra por la normativa propia del ámbito bancario privado, esto es, la que regula los derechos y obligaciones de las partes intervinientes en la contratación bancaria y, por ende, personas, físicas o jurídicas, públicas o privadas. Como es lógico, una de las partes a las que aplica el Derecho Bancario Privado son las propias entidades financieras las que, sobre la base de la libertad de pactos establecida en nuestro ordenamiento jurídico, pueden haber diseñado de antemano los contratos bancarios que luego van a proponer a sus clientes. La posibilidad de diseñar los contratos bancarios también está en manos de los clientes bancarios desde una perspectiva teórica y en base a la ley, sin embargo en la práctica y por su experiencia y conocimiento del sector son las entidades financieras las que diseñan y modelan los contratos bancarios para luego proponerlos a sus clientes, y negociarlos en la medida de lo que sea posible.

Una peculiaridad del Derecho Bancario Privado es su uniformidad. Sin perjuicio de cuál sea el cliente bancario (personas física o jurídica, privada o pública), aquel aplicará a todos los clientes. Esto significa que los contratos bancarios serán los mismos para los diversos clientes bancarios, aunque tales contratos deban ser adaptados al cliente concreto en función de la normativa de Derecho Bancario Público que resulte de aplicación a aquel<sup>46</sup>. Lo que se pretende significar con ello es que el contrato de préstamo firmado por una persona física, será el mismo contrato de préstamo firmado por una persona jurídica pública o privada; en lo relativo a la naturaleza jurídica y pactos definidores de la tipología contractual de que se trate.

Tal vez la anterior puede parecer una idea demasiado básica, pero es importante ponerla de manifiesto ya que de la misma se desprende que la persona que sea cliente

---

<sup>46</sup> Este carácter compartido de las figuras contractuales lo expone MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Volumen IV, editorial Iustel, 1ª edición, Madrid, 2011, págs. 308 a 309, afirmando que “No existe una categoría de contratos completamente distinta y diferenciada por su régimen jurídico (...). Los contratos administrativos, según se afirma, no tienen de especial sino la presencia de la propia Administración pública en los mismos como parte contratante.”

bancario no puede desnaturalizar por su mera presencia el contrato bancario en el que intervenga. Esta idea que ya expresó con nitidez DUGUIT<sup>47</sup> al decir que “*el Estado está obligado por los contratos que ha celebrado como un simple particular.*” También, MARTÍN-RETORTILLO<sup>48</sup> lo ha recogido esta idea y puesta en relación con el régimen privilegiado de la Administración que no le impide contratar válidamente: “*La Administración contrata, y se obliga jurídicamente a lo pactado. Para nada absolutamente se opone a ello el hecho de que sea soberana*” y que “*independientemente de esa posible posición subjetiva, la voluntad de cada una de las partes posea fuerza suficiente para que se establezca la relación jurídica para obligarse y, en cierto modo, obligar también a la otra.*”

Otra cosa es que, precisamente y debido a la presencia de un cliente bancario público, el contrato bancario deba quedar matizado en determinados pactos, a fin de establecer regulaciones específicas a favor del cliente bancario público por imperativo legal. Esta adaptación de los contratos bancarios a las Administraciones Públicas, exigida en la práctica en los términos que se explicará en la presente tesis, no obsta para afirmar que, en todo caso, el cliente bancario público convendrá un documento de financiación que será un contrato bancario de los que se utilizan en la práctica negocial bancaria habitual; homogeneidad contractual a la que ya aludía CANGA-ARGÜELLES<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> DUGUIT, León. *Las transformaciones del Derecho (Público y Privado)*, editorial Heliasta, 1ª edición, Buenos Aires, 1975, págs. 100 a 101; en donde afirma que “*El contrato es un acto jurídico que tiene el mismo carácter en Derecho público que en Derecho privado; o más bien, no hay distinción entre el Derecho público y el Derecho privado y el Estado está obligado por los contratos que ha celebrado como un simple particular.*”

<sup>48</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián. *El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones*, Monografías Civitas, editorial Civitas, 2ª edición, Madrid, 1996, págs. 115 a 118.

<sup>49</sup> CANGA-ARGÜELLES, José. *Memoria sobre el crédito público*, editorial que fue de García, Madrid, 1820, pág. 3; al manifestar que (transcripción literal) “*Las obligaciones no pierden la fuerza que les da el mutuo consentimiento de los contrayentes porque el uno reúne en sí la suprema autoridad y la fuerza, y el otro solo tenga en su favor la razón y la justicia. Los mismos derechos que reconocen los hombres entre sí, existen entre estos y el Gobierno; de consiguiente las reglas que siguiere un hombre honrado en sus tratos deberá observar el Gobierno, sea cual fuere su forma, á no correr el riesgo de disolverse entre las horrosas convulsiones del engaño.*” Y en la misma tesitura, la posición del cliente público frente a la obtención financiación bancaria dependerá de sus circunstancias, según *op. cit.* pág. 11 “*Así como la falta de cumplimiento de los contratos, nutriendo la desconfianza, aleja poderosamente los capitales de la mano del gobierno; la esmerada exactitud en su observancia difunde una consoladora y fecunda esperanza, que franquea las arcas más bien cerradas, haciendo dueño de los fondos ajenos al gobierno que da no tan equívocas pruebas de su buena fe y moralidad.*”

Consiguientemente, no existen contratos bancarios exclusivos y excluyentes para Administraciones Públicas, en el sentido de contratos bancarios que ningún otro sujeto privado podría convenir, pero sí deben existir contratos bancarios adaptados a las Administraciones Públicas.

Otra característica del Derecho Bancario Privado es la escasa tipificación de los contratos bancarios. Por tradición, los contratos bancarios en nuestro ordenamiento jurídico se han venido configurando en la práctica sobre la base del principio de autonomía de la voluntad, la buena fe y la diligencia de un buen padre de familia (además de la diligencia de un buen comerciante del CCo), todos ellos principios generales del Derecho consagrados en el CC; sin perjuicio de que dicho cuerpo legal regule algunos contratos concretos como el de depósito, la prenda o la fianza, entre otros.

Es por ello que los contratos bancarios son en su mayoría contratos atípicos y perfilados por la costumbre mercantil o bancaria que ha imperado en práctica habitual del mercado<sup>50</sup>. De hecho, no es extraño que en la práctica bancaria actual un mismo tipo de contrato contenga pactos no totalmente idénticos entre entidades financieras, y es que su confección acaba siendo una labor estrictamente subjetiva y propia de cada entidad frente a sus clientes, en todo caso dentro de los límites de la ley.

1.2.4. Reflexión sobre su interconexión y con otras ramas del Derecho: necesidades públicas vs. necesidades privadas

---

<sup>50</sup> La definición de contrato bancario ha sido abordada en múltiples obras, entre ellas, por el CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. *Cuadernos de Derecho Judicial. Contratos Bancarios y Financieros*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1ª edición, 1994, págs. 55 a 60; en donde se les atribuyen las siguientes características: (i) son estipulados por las entidades de crédito en su tráfico empresarial, (ii) constituyen un conjunto heterogéneo de figuras, nacidas unas veces en el tráfico general (depósito, préstamo, fianza, comisión) y otras, específicamente en la actividad bancaria (cuenta corriente bancaria, descuento, créditos documentarios, etc), (iii) se inserta en la actividad de intermediación en el crédito o es auxiliar o complementario de ésta; (v) versa fundamentalmente sobre dinero, crédito, y valores; (vi) desde un punto de vista técnico, se puede instrumentar de dos modos: como relación esporádica caja o ventanilla, con una persona, y como relación duradera con un cliente, en base, generalmente, a un contrato de cuenta corriente o de prestación de servicios de caja y contabilidad a través de la cual mediante ingresos y cargos se reflejan los negocios jurídicos surgidos en dicha relación; (vii) son contratos de confianza, en el sentido que se basan en una relación permanente en la que el cliente revela al banco secretos empresariales y familiares, y el banco concede crédito con riesgo a verse defraudado; (viii) aunque a veces son contratos que conllevan negociación, habitualmente son contratos de adhesión.

Al hilo de lo anterior cabe observar que, a las Administraciones Públicas les aplica tanto el Derecho Bancario Público como el Derecho Bancario Privado, cuando aquella actúa como parte contractual que necesita de financiación bancaria. En este sentido, el contrato bancario final que se firma entre entidad bancaria y la Administración participa, en gran medida, de las notas propias del contrato bancario que la entidad financiera firma habitualmente con sus clientes no públicos.

Por este motivo, se considera relevante observar que el concepto de Derecho Bancario es amplio y omnicomprendivo del conjunto de normativa vigente que regule o afecte a la actividad bancaria y a su relación con los clientes bancarios, del tipo que sean. Es, asimismo, una especialidad dentro del Derecho que participa también de notas de Derecho Público por el incuestionable interés general que tutela y necesidades públicas que atiende; y de Derecho Privado por la necesaria utilización de figuras civiles y mercantiles para su ejecución práctica. Por ello, se afirma que constituye una especialidad jurídica amplia, compleja y diversa que requiere estudio en profundidad, a la vez que actualizado por su constante evolución, tanto desde la óptica de la entidad financiera como desde la óptica del cliente bancario a fin de hallar el equilibrio entre los diversos intereses, públicos y privados, que están en juego.

La cuestión sobre las necesidades que satisface es interesante, pues las mismas serán públicas o privadas en función de si el sujeto solicitante del contrato bancario o cliente bancario es de origen público o privado. Aunque esta es una cuestión que ha ocupado durante siglos a la doctrina, esto es, la cuestión de qué son necesidades públicas y cuál debe ser su naturaleza. Así, en base a las teorías liberales y utilitarias<sup>51</sup>

---

<sup>51</sup> Se produce una indiscutible confluencia entre el interés público e interés privado en la contratación bancaria con Administraciones Públicas. Por un lado, el filósofo y economista, padre del liberalismo, SMITH, Adam. *La Riqueza de las Naciones*, editorial Alianza, 3ª edición, Madrid, 2011, pág. 554; consideró que la satisfacción de los intereses privados lleva a los sujetos privados a la satisfacción – por ellos inesperada- del interés público a través de una mano invisible: “(...) *todo individuo necesariamente trabaja para hacer que el ingreso anual de la sociedad sea el máximo posible. Es verdad que por regla general él ni intenta promover el interés general ni sabe en qué medida lo está promoviendo. Al preferir dedicarse a la actividad nacional más que a la extranjera él sólo persigue su propia seguridad; y al orientar esa actividad de manera de producir un valor máximo él busca sólo su propio beneficio, pero en este caso como en otros una mano invisible lo conduce a promover un objetivo que no entraba en sus propósitos. El que sea así no es necesariamente malo para la sociedad. Al perseguir su propio interés frecuentemente fomentará el de la sociedad mucho más eficazmente que si de hecho intentase fomentarlo. Nunca he visto muchas cosas buenas hechas por los que pretenden actuar en bien del pueblo.*”

únicamente existirían necesidades privadas y las públicas serían una suma de necesidades privadas. En cambio, economistas posteriores como BUCHANAN<sup>52</sup> han comparado las necesidades del Estado con las del individuo aunque luego lo matiza afirmando la necesidad de estudiar al Gobierno de manera específica por su impacto en el conjunto de la economía lo que acaba siendo su estudio central de la hacienda pública. También, FASIANI<sup>53</sup> afirma que “a lo largo de la historia el paso de una a otra categoría es continuo y más o menos frecuente” y que “las formas de hacer frente a las mismas representa las tendencias normativas de la actividad financiera, es decir, el objeto de la Ciencia de la Hacienda” punto en el que coincide con BUCHANAN.

Desde una perspectiva estrictamente jurídica y en relación a las voluntades públicas y privadas, KELSEN<sup>54</sup> distinguió también ambas reconociendo que “la voluntad del Estado es algo distinto de la voluntad de los hombres que le están sometidos; es algo más que la suma de voluntades; está por encima de ellas.” Y el jurista razona esta diferenciación en que la voluntad del Estado es una expresión metafórica “para designar la vigencia objetiva de la ordenación normativa que llamamos Estado”. En puridad, sí que constituye una verdadera distinción entre las voluntades individuales y la voluntad única del Estado, a cuyo respecto Kelsen en su obra desarrolla la inherente facultad normativa.

A los efectos de la presente tesis, se partirá de la circunstancia de que la Administración Pública ostenta necesidades propias que, en lo que a su financiación se refiere, son necesidades clasificables como públicas y que su satisfacción pasa por la obtención de recursos económicos procedentes del sector privado, por ser ésta una realidad indiscutible en la actualidad.

---

Por otro lado, cabe resaltar a PENDÁS GARCÍA, Benigno. *Jeremy Bentham: Política y Derechos en los orígenes del Estado Constitucional*, Colección *El Derecho y la justicia*, editorial Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, págs. 232 a 238; en donde explica el entendimiento de Jeremy Bentham, padre del utilitarismo, respecto del interés público como un conjunto de intereses privados.

<sup>52</sup> BUCHANAN, James M. y FLOWERS, Marilyn R. *Introducción a la Ciencia de la Hacienda Pública*, traducción del inglés de Jesús Ruza Tardío y Fernando Castro, editorial de Derecho Financiero, 1ª edición, Madrid, 1982, pág. 23.

<sup>53</sup> FASIANI, Mauro. *Principios de Ciencia de la Hacienda*, traducción del italiano de Gabriel de Usera, editorial Aguilar, Colección *Biblioteca de Ciencias Sociales, Sección Primera: Economía*, 1ª edición, Madrid, 1962, pág. 31.

<sup>54</sup> KELSEN, Hans. *Compendio de Teoría General del Estado*, traducción del alemán por Luis Recaséns Siches y Justino de Azcárate, Editora Nacional, 2ª edición, México D. F., 1974, págs. 110 a 111.

En este sentido, se afirma que, dentro del concepto del “*Derecho Administrativo Económico*”, podría también de incluirse algunos aspectos del Derecho Bancario Público en los términos que ahora se indican. Por un lado porque, en la medida que aquella especialidad ha sido caracterizada por MARTÍN MATEO<sup>55</sup> como la intervención pública en la Economía y la regulación de los sectores económicos, parece también debería quedar incluido en este ámbito la posición especial que ocupan las Administraciones Públicas cuando ellas, en primera persona, entran en la economía para obtener un determinado producto o servicio del sector regulado bancario. De hecho, FORCAT consideró todas estas materias dentro de la por él denominada “*Administración Económica*”<sup>56</sup>. Es en este sentido que, dentro del Derecho Administrativo Económico podrían quedar comprendidas otras regulaciones de Derecho Público que afectan a la actividad bancaria, como son las limitaciones derivadas del principio de prudencia financiera, que se explicará más adelante, en la medida que son limitaciones que afectan a la práctica privada, esto es, al ejercicio de la actividad bancaria frente a Administraciones Públicas.

Asimismo, el estudio del régimen jurídico de los instrumentos de endeudamiento de las Administraciones Públicas es una materia que académicamente se halla insertada dentro del denominado “*Derecho Financiero*”, disciplina que se ocupa tanto los ingresos y los gastos del Estado, siendo que dentro de la denominada “*deuda pública*” se aborda el estudio del recurso al crédito bancario al que pueden acudir las Administraciones Públicas, entre otros. SAINZ DE BUJANDA, ideólogo del Derecho Financiero español, justificó la autonomía del mismo a la vez que afirmó a su clara separación respecto del Derecho Administrativo, en alusión a la doctrina más

---

<sup>55</sup> Cabe hacer remisión al concepto de “*Administración económica*” acuñado MARTÍN MATEO, Ramon. *Derecho Público de la Economía*, Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, editorial Ceura-Madrid, 1ª edición, Madrid, 1985, pág. 15; y posteriormente mantenido, tal vez mínimamente matizado en obras posteriores.

<sup>56</sup> Aunque no fue un jurista sino jefe superior del cuerpo pericial de contabilidad del Estado (Ministerio de Hacienda), la obra de FORCAT RIBERA, Arturo. *Curso de Administración Económica*, Instituto Editorial Reus, 5ª edición, Madrid, 1943; es omnicompreensiva sobre la cuestión de la hacienda pública, sus recursos, impuestos, gastos, bienes, privilegios, organización del estado, siendo un estudio mixto de extremos económicos y jurídicos por cuanto explica conceptos como las potestades de la administración, la regulación de los impuestos y el régimen de disposición de los bienes públicos.

autorizada o “a los administrativistas, a los mercantilistas”, entre ellos a ALVAREZ GENDÍN, GARRIDO FALLA, URÍA y GARRIGUES<sup>57</sup>.

A este punto es relevante referir las ramas del Derecho Financiero según CAZORLA PRIETO, quien ha considerado al “*Derecho Financiero del crédito de los entes públicos o Crediticio*” como una rama autónoma dentro de aquel<sup>58</sup>. De hecho, será precisamente esta rama la que va a constituir el objeto de la presente tesis, por lo que se afirma que el estudio de una misma realidad (la financiación bancaria de las Administraciones Públicas) impacta en una dualidad de ramas jurídicas: por un lado y desde la perspectiva de la entidad financiera, en el Derecho Administrativo Económico en el sector regulado bancario en la medida que éste puede ser objeto y estar afectado por regulaciones que limiten su actividad financiera y; por otra parte y desde la perspectiva de las Administraciones Públicas, en el Derecho Financiero en la medida que constituye una rama propia dentro de éste reguladora en exclusiva de los requisitos y posibilidades de endeudamiento bancario.

Además, coincidiendo con la opinión del mismo autor, el “*Derecho Presupuestario*” sería una de las “*ramas más caracterizadas*” del Derecho Financiero y Tributario y, por ende, dentro del Derecho Público. Esta rama autónoma también en opinión de LABAND<sup>59</sup>, será asimismo objeto de análisis parcial en la presente tesis, en la medida que la concertación de contratos bancarios por parte de las Administraciones Públicas requiere de la previa consignación de los mismos como gastos en el presupuesto correspondiente respecto del endeudamiento a largo plazo, y de las disponibilidades presupuestarias respecto del endeudamiento a corto plazo.

---

<sup>57</sup> SAINZ DE BUJANDA, Fernando. *Hacienda y Derecho. Estudios de Derecho financiero*, volumen II, editorial Instituto de Estudios Políticos, 1ª edición, Madrid, 1962, págs. 125 a 126.

<sup>58</sup> CAZORLA PRIETO, Luis María. *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*, editorial Thomson Reuters Aranzadi, 14ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2014, págs. 66 a 67.

<sup>59</sup> LABAND, Paul. *Derecho Presupuestario*, traducción española de José Zamit, Colección *Clásicos del Pensamiento, Tercer Milenio*, editorial Tecnos, 1ª edición, Madrid, 2012, págs. 3 a 5 y 25; en donde el autor la considera como una disciplina jurídica independiente de las voluntades políticas relacionadas con la misma, y afirma que “*nadie puede negar que el Presupuesto contiene normas para la Administración*” en el marco del estudio del presupuesto como ley material.



Llegados a este punto, poniendo en relación el Derecho Financiero y el Derecho Administrativo y aludiendo a MENÉNDEZ<sup>60</sup> ambas ramas presentan una relación relevante “*hasta el punto de que es posible entender que el Derecho Financiero es una parte especial del Derecho Administrativo, delimitada por su específico objeto de estudio.*” También, en alusión a BAYONA DE PEROGORDO<sup>61</sup>, resulta que cuando la Administración Pública actúa adoptando medidas con impacto financiero para intervenir en la economía considera que “*dichas funciones no están presididas por el interés patrimonial del Estado, sino por la defensa de los intereses económicos de los miembros de la comunidad (...) sólo las operaciones presupuestarias y bancarias constituyen funciones jurídico-financieras, mientras que las actividades incluidas en el tercer grupo quedan al margen del Derecho Financiero y corresponden al ámbito del Derecho Administrativo Económico*”.

Y esta Administración que interviene en la Economía es la “*Administración financiera*”, caracterizada por DE LA VALLINA<sup>62</sup> como “*una actividad medial de carácter necesario*” y de importancia extraordinaria como “*agente ordenador de la vida económica*”.

Relacionado con todo lo anterior y fuera de la dimensión jurídica, cabe apuntar que la equivalencia de la materia aquí analizada en el ámbito de la Economía se correspondería con el estudio de la “*Hacienda Pública*”, o bien de las “*Finanzas Públicas*” y/o de la “*Economía Pública o Economía del sector público*”<sup>63</sup>; disciplinas todas ellas utilizadas para designar, desde la perspectiva económica, el estudio del endeudamiento público, que incluye el endeudamiento bancario. De nuevo, en la doctrina italiana COSCIANI<sup>64</sup> ya entendía que la por él denominada “*Ciencia de la*

---

<sup>60</sup> MENÉNDEZ MORENO, Alejandro (Dir.). *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*. Colección *Lecciones de cátedra*, editorial Lex Nova Thomson Reuters, 13ª edición, Valladolid, 2012, págs. 46.

<sup>61</sup> BAYONA DE PEROGORDO, Juan José y SOLER ROCH, María Teresa. *Temas de Derecho Presupuestario*, editorial Librería Compás, 1ª edición, Alicante, 1990, págs. 24 a 25.

<sup>62</sup> DE LA VALLINA VELARDE, Juan Luis. *Derecho Administrativo y Ciencia de la Administración*, editorial Gráficas Ibérica, 1ª edición, Madrid, 1962, págs. 472 a 473.

<sup>63</sup> Sobre dichas disciplinas destaca la obra del Premio Nobel de Economía en 2001 STIGLITZ, Joseph Eugene. *La Economía del Sector Público*, editorial Antoni Bosch, 3ª edición, Barcelona, 1988; a la que también se aludirá más adelante.

<sup>64</sup> COSCIANI, Cesare. *Principios de la Ciencia de la Hacienda*, traducción del italiano de Fernando Vicente-Arche Domingo y Jaime García Añoveros, editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1967, pág. 10; defiende la “*indisolubilidad entre el Derecho financiero y la Economía financiera*” citando

*Hacienda*” comprendía tanto el Derecho Financiero como la Economía Financiera, por tanto, lo configuraba como un estudio dual, jurídico y económico, de la misma realidad. Entendemos que es una teoría coherente con la realidad de las cosas, a la vez que práctica, ya que resulta indiscutible que la parte jurídica y la económica, sin perjuicio que desde un punto de vista teórico puedan ser analizadas separadamente, en la práctica deberán necesariamente confluir en una única realidad.

Todo ello sin perjuicio de que en la actualidad no se utilice la clasificación jurídica del “*Derecho de la Hacienda Pública*” o “*Derecho de las Finanzas Públicas*”, a pesar de que se entiende que serían conceptos correctos para distinguir el estudio particular de estas temáticas dentro del estudio del Derecho como ya consideró EINAUDI<sup>65</sup> y, por ello, fuera del estudio de la Economía.

Por todo lo que, a lo largo de la presente tesis se apuntarán y estudiarán las diversas normativas insertadas en las disciplinas de estudio enumeradas, sin olvidar que se trata de una tesis doctoral incardinada en todo caso dentro del ámbito de estudio del Derecho, por lo que las menciones a aspectos relacionados con la Economía se hará con carácter complementario y puntual. Además, también se analizarán las diversas regulaciones que delimitan la actuación administrativa en el ámbito bancario. Ello tanto respecto de la Administración General del Estado, las Administraciones Autonómicas como las Administraciones Locales.

## **2. LOS CONTRATOS BANCARIOS**

### **2.1. Reflexión de conjunto**

El estudio de los contratos bancarios no es una cuestión novedosa, toda vez que la misma ya ha sido analizada ampliamente por la doctrina de manera notoriamente

---

a PUGLIESE, Mario que entendía que la norma jurídica da forma y contenido jurídico a institutos y órganos financieros. PUGLIESE también es citado sobre la misma cuestión y como discípulo de GRIZIOTI por FAUSTO, Domenicantonio. *Saggi di storia dell'economia finanziaria*, editorial FrancoAngeli, 1ª edición, Milán, 2015, pág. 160.

<sup>65</sup> EINAUDI, Luigi. *Principios de Hacienda Pública*, Colección *Biblioteca de Ciencias Sociales*, editorial Aguilar, 5ª edición, Madrid, 1958, pág. 3; aludía al concepto de la “*Ciencia de la Hacienda*” en donde el autor la definía como “*la ciencia de las leyes según las cuales los hombres proveen a la satisfacción de ciertas necesidades particulares que, para distinguirlas de las necesidades ordinarias privadas, se llaman públicas.*”

fructífera, siendo muy numerosas las grandes obras jurídicas surgidas al respecto. En la presente tesis se aludirá a muchas de aquellas pero no a todas, por supuesto, por el amplio estudio que ha tenido la cuestión como se ha apuntado.

En este sentido, la conceptualización y definición de las características de todos y uno de los contratos bancarios que están en uso en la actualidad no puede ser objeto de análisis en esta tesis como estudio de investigación, porque sería un estudio que no podría aportar un interés doctrinal ni investigador propiamente. Por este motivo, se hará únicamente referencia a las tipologías de contratos bancarios utilizados más habitualmente por las Administraciones Públicas y a sus características, a fin de definir el contexto de estudio que aborda la presente tesis y para tener perspectiva de las cuestiones que se estudian e investigan en la misma. Sobre esta base y con esta finalidad, en los siguientes apartados se enumerarán y explicarán brevemente todas estas tipologías contractuales.

Como se ha apuntado, cuando una Administración Pública conviene un contrato bancario con una entidad financiera, el mismo sigue siendo un contrato bancario y o queda desnaturalizado. De hecho, según ha señalado con claridad MENÉNDEZ<sup>66</sup>, “*no olvidemos que el contrato es por excelencia un instrumento de Derecho privado que con posterioridad se adaptó a las peculiaridades del ámbito propio de la Administración, y que se basa en el acuerdo de las dos partes.*”; siendo éste el punto de partida en relación a los contratos en general, y a los contratos bancarios en particular.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe añadir que, por el hecho de que el deudor no sea un sujeto de Derecho privado, sino un sujeto de Derecho público, ello conlleva variaciones necesarias en el clausulado de los contratos bancarios. Serán variaciones que, aunque en algunas y pocas ocasiones sean fruto de la autonomía de la voluntad de

---

<sup>66</sup> MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Eva María. *El nuevo sistema legal francés en materia de contratación de las Administraciones Públicas. Hacia la unidad de jurisdicción*. Revista de Administración Pública, número 158, mayo-agosto, editorial Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Madrid, 2002, pág. 451. Luego, la autora, citando a DUGUIT recuerda que “*la institución contractual es única y común al Derecho civil y al administrativo, pero la diferencia de fuero radica en la finalidad de servicio público en vista de la cual se celebran los contratos administrativos.*”, en pág. 454.

las partes consagrada en el artículo 1.255 del CC<sup>67</sup>, en su gran mayoría vendrán impuestas, directa o indirectamente, por el legislador en virtud del principio de legalidad que debe guiar toda actuación administrativa. Ello sin perjuicio de que la parte contractual Administración Pública siga manteniendo algunos privilegios, a los que luego se aludirá, que en opinión de ARIÑO<sup>68</sup> son la otra cara de la moneda de su estricta sumisión a la ley. La misma idea expresa MARTÍN-RETORTILLO<sup>69</sup> en sede de contratación administrativa, al recordar que aunque “*contracto implica igualdad, y Administración pública determina siempre superioridad.*” resulta que “*No hay ninguna incompatibilidad para que el Estado, no obrando de hecho en plan de igualdad con los súbditos, y sin necesidad de formular la hipótesis de que éstos en tal caso se elevan de iure para alcanzar esa igualdad, no hay incompatibilidad –repito– para que aun en aquel supuesto, esto es, no obrando en pie de igualdad, el poder del Estado se someta a Derecho.*”

Por lo que, cuando la Administración Pública es parte de un contrato bancario dicho contrato bancario será especial, y no será totalmente igual ni totalmente diferente al contrato bancario que firmaría un sujeto de Derecho privado. Así, el contrato bancario que firmará la Administración Pública tendrá unas cláusulas propias y exclusivas que no resultan de aplicación a los sujetos de Derecho privado. Estas cláusulas especiales son las que se van a analizar en esta tesis, dentro de un estudio de

---

<sup>67</sup> Cuyo tenor es “*Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, la moral, ni al orden público.*” Como desarrollo doctrinal del principio, también denominado “*pacta sunt servanda*”, y de su importancia “*hasta el punto que no podría hablarse de un Derecho privado de contratos si una de las partes tuviera la competencia para redefinir el alcance de un acuerdo pactado*” como apunta CARRASCO PERERA, Ángel. *Derecho de Contratos*, editorial Aranzadi Thomson Reuters, 1ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2010, pág. 65.

<sup>68</sup> Sobre esta dualidad de privilegio y obediencia a la ley, destaca ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*, editorial Comares, 1ª edición, Granada, 1999, págs. 58 a 59; en donde afirma que “*La vinculación a la Ley en toda su riqueza de manifestaciones (...), son otros tantos contrapesos a las inmunidades y privilegios que acompañan también siempre a la Administración. Este complejo de poder y garantías, de privilegio y carga, es típico del régimen jurídico público, que acompaña a la Administración en mayor o menor medida allí donde ésta actúa. Y ello no desaparece totalmente, nisiquiera cuando en su actuación se revista de «formas» de derecho privado, pues hay un núcleo interno de organización, actividad y control que es siempre público.*”

<sup>69</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián. *El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones*, Monografías Civitas, editorial Civitas, 1ª edición, Madrid, 1996, pág. 109 y 116.

conjunto de la institución contractual bancaria en el ámbito de las Administraciones Públicas.

## 2.2. Elementos característicos

Siguiendo con el interés discursivo de dejar claro el ámbito en el que descansa la presente tesis, en este apartado se enumerarán los sujetos intervinientes, el objeto de los contratos y las cláusulas contractuales que se utilizan más frecuentemente en este tipo de contratación.

### 2.2.1. Partes contratantes, objeto y causa

#### A) Parte acreedora

Debido al carácter bilateral de la institución contractual, también en el ámbito de la contratación bancaria deberán de existir siempre dos partes contractuales; o, dicho de otra manera, dos intereses diferenciados cuya intención es confluir bajo un mismo acuerdo de voluntades: el acreedor y el deudor. Aunque estas partes pueden ser unipersonales, es relativamente frecuente que en el ámbito de los contratos bancarios cada una de estas partes sea plural, ya sea pluralidad de acreedores y/o pluralidad de deudores bajo un mismo contrato bancario<sup>70</sup>.

---

<sup>70</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*, Volumen II (Tomo I), editorial Tecnos, 11ª edición, Madrid, 2016, págs. 24 a 25; incluye una interesante descripción acerca de la bilateralidad y unilateralidad de los contratos: “*El contrato es siempre un negocio jurídico bilateral o plurilateral, atendiendo al número de partes en en él intervienen. Pero corrientemente la unilateralidad o bilateralidad del contrato se refiere no al número de partes, sino de obligaciones que el contrato en cuestión crea y a su estructura. Los contratos se llaman bilaterales cuando crean obligaciones recíprocas, es decir, a cargo de ambas partes (v. gr., la compraventa, donde existen la obligación del vendedor de entregar la cosa y la del comprador de pagar el precio), aunque la denominación que mejor les conviene sea la de sinalagmáticos. Por el contrario, son unilaterales los que crean obligaciones a cargo de una de las partes exclusivamente (v. gr., El préstamo, que sólo hace nacer la obligación de devolver la cosa o suma prestada una vez perfeccionado con la entrega de la misma). Como género intermedio, algún sector de la doctrina ha situado los llamados bilaterales ex post facto, que son aquellos contratos en que las obligaciones que de los mismos se derivan recaen sobre una de las partes, pero en el momento de su liquidación pueden imponer obligaciones a cargo de la otra. En el depósito o comodato, dentro de la tesis que los conceptúa como contratos reales, no hay más obligación que la de restituir a cargo del depositario o comodatario, pero en el momento de la extinción del contrato pueden surgir obligaciones a cargo de depositante o comodante, como son las de resarcir los gastos sufridos por el depositario o comodatario para la conservación de la cosa. No es pacífica esta categoría, y la opinión general no los sujeta a las mismas normas que los bilaterales.*”

La parte acreedora de los contratos bancarios es la entidad financiera o banco, por ser la parte que ofrece un determinado negocio jurídico de contenido bancario consistente en prestar y/o remunerar dinero en alguna de las diversas fórmulas posibles en la práctica mercantil habitual. La pluralidad de entidades financieras en la posición acreedora en la práctica bancaria se denomina en el argot financiero “*sindicato bancario*” o “*pool bancario*” o simplemente “*pool*”; lo que a su vez permite calificar al contrato bancario como “*contrato sindicado*” y a la financiación como “*financiación sindicada*”, siguiendo con aspectos del argot. La razón de que exista esta pluralidad en la parte acreedora se justifica por la eventual imposibilidad del deudor de obtener la íntegra financiación solicitada de parte de una sola entidad financiera, por lo que la sindicación permitirá repartir el importe a prestar al deudor y, con ello, también los riesgos asociados a dicha financiación. Es habitual la sindicación en financiaciones de operaciones bancarias con elevados importes y, en especial, en los proyectos de infraestructuras que suelen ser financiados por tramos a través de fases diferenciadas (de construcción y explotación, habitualmente) bajo la estructura denominada de “*Project Finance*”<sup>71</sup>. Estas operaciones aunque sea parte deudora un sujeto privado, cabe no olvidar que acometen inversiones destinadas a la satisfacción de una necesidad pública a través de contratos de concesión administrativa, sin embargo y precisamente por ser formas de gestión indirecta de obras y servicios públicos no van a ser objeto de estudio en la presente tesis y se ha presentado para ilustrar un supuesto real y habitual de sindicación de financiadores.

En cualquier caso, existiendo un sindicato bancario, la entidad financiera que haya sido designada como agente bajo los contratos de financiación ocupará una posición diferente respecto del resto de entidades del sindicato y le corresponderán funciones en exclusiva tales como la recepción y distribución de todos los pagos del proyecto, así como la interlocución directa con la parte deudora. De modo que la parte deudora se relacionará únicamente con una entidad financiera agente en el marco de la

---

<sup>71</sup> Sobre *Project Finance* y financiaciones estructuradas cabe destacar el artículo de LÓPEZ AGUDO, Carlos, BARIOS ASENSIO, Antoni, y CASTELL DEVÍS, Jesús. *Financiación de Proyectos (Project Finance)* de la obra de ZUNZUNEGUI PASTOR, Fernando (Dir.). *Derecho bancario y bursátil*, editorial Cóllex, 2ª edición, Madrid, 2012, págs. 519 a 550. También, sobre las peculiaridades de estas financiaciones es de imprescindible referencia la obra de DORREGO DE CARLOS, Alberto y MARTÍNEZ VÁZQUEZ, Francisco (Dir.). *La Colaboración Público-Privada en la Ley de Contratos del Sector Público Aspectos administrativos y financieros*, editorial La Ley, Colección *Claves La Ley*, 1ª edición, Madrid, 2009, págs. 54 y 55, y los Capítulos 7, 8 y 9.

financiación, toda vez que ésta actuará en nombre propio y en representación de todas las demás que conforman el sindicato bancario<sup>72</sup>.

Ya se anticipa que es relativamente habitual que exista sindicación de entidades financieras en los contratos de financiación bancaria de Administraciones Públicas, en especial en aquellos en los que se soliciten mayor importe por las Administraciones interesadas, frecuentemente CCAA aunque también podría ser en caso de EELL, siendo habitualmente operaciones de financiación a plazo superior a un año, aunque no exclusivamente.

Por lo demás, la entidad financiera deberá estar correctamente constituida para su válida operación en el mercado financiero, en la línea de lo comentado anteriormente sobre el sector regulado bancario, regulación que no es objeto de la presente tesis.

#### *B) Parte deudora*

En la práctica bancaria habitual, la parte deudora es la contraparte de la entidad financiera. Desde la perspectiva de la parte acreedora, la parte deudora es denominada “cliente” o “cliente bancario”.<sup>73</sup>

El cliente bancario puede ser una persona física o jurídica, unipersonal o multipersonal. Además, en el caso de las personas jurídicas cabe también distinguir entre privadas y públicas. Este grupo de sujetos públicos que el ordenamiento les ha concedido la facultad de aprobar ingresos y gastos públicos –y, con ello y por tanto,

---

<sup>72</sup> La sindicación fue una figura nacida en los años sesenta y setenta y con origen en el mercado internacional anglosajón como respuesta a las crecientes necesidades de financiación de las empresas que las entidades de crédito se veían incapaces de atender aisladamente. Sobre los créditos sindicados es interesante la obra de SÁNCHEZ CALERO, Fernando. *Instituciones de Derecho Mercantil*, Volumen II, editorial Mc Graw Hill, 27ª edición, Madrid, 2004, págs. 335 y 336.

<sup>73</sup> La denominación de la parte deudora como “cliente” es habitual tanto por la doctrina como en la práctica bancaria. Al respecto BONET SÁNCHEZ, José Ignacio. *Contratos bancarios. Cien preguntas clave y sus respuestas*, editorial Dykinson, 1ª edición, Madrid, 1996, pág. 17; afirma que “En un contrato bancario ordinario existen dos sujetos: el cliente y la entidad de crédito (...). El cliente bancario, desde este punto de vista, suele ser consumidor-usuario de servicios bancarios, si bien existe el cliente bancario no consumidor (...). El cliente bancario, en efecto, puede ser comerciante.” De esta manifestación sólo cabe matizar que el cliente bancario puede no ser ni consumidor ni comerciante, sino un cliente público, como es el caso de los sujetos deudores analizados en esta tesis.

concertar endeudamiento- han sido identificados por CAZORLA PRIETO a estos efectos como el “*poder financiero*”<sup>74</sup>.

En función de cuáles de estas características tenga el cliente bancario en concreto, el contrato bancario final deberá ser adaptado en su clausulado a la especialidad subjetiva de dicho cliente. Aunque, con carácter general, cabe afirmar que todos los contratos bancarios celebrados con personas físicas o jurídicas tienen en común el objeto y la causa.

Además, muchos de los contratos bancarios podrán ser celebrados por todos ellos, como es el caso de la apertura de cuenta bancaria, el préstamo, las tarjetas. Sin embargo, habrá diferencias importantes en función de quién sea el cliente bancario en los siguientes aspectos principalmente: (i) los importes a financiar, (ii) las operaciones a las que destinar dichos importes, (iii) la habitualidad o necesidad de los servicios bancarios, (iv) la transparencia que deben ofrecer los servicios bancarios, (v) la fidelización, (vi) la complejidad de los productos bancarios, (vi) los riesgos de morosidad para el banco y su tratamiento. En definitiva, los contratos y productos bancarios que puede solicitar una persona física y una jurídica, si bien pueden presentar puntos coincidentes o denominaciones similares en la contratación, en la práctica se traducen en negociaciones y contrataciones muy diferentes entre sí aunque versen sobre la misma materia.

Respecto de las personas físicas, cabe precisar que el volumen de contratación bancaria en la que pueden intervenir no es homogénea y ello dependerá de la posición económica de dicho cliente, siendo aquellos que presentan situaciones patrimoniales más activas los que en el argot bancario pueden ser calificados como colectivo de “*banca privada*”, ámbito en el que tales clientes pueden estar realizando operaciones bancarias muy similares a las realizadas por personas jurídicas privadas. Sin perjuicio de las diferencias patrimoniales entre personas físicas a efectos de tener mayor o menor implicación financiera, todo el colectivo de personas físicas goza de una misma protección por parte del ordenamiento jurídico en el ámbito de la contratación bancaria

---

<sup>74</sup> Concepto que es considerado una categoría jurídica por CAZORLA PRIETO, Luís María. *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*, editorial Thomson Reuters Aranzadi, 14ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2014, págs. 72 a 73.



en su condición de consumidores. Ello provoca que las entidades financieras deban informarlos debidamente, de manera transparente y con todas las garantías de defensa, en el momento de contratar productos y servicios bancarios, en acatamiento del ordenamiento jurídico, interno y comunitario, que protege a las personas consumidoras.

A dicho fin, las entidades financieras han predispuesto modelos de contrato para estos clientes a fin de que no quepa margen de negociación respecto de aquellos aspectos del contrato que las leyes protegen especialmente, como son la transparencia en los productos ofrecidos y la debida información precontractual para que el cliente decida libremente si contrata o no el servicio. Así, se configuran verdaderos contratos bancarios adaptados para personas físicas, en donde las cláusulas para la protección de las mismas son insertadas como cláusulas contractuales generales que aparecerán en todos los contratos como cláusulas de adhesión a favor del consumidor o cliente bancario persona física. Lo único que la persona física deberá negociar con la entidad financiera caso a caso es el contenido de las cláusulas particulares, reguladoras de los detalles del concreto contrato: en esencia, el importe, el tipo de interés, las comisiones y gastos que asumirá el cliente, así como los plazos de amortización.

Respecto de las personas jurídicas privadas también se puede advertir un diverso abanico de potencialidades y vinculación de los mismos respecto de las entidades bancarias. En este sentido, bajo la categoría de persona jurídica se incluyen a las empresas de toda dimensión: pequeña, mediana, grande o multinacional, incluidas las matrices y sucursales de nacionalidad no española<sup>75</sup>.

A este punto cabe puntualizar que las empresas públicas, entendidas como personas jurídicas públicas de la tipología sociedad anónima o sociedad de responsabilidad limitada con un accionariado de titularidad pública de más del 50% del capital social – como criterio usado habitualmente para su clasificación pero que no debería ser el único según apunta SALA ARQUER<sup>76</sup> -, también se hallan dentro de este

---

<sup>75</sup> En relación con los artículos 1 y 42 del CCo sobre la condición de “comerciante” y “grupo de empresas”.

<sup>76</sup> La necesaria participación pública en el capital en más del 50% está previsto en el artículo 3.1.d) del **TRLCSF**. Por lo demás, las sociedades mercantiles estatales se hallan reguladas en los arts. 111 a 117 de la LRJSP. Sobre la participación mayoritaria como criterio y la necesidad de considerar el

colectivo porque su normativa reguladora prevé la aplicación del Derecho privado en materia de contratación a salvo de las limitaciones legales o presupuestarias que les pudieren resultar de aplicación. En cualquier caso, es importante incluir aquí esta precisión, toda vez que las empresas públicas presentan un régimen de endeudamiento no absolutamente idéntico al de las Administraciones Públicas, por lo que se han excluido del ámbito de estudio de la presente tesis para evitar una extensión impropia de la misma y confusiones discursivas en caso de haber pretendido abordar su estudio de forma abreviada o no rigurosa.

Sin perjuicio de lo anterior, el colectivo del cliente bancario persona jurídica privada también incluye otros sujetos que no son empresas y que no tienen ánimo de lucro, tales como las asociaciones y las fundaciones privadas<sup>77</sup>, las entidades religiosas<sup>78</sup>, los partidos políticos<sup>79</sup>, así como también los entes corporativos tales como

---

criterio de la influencia dominante del Derecho comunitario *vid.* SALA ARQUER, José Manuel. *Sociedades mercantiles estatales y sector público*, Revista Española de Derecho Administrativo, número 177, abril-junio, Madrid, 2016, págs. 39 a 51.

<sup>77</sup> En materia de asociaciones, la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación prevé que los estatutos determinarán “*los recursos económicos de los que se podrá hacer uso*” (artículo 7.1.j). El derecho de asociación pertenece a los ciudadanos *ex* artículo 22 de la CE y su desarrollo es una competencia exclusiva del Estado *ex* artículo 149.1.a) de la misma CE como condición básica que determina la igualdad entre todos los españoles, motivo por el que se trata de una regulación de Derecho Privado en la que impera también la autonomía de la voluntad en lo relativo a la contratación de financiación y servicios bancarios por parte de una asociación.

Y, respecto de las fundaciones, cabe estar a la normativa estatal contenida en la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones. Esta Ley regula las “fundaciones del sector público estatal” en sus artículos 44-46, en donde se prevé expresamente que “*su contratación se ajustará a los principios de publicidad, concurrencia y objetividad, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios.*” Y que “*Cuando la actividad exclusiva o principal de la fundación sea la disposición dineraria de fondos, sin contraprestación directa de los beneficiarios, para la ejecución de actuaciones o proyectos específicos, dicha actividad se ajustará a los principios de publicidad, concurrencia y objetividad, siempre que tales recursos provengan del sector público estatal.*”; además de que les aplica la LGP en materia de presupuestos, contabilidad y auditoría de cuentas. Y, respecto de las asociaciones, la normativa estatal se contiene en la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación que, en materia de recursos y financiación, únicamente hace una previsión dentro del artículo regulador de los estatutos de las asociaciones diciendo que en los mismos se deberá regular “*El patrimonio inicial y los recursos económicos de los que se podrá hacer uso*” (art. 7.j).

<sup>78</sup> Para la Iglesia Católica y demás personas jurídicas públicas cabe estar a lo dispuesto en el Código de Derecho Canónico (Codex) de 25 de enero de 1983 (especialmente, Cann. 1.290 a 1.296); mientras que para las personas jurídicas privadas cabe estar a sus estatutos (Can. 1.257.2). Para las primeras, los límites cuantitativos para actos de enajenación (que incluyen también los de gravamen según la *Pastorale munus* de 30 de noviembre de 1963, *Litterae Apostolicae Paulus PP. VI*, en cuyo apartado 32 se incluye “*concedendi licentiam ut, legitima interveniente causa, bona ecclesiastica alienari, oppignerari, hypothecae nomine obligari, locari, emphyteusi redimi possint, et personae morales ecclesiasticae aes alienum contrahere valeant, usque ad eam pecuniae summam, quam nationalis aut regionalis Conferentia Episcoporum proposuerit et Apostolica Sedes adprobaverit*”),

los colegios profesionales, las cámaras oficiales y los gremios profesionales. Estos tres últimos colectivos, sin perjuicio de que en muchas ocasiones se basen en una regulación legal y ser considerados como parte de la Administración Corporativa rigen su contratación por el Derecho Privado según su propia normativa reguladora<sup>80</sup>. Por ello, a todos los colectivos apuntados en este párrafo, desde la perspectiva de la entidad financiera, les serán de aplicación los contratos bancarios modelados para personas jurídicas privadas, bajo la consideración de que tales colectivos no ostenten la consideración de consumidor y porque les es de aplicación, reiterando, el Derecho Privado a efectos de la contratación bancaria.

Y, finalmente, la tercera categoría de cliente bancario es la persona jurídica pública, concepto dentro del que se incluyen las Administraciones Públicas y todos los entes y entidades que conforman su perímetro SEC, que constituyen el ámbito subjetivo de estudio de la presente tesis.

Cabe advertir que esta persona jurídica pública, históricamente, era el soberano y, por tanto, una parte no igual en la relación. Así lo recuerda ARIÑO<sup>81</sup> en uno de sus artículos en donde, citando a FLEINER en materia contractual quien afirmó que *“puede hablarse solamente de contrato si la voluntad de cada una de las partes de una relación jurídica posee la misma fuerza; ahora bien, esa igualdad no existe jamás entre el soberano y el súbdito.”* Al hilo de este recordatorio, el autor cita luego a

---

establecidos por la Conferencia Episcopal Española en su asamblea de 20-24 de noviembre de 2006 son de mínimo 150.000 euros, caso en el que no se precisa licencia, y de máximo 1.500.000 euros, caso en el que se precisará licencia de la Santa Sede. Los contratos bancarios firmados al amparo de esta normativa son reconocidos por el Derecho Español en base del Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede de Asuntos Jurídicos de 3 de enero de 1979 (artículo I.4, en relación con el Can. 1.290). Y, respecto de las demás entidades religiosas inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, el régimen de enajenación y gravamen (que incluye a los contratos bancarios) se determinará en sus estatutos, según la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa (artículo 6).

<sup>79</sup> En este sentido, el artículo 2 de la LOFPP entre los recursos económicos de los partidos políticos incluye los *“Los fondos procedentes de los préstamos o créditos que concierten”* como recursos procedentes de la financiación privada. Además, nótese que el PLCSP prevé la inclusión de los mismos en su ámbito subjetivo en su artículo 3.4.

<sup>80</sup> La Administración corporativa (cuyos integrantes también se denominan Corporaciones de Derecho Público) no se inserta dentro del grupo del sector público institucional en virtud del artículo 2.4 de la LPAC, y se rige por su normativa específica y supletoriamente por la LPAC.

<sup>81</sup> ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *El enigma del contrato administrativo*. Revista de Administración Pública, número 172, enero-abril, editorial Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Madrid, 2007, págs. 80 y 89.

Víctor MENDOZA en lo relativo a que *“los contratos que celebran los particulares para los que el principio de cumplimiento de lo pactado es una regla de oro labrada en la esencia misma de la institución contractual, desde el Digesto hasta nuestros días”*, ARIÑO añade que *“Por ello, los contratos que celebra la Administración son verdaderos contratos y le crean un compromiso de inexcusable cumplimiento.”*

La presente tesis, por tanto, partirá de esta premisa según la que la Administración Pública, o el cliente persona jurídica pública para el argot financiero, es sujeto de derechos y obligaciones y puede válidamente contratar con los particulares, en este caso, las entidades financieras.

### *C) Objeto y causa*

El hecho que una parte del contrato bancario sea siempre una entidad financiera es lo que otorga a la relación contractual la connotación de bancaria, a la vez que condiciona dos elementos esenciales del contrato a tenor del artículo 1.261 del CC<sup>82</sup>: el objeto y la causa.

Sobre el objeto, la presencia la entidad financiera predetermina dos aspectos. Por un lado, que el objeto del contrato bancario sea el dinero. Así lo apuntó GARRIGUES<sup>83</sup> al decir que *“las operaciones [bancarias] tienen por objeto el dinero”* y al formular la trascendente reflexión a cuyo tenor *“mientras no han existido deudas de dinero no podía decirse que hubiese dinero. Dinero y deuda de dinero son pues, conceptos inseparables”*. Por tanto, que el contrato bancario sea siempre un contrato oneroso como advierte DÍEZ-PICAZO<sup>84</sup>, y por otro lado, que la causa contractual consista en

---

<sup>82</sup> Cuyo tenor es *“No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1.º Consentimiento de los contratantes. 2.º Objeto cierto que sea materia del contrato. 3.º Causa de la obligación que se establezca.”*

<sup>83</sup> GARRIGUES, Joaquín. *Contratos Bancarios*, editado por Silverio Aguirre Torre, 1ª edición, Madrid, 1958, págs. 59 y 69; en la frase *“La mayoría de las definiciones de Banco y de banquero giran sobre las operaciones que tienen por objeto el dinero y los títulos.”*

<sup>84</sup> Sobre el carácter oneroso de los contratos, la citada obra de DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio. *Sistema de Derecho Civil, Volumen II (Tomo I)*, editorial Tecnos, 11ª edición, Madrid, 2016, págs. 25 a 26; explican que *“En el negocio oneroso, los sacrificios que realizan las partes están compensados o encuentran su equivalente en el beneficio que obtienen. (...) No es imprescindible que el beneficio y sacrificio en los negocios onerosos se fundamente en una relación de causalidad, de tal manera que la prestación o su promesa tenga causa en la prestación o su promesa de la otra parte (vid. art. 1.274), ya que la noción de negocio oneroso no es sinónima de contrato bilateral sinalagmático. Ciertamente que esta figura es el prototipo del*

pagar o financiar bienes o servicios, lo que *grosso modo* podría englobarse dentro del concepto de “*deudas*” dimanantes de obligaciones que ha asumido o pretende asumir la otra parte contractual y, por tanto, que sea una causa remuneratoria en el sentido del artículo 1.274 del CC.

En este sentido, este objeto-dinero del contrato bancario se concretará en un contrato de préstamo, en un contrato de apertura de cuenta corriente, en un contrato de cesión de créditos, entre otros. Sin embargo, lo que sí es un hecho común es que en todas las categorías contractuales bancarias el dinero será su objeto como ha afirmado SÁNCHEZ CALERO, entendido este dinero en sentido amplio<sup>85</sup>. Al respecto, cabe añadir

---

*negocio oneroso, en tanto que en ella se da esa relación de causalidad antedicha (en la compraventa, la obligación del vendedor de entregar la cosa es la contraprestación de la obligación del comprador de pagar el precio). Pero hay contratos unilaterales onerosos. Así, por ejemplo, el mutuo o préstamo simple es un contrato unilateral, en tanto que genera una obligación o cargo del prestatario de devolver el tantumdem (art. 1.740, p. 1.º). Si se pacta el pago de intereses, la ventaja que para el prestatario supone disponer de dinero ajeno se compensa por el sacrificio de tener que pagar su precio (los intereses), que es, a su vez, la ventaja del prestamista, pero no hay reciprocidad entre ambas. La relación de equivalencia es subjetiva, establecida por las partes. No se exige en el Código Civil una equivalencia objetiva con sus consecuencias: precio justo en la compraventa; rescisión por lesión cuando falte una equivalencia entre lo que se da y lo que se recibe, etc. (...). En la enumeración de causas de contratos que hace el artículo 1.274 se incluye la causa remuneratoria, que consiste en el servicio o beneficio que se remunera. El origen de este tercer género de causa se encuentra en el artículo 997 del Proyecto de 1851, del que es copia el actual artículo 1.274. GARCÍA GOYENA, sin embargo, no le daba sustantividad propia a los contratos remuneratorios, ya que los reputaba onerosos. En el contrato remuneratorio –dice DE CASTRO–, las partes consienten (expresa o tácitamente) en que lo dado o prometido lo es en remuneración de un servicio o beneficio ya prestado.”*

<sup>85</sup> A este respecto, resulta ilustrativa la conceptualización de la causa de los contratos bancarios que hace SÁNCHEZ CALERO, Fernando. *Instituciones de Derecho Mercantil*, Mc Graw Hill, Volumen II, 27ª edición, Madrid, 2004, págs. 316-317 al manifestar que “El objeto “material” de los contratos bancarios está constituido por tres importantes tipos de bienes: el dinero, el crédito y los valores mobiliarios. 1. En cuanto al dinero, se trata de un concepto que pretende ser reivindicado tanto por la Ciencia económica como por el Derecho. En principio, el dinero es aquel conjunto de bienes genéricos y fungibles que sirven como instrumento general de cambio y medida universal de valor. Pero, desde la óptica jurídica, lo verdaderamente característico del dinero es que resulta un medio forzoso de pago, impuesto como tal por el ordenamiento de un Estado. En el ámbito bancario, el dinero es objeto de la mayor parte de las operaciones, ya sean operaciones de crédito o bien de gestión. Por lo característico es que, en la mayor parte de los supuestos, el dinero viene considerado como mera suma aritmética (representado por una “anotación contable” y no como conjunto de monedas o billetes específicos. Se trata, por tanto, de verdaderas obligaciones pecuniarias, en las que el objeto (dinero) es tan genérico que resulta extremadamente fungible y consumible, pero –a la vez, y paradójicamente– indestructible. 2. La operación “de crédito” implica –desde la óptica jurídica– cualquier contrato cuyo objeto es, principalmente, el aplazamiento del cumplimiento de una obligación dineraria. Pero para que exista un verdadero contrato de crédito es preciso que se den tres condiciones: a) Que el otorgante del crédito o acreditante se haya comprometido a no reclamar el pago que le es debido (*pactum de non petendo*) durante el plazo pactado, o en su defecto el que resulte de la aplicación analógica de los artículos 1128 C.c. o 313 C. De c. De este modo la entidad acreditante asumirá una obligación contractual negativa (“de no hacer alguna cosa”: art. 1088 C.c.). b) Que el contenido esencial del negocio sea esta obligación negativa de respetar el

que en supuestos de refinanciaciones en los que la entidad financiera propiamente no presta dinero nuevo, pero el interés es que al dinero ya prestado anteriormente se le apliquen una nuevas condiciones más flexibles que faciliten el repago de la deuda bancaria; o supuestos de cesión de créditos en garantía de obligaciones financieras previamente contraídas<sup>86</sup>.

Sin perjuicio de la anterior afirmación, directamente relacionada con la distinción entre contratos de activo y contratos de pasivo, cabe formular una matización respecto de los valores. Éstos, regulados en la LMV y convertibles en dinero en todo caso, pueden consistir en acciones de sociedades mercantiles, bonos emitidos por una Administración Pública, derivados de coberturas de tipos de interés, entre otros. Esta matización es importante tenerla en consideración; en la medida que los valores son objeto de determinados contratos bancarios, pero no de los contratos bancarios de financiación que se estudian en la presente tesis.

Por último, indicar que la causa de los contratos bancarios está directamente relacionada con la voluntad de dar satisfacción o cumplimiento a obligaciones de la tipología de dar y, más en concreto, a obligaciones que consisten en dar un dinero en pago de un bien o servicio: la causa remuneratoria antes mencionada.

#### *D) Consentimiento*

En tercer lugar y siguiendo con el artículo 1.261 del CC, además del objeto y la causa, los contratos bancarios necesitan el requisito del válido consentimiento de la

---

*aplazamiento. c) Que esta obligación negativa sea asumida exclusivamente por uno de los contratantes: es decir, que la concesión de aplazamiento sea unilateral, respecto de las obligaciones surgidas de un mismo contrato. 3. Los valores mobiliarios (...) son objeto de operaciones bancarias, bien con el fin de su emisión, custodia o gestión de muy variadas formas.”*

<sup>86</sup> En esta tesitura es cuando se puede distinguir, dentro de los contratos activos, entre contratos de crédito y contratos de financiación. Al respecto se pronuncia el CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. *Cuadernos de Derecho Judicial. Contratos Bancarios y Financieros*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1ª edición, 1994, pág. 59, cuando explica que, en los contratos de crédito que son contratos de dinero, “*el financiado recibe dinero y contrae una deuda de restitución, que en caso de estar sometido al deber público de contabilidad registrará en el pasivo de su balance.*” Mientras que los contratos de financiación estrictos, o contratos de financiación sin crédito, “*en principio no originan esta deuda en el financiado: así, en el factoring el financiado no debe la cantidad anticipada (ya que a cambio de ella se ha desprendido de créditos contra su clientela que cedió al factor); en el leasing debe sólo las cuotas futuras (que incluirá en el pasivo del balance, si en el activo escribe los bienes financiados) y en el descuento intercambia un activo financiero (el crédito) por otro activo, líquido (dinero).*”

entidad financiera y de la Administración Pública. Sin perjuicio de la normativa aplicable para la expresión del válido consentimiento de personas físicas y de personas jurídicas privadas, en el caso de la Administración Pública, cabe hacer notar que dicho consentimiento deberá ser prestado a través de los órganos que ostenten la representación de la Administración de que se trate y previa la adopción de los acuerdos pertinentes al amparo de la ley, mereciendo especial consideración lo relativo a los importes máximos y órganos competentes para la adopción de los acuerdos.

Por lo tanto, el consentimiento para convenir contratos bancarios de parte de Administraciones Públicas no podrá ser libremente prestado, sino siempre dentro de lo que la ley les permita. Dicho de otro modo, sin dichos acuerdos adoptados de la manera procedente, en la medida que no se habrán seguido los cauces legalmente establecidos para la válida adopción de acuerdos de voluntad, podrá afirmarse que el acuerdo adoptado está viciado de nulidad a tenor del artículo 47.1 de la LPAC, con todas las consecuencias que ello acarree. En este sentido, de estar ya formalizado el contrato bancario, la nulidad del consentimiento prestado por la Administración Pública afectará a la validez del contrato en sí de modo que el mismo quedará igualmente viciado y, en función del nivel de nulidad que afecte al contrato, puede no existir posibilidad de convalidación de dicho consentimiento, escenario en el que se debería dejar sin efectos el contrato viciado y concertar otro previa adopción de los acuerdos correspondientes de parte de los órganos competentes. Por ello no es estrictamente necesario que concurra un escenario de violencia, intimidación, dolo u error de los artículos 1.262 a 1.270 del CC, que podrían eventualmente ser de difícil ocurrencia en el ámbito de las Administraciones Públicas, bastando con que dicho cliente bancario público no haya seguido los cauces legalmente establecidos para la adopción del acuerdo de concertación de un contrato de financiación bancaria. Nótese, por tanto, en este punto, como la combinación de la regulación de Derecho privado y la de Derecho público dan como resultado un régimen casuístico finalmente aplicable que es indiscutiblemente propio y exclusivo para las Administraciones Públicas y que no es aplicable ni extrapolable a las personas físicas, y lo podría ser pero de manera análoga y no idéntica a las personas jurídicas privadas.

### 2.2.2. Cláusulas más habituales

En este apartado se hará referencia a aquellos pactos característicos y habituales de los contratos bancarios. Todo ello a fin de que, más adelante, pueda motivarse la procedencia o no de estas cláusulas en los contratos bancarios con Administraciones Públicas.

Al respecto, es posible formular diversas clasificaciones de las cláusulas bancarias. Atendiendo a NUÑEZ-LAGOS, una de ellas sería distinguir una triple tipología de cláusulas entre: cláusulas informativas, cláusulas obligaciones y cláusulas de garantía; clasificación hecha según la finalidad de las cláusulas<sup>87</sup>.

Otra posible clasificación sería en función de su carácter estándar o pactado, esto es, en función de si el cliente bancario tiene opción para afectar o modificar las cláusulas. Así, cabría considerar una doble tipología de cláusulas: (i) por un lado, las que tengan un clausulado general, que aplica de manera prácticamente invariable en todos los contratos que se formalicen de la misma denominación; y, (ii) por otro lado, las que contengan un clausulado particular que recoge las características y condiciones a que se sujeta, precio pactado entre las partes, el concreto contrato. Las primeras son cláusulas previamente dispuestas por la entidad financiera, se replican en todos los contratos y los clientes bancarios se limitan a aceptar; mientras que las condiciones particulares se incluyen en una hoja separada respecto a las condiciones generales y son las que recogen el resultado de las negociaciones habidas con anterioridad entre la entidad financiera y el cliente. Pues bien, entre todas estas cláusulas de pactos más habituales en la contratación bancaria privada cabe mencionar a las siguientes:

---

<sup>87</sup> NUÑEZ-LAGOS ROGLÁ, Francisco José. *Contratos Bancarios*, editorial Centro de Formación del Banco de España, 1ª edición, Madrid, 1995, pág. 67. Las informativas serían “cláusulas de identificación de cada parte contratante y a todas aquellas que traten de centrar la naturaleza de la operación. Su falsedad puede invalidar el contrato.” Las obligacionales “pueden dividirse, como las obligaciones, en cláusulas de hacer o imperativas o de no hacer o prohibitivas (...). En ambas, el incumplimiento produce el vencimiento del préstamo y la resolución.” Y las de garantía son “las que sujetan bienes de cualquier clase y las que establecen cláusulas de resolución cuando se produzcan hechos que supongan disminución de solvencia o aumento del riesgo, incompatible con lo contemplado en el contrato. estas resoluciones anticipan el vencimiento y permiten la ejecución de la deuda.”



#### *A) Cláusulas sobre el coste bancario*

Cláusula particular obligacional que consiste en un pacto, o varios, inseparable a todo contrato bancario en el que las partes pactan el precio del dinero que la entidad financiera entrega al cliente. En este pacto, se recoge, por un lado, los diferentes conceptos en que se distribuye el coste bancario de la operación para el cliente y se cuantifican y, por otro lado, se regulan cuestiones relativas a la mecánica de la cuantificación y de hacer efectivo este coste, conceptos como el tipo de interés de referencia, el margen o diferencial que se pacta, suelos y/o techos al tipo de interés o al diferencial, los periodos de intereses, el momento de pago y actualización del tipo de interés aplicable, así como el importe y concepto de las comisiones bancarias y gastos que se pacten (como los de corretaje). Dentro de esta cláusula se incluye también el importe y forma de cuantificación de los intereses de demora, determinando el tipo de interés de referencia.

#### *B) Cláusula sobre amortización*

Cláusula particular obligacional por la que se establece el momento en el que el cliente deberá restituir al banco el importe del dinero prestado con los intereses y demás gastos pactados. En esta misma cláusula, puede pactarse la posibilidad, o exclusión de la misma, de amortización anticipada de la deuda por parte del cliente, además del posible pacto sobre la correspondiente comisión de amortización anticipada.

#### *C) Cláusulas que imponen obligaciones al cliente*

Cláusulas generales de índole obligacional, que pueden ser muy diversas y suelen ser habituales más habituales con clientes personas jurídicas: (i) no reparto de dividendos hasta la total cancelación y amortización del contrato; (ii) no endeudamiento; (iii) *pari passu*, consistente en mantener el contrato y los derechos que del mismo se derivan para las entidades financiadoras como mínimo con igual rango, referencia y garantías que cualesquiera otras deudas posteriores; (iv) *negative pledge*, consistente en reponer garantías en ocasión de futuros eventos que acontezcan y puedan perjudicar al banco acreedor; -sendos acrónimos han sido definidos por

BEALE<sup>88</sup> en el contexto del *Common Law*-; (v) prohibición de enajenar, hipotecar, gravar, pignorar, ceder o afectar activos o derechos propiedad de la sociedad; (vi) contratar determinados seguros; (vii) respetar la normativa medioambiental aplicable; (viii) no mantener litigios que puedan afectan a la financiación durante la misma; (ix) obligaciones de información, principalmente.

#### *D) Cláusula de compensación, legal y convencional*

Cláusula general de índole obligacional en cuya virtud la entidad financiera advierte o se reserva el derecho a compensar, a cargo de saldos positivos o valores que tenga el cliente en la misma entidad, en caso que dicho cliente no cumpla puntualmente las obligaciones de pago asumidos respecto a la entidad financiera en el marco del contrato. La compensación puede ser legal *ex* artículo 1.195 del CC a cuyo tenor “*Tendrá lugar la compensación cuando dos personas, por derecho propio, sean recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra*”, por lo que no es negociable ya que procede su aplicación por ministerio de la ley. O bien, puede ser convencional pues, como indicaba GARRIGUES<sup>89</sup>, “*el Banco se reserva, además, un derecho de compensación que excede de los límites de la compensación legal*”, y por ello y mediante la compensación convencional se faculta a la entidad financiera, respecto de los saldos en depósitos, considerar estos saldos vencidos anticipadamente a fin de poder practicar la compensación.

#### *E) Cláusula de resolución*

Cláusula general que puede recibir varias denominaciones (como extinción, de vencimiento, incluso de vencimiento anticipado) que recoge todos los motivos que la entidad financiera considera que, en caso de producirse, deben permitir a ésta poder decidir entre si resolver o extinguir el concreto contrato y, consiguientemente, exigir al

---

<sup>88</sup> BEALE, Hugh G. *Chitty of Contracts*, Volumen II, editorial Sweet and Maxwell Thomson Reuters, 31ª edición, Londres, 2012, págs. 981 a 982 (transcripción literal); “*So-called negative pledge clauses take a variety of forms. Their purpose is to protect a first lender should the borrower seek to incur further indebtedness from subsequent lenders (...) often preclude the borrower from incurring any further secured debt without the consent of the lender ore even (the so-called affirmative negative pledge clause) requiring the borrower to give parity of position to the first lender should the borrower incur further secured debt.*”

<sup>89</sup> GARRIGUES, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo II, editado por Silverio Aguirre Torre, 7ª edición, Madrid, 1980, pág. 168.

cliente el pago inmediato de las cantidades debidas. Suelen formar parte de las cláusulas generales y, por tanto y en contratos bancarios modelados, no pueden ser objeto de negociación entre las partes con carácter habitual. Las causas de resolución predispuestas suelen ser muy variadas y, entre ellas, se pueden encontrar las siguientes: (i) el incumplimiento de cualquier obligación de pago derivada del concreto contrato, (ii) el incumplimiento de cualquier obligación de pago que el cliente, o el fiador si existe, tenga con la misma entidad financiera o con otras entidades financieras (es el supuesto de incumplimiento cruzado, *cross default*<sup>90</sup>), (iii) si el cliente persona jurídica entra en causa legal de disolución, o no cumple sus obligaciones tributarias, con la Seguridad Social o de depósito de cuentas anuales en el Registro Mercantil, o si el resultado de su explotación arroja pérdidas, principalmente.

#### *F) Cláusulas de garantías*

Cláusulas generales o particulares en función del cliente bancario de que se trate y del número y magnitud de las garantías ofrecidas. Cláusula claramente de garantía de índole obligacional en cuya virtud la entidad financiera deja de manifiesto el principio general de responsabilidad ilimitada o universal del deudor *ex artículo 1.911 del CC*<sup>91</sup>. Además, en la misma, se suele hacer también referencia a la responsabilidad solidaria de los fiadores respecto de la obligación principal, en caso que existan, como cláusula habitual en la medida que la presencia de fiadores en la financiación es relativamente frecuente en financiaciones con personas físicas y con personas jurídicas societarias.

#### *G) Cláusulas de formalización y gastos*

Cláusula general de índole obligacional cuya finalidad es que sea el cliente bancario el que asuma los gastos asociados a la formalización del contrato bancario, que incluyen todos aquellos gastos formales por la realización de operaciones asociadas

---

<sup>90</sup> BEALE, Hugh G. *Chitty of Contracts*, Volumen II, editorial Sweet and Maxwell Thomson Reuters, 31ª edición, Londres, 2012, pág. 979; “*The purpose of a cross-default clause is to enable the lender to accelerate payment upon default by the borrower in the performance of his obligations under any other agreement with the lender or, in some cases, with any associated company of the lender. The cross-default clause may be drafted even more widely so as to confer a right to accelerate should any indebtedness of the borrower to any other lender not be paid when due for payment or, if payable on demand, should not be paid when demanded.*”

<sup>91</sup> Cuyo tenor es: “*Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros*”.

como son los de formalización y modificación, los de constitución y cancelación de garantías, los de reclamación, incluidos los de expedición de testimonio o copia autorizada del contrato a efectos ejecutivos. Cabe recordar en este punto que, siendo contratos privados entre personas sujetas a Derecho privado, es necesario testimoniar o elevar a público al contrato a fin de que el mismo adquiera carácter de título ejecutivo en el sentido del artículo 517 de la LEC<sup>92</sup>, siendo lo más habitual que los contratos bancarios se formalicen en póliza intervenida notarialmente pues *“este tipo de documento público notarial tiene su razón de ser en la actividad bancaria, cuya transcendencia en la economía de un país es innegable”*<sup>93</sup>.

#### *H) Cláusula de reclamación judicial y fuero*

Cláusula general de carácter obligacional e informativa, por la que se recuerda que, en caso de que el contrato esté intervenido por fedatario público, el mismo será un título ejecutivo susceptible de ser exigible su cumplimiento (habitualmente, a favor de la entidad financiera) en vía judicial. Dado que las partes están sujetas a Derecho Privado, esta cláusula implica a su vez la sumisión de las partes a la jurisdicción civil a fin de dirimir cualquier controversia que les surja respecto al contrato. Habitualmente y de tratarse de contratos de adhesión, el fuero indicado en el contrato será el correspondiente al domicilio social de la entidad financiera. En caso de contratos de financiación a medida, o *taylor made*, y de elevada complejidad, al no tratarse de contratos de adhesión, las partes habrán pactado el fuero que les resulte más conveniente. Todo ello sin perjuicio de la facultad de las partes de someter las controversias a arbitraje *ex* artículo 2.1 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje; aunque ello no es usual en la práctica bancaria excepto en relación a los

---

<sup>92</sup> Cuyo tenor es *“1. La acción ejecutivo deberá fundarse en un título que tenga aparejada ejecución. 2. Sólo tendrán aparejada ejecución los siguientes títulos: (...) 5º.- Las pólizas de contratos mercantiles firmadas por las partes y por corredor de comercio colegiado que las intervenga, con tal que se acompañe certificación en que dicho corredor acredite la conformidad de la póliza con los asientos de su libro registro y la fecha de éstos.”*

<sup>93</sup> MARTÍNEZ ORTEGA, Juan Carlos. *La intervención de la póliza*, editorial Asociación Estatal de Empleados de Notarías (FEAPEN), 1ª edición, Madrid, 2014, págs. 14 a 15.

instrumentos financieros en cuyo ámbito es común la sumisión a arbitraje de las discrepancias entre las partes<sup>94</sup>.

#### *I) Cláusula de desistimiento*

Cláusula general de carácter obligatorio cuya inclusión procede únicamente en contratos bancarios celebrados con consumidores. Su obligatoriedad es respecto de la entidad financiera, mientras que actúa como cláusula informativa para el cliente bancario que ostenta la condición de consumidor. Es una cláusula específicamente predispuesta en acatamiento de la protección que el ordenamiento jurídico brinda a los consumidores y para atenuar su posición patrimonial más débil frente a la entidad financiera.

#### *J) Cláusula de cesión de la posición contractual*

Cláusula general de carácter obligatorio para el cliente bancario, en cuya virtud la entidad financiera se reserva la facultad de poder transmitir a un tercero (que deberá ser otra entidad financiera, por el tipo de objeto de que se trata) su condición de parte acreedora, aunque habitualmente se incluye la necesaria conformidad o autorización del propio cliente. Es una cláusula de uso habitual en todo tipo de contratos de financiación, aunque su utilización es prácticamente inapreciable en contratos con consumidores y más utilizada en financiaciones sindicadas a favor de grandes empresas.

El anterior listado enumera las cláusulas habituales en la práctica bancaria actual con clientes personas privadas, físicas y jurídicas. Como se observa, son cláusulas cuya finalidad es la protección de la posición acreedora de la entidad financiera, así como también de los intereses del cliente aunque e y que pretenden cubrir los más variados escenarios que podrían darse y que podrían eventualmente perjudicar dicha

---

<sup>94</sup> En particular, la cláusula de sumisión a arbitraje o de sumisión a convenio arbitral se contiene en el Anexo I del Convenio Marco de Operaciones Financieras (CMOF), que es un documento adherido al contrato principal de que se trate y que documente el instrumento financiero que se pacte. Ha reconocido la jurisprudencia que, aun estando la cláusula insertada en un contrato de adhesión, la cláusula de sumisión es válida. Se cita a RUIZ MONGE, Laura. *Comentario al Auto de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 4ª) de 19 de julio de 2012. Arbitraje y procedimientos de nulidad de swaps*, publicado en la Revista del Club Español de Arbitraje núm. 16/2013, Sección *Jurisprudencia*, editorial Wolters Kluwer España, págs. 107 a 114.

posición acreedora; aunque algunas cláusulas pueden venir impuestas por la normativa pública aplicable como es el derecho de desistimiento para consumidores, o la especificación de los costes de la operación según la Circular 5/2012 del Banco de España<sup>95</sup>. No todas estas cláusulas podrán trasladarse a los contratos bancarios que se celebran con Administraciones Públicas, lo que se explicará en el apartado 4,2 del Capítulo IV.

### *K) El secreto bancario*

Además, existe otra cláusula que no es expresa, sino implícita, y es la relativa a la aplicación del principio de buena fe bancaria y al secreto bancario. Ambas realidades deben estar presentes siempre en el marco de la contratación bancaria con cualquier tipo de cliente, toda vez que son imperativos que rigen la actuación de la entidad financiera, ya sea por mandato legal, como es el caso del secreto bancario actualmente denominado por el legislador “*deber de reserva*” como ya anticipó CAZORLA PRIETO<sup>96</sup>. El mismo protege a todos los pactos y a los propios contratos y evita que el banco facilite estas informaciones a terceras personas que no hubieran sido parte en el contrato salvo que hubiere expresa autorización legal o del cliente<sup>97</sup>; ya sea

---

<sup>95</sup> Es la *Circular del Banco de España 5/2012, de 27 de junio, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos*. Esta norma regula la información detallada que los contratos bancarios deben ofrecer a los clientes bancarios en materia de todos los gastos aparejados al mismo, esto es, tipo de interés, comisiones y otros gastos; todo ello a fin de que dichos contratos sean transparentes y claros para el cliente que los consiente.

<sup>96</sup> CAZORLA PRIETO, Luis María. *El secreto bancario*, editorial Instituto de Estudios Fiscales, 1ª edición, Madrid, 1978, págs. 87 a 90; en donde afirma que “*el interés perseguido por el secreto bancario es fundamentalmente privado*” y luego explica su doble finalidad, a saber, de “*proporcionar la más absoluta reserva en el desempeño de su tarea [la del banco]*” y “*la defensa de lo íntimo, aunque sea económico, del ciudadano.*”

<sup>97</sup> Aunque es una regulación que ha ido variando con el tiempo y que, si bien originariamente se llamaba “*secreto bancario*” y actualmente es un “*deber de reserva*”, a la fecha de elaboración de este trabajo esta cuestión se halla regulada en la LOSSEC (art. 83 sobre “*deber de reserva de información*”): “*1. Las entidades y demás personas sujetas a la normativa de ordenación y disciplina de las entidades de crédito están obligadas a guardar reserva de las informaciones relativas a los saldos, posiciones, transacciones y demás operaciones de sus clientes sin que las mismas puedan ser comunicadas a terceros u objeto de divulgación. 2. Se exceptúan de este deber las informaciones respecto de las cuales el cliente o las leyes permitan su comunicación o divulgación a terceros o que, en su caso, les sean requeridas o hayan de remitir a las respectivas autoridades de supervisión o en el marco del cumplimiento de las obligaciones establecidas en la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. En este caso, la cesión de la información deberá ajustarse a lo dispuesto por el propio cliente o por las leyes. 3. Quedan asimismo exceptuadas del deber de reserva los intercambios de información entre entidades de crédito pertenecientes a un mismo grupo consolidable. 4. El*

por tratarse de una práctica consolidada sin la que no existiría una actividad bancaria seria y fiable, como es el principio de buena fe bancaria<sup>98</sup>.

Como consecuencia de la existencia de estas cláusulas implícitas, tanto si la contratación bancaria se realiza con Administraciones Públicas como con sujetos privados, los pactos convenidos entre el banco y su cliente están protegidos por el ordenamiento jurídico. Por ello, la entidad financiera no podrá facilitar a terceras personas ni los contratos ni las informaciones contenidas en los mismos, si aquellas no han sido parte en el negocio bancario salvo que a tenor de la LOSSEC hubiera expresa autorización del cliente o bien que una ley lo permita.

### 2.2.3. Otros elementos definitorios

Con carácter adicional a las tipologías de cláusulas que se acaban de presentar, los contratos bancarios en general presentan las características que se enumeran a continuación.

#### *A) Pueden ser contratos típicos o atípicos*

En primer lugar, un rasgo característico de los contratos bancarios es que no todos ellos tienen un régimen jurídico legalmente establecido, circunstancia que permite distinguir entre contratos bancarios típicos y contratos bancarios atípicos. Considerando las regulaciones contenidas en el CC, en el CCo y en normas sectoriales, se consideran contratos bancarios típicos los siguientes: el préstamo, el depósito, la fianza, la prenda y la hipoteca, los préstamos participativos. Y, por exclusión, serán contratos bancarios atípicos todos los demás que se formalicen en la práctica bancaria habitual al amparo de la autonomía de la voluntad, cuyo carácter atípico reconoce

---

*incumplimiento de lo dispuesto en el presente artículo será considerado infracción grave y se sancionará en los términos y con arreglo al procedimiento previsto en el Título IV. 5. Lo previsto en este artículo se aplicará sin perjuicio de lo establecido en la normativa de protección de datos de carácter personal.”*

<sup>98</sup> NUÑEZ-LAGOS ROGLÁ, Francisco José. *Contratos Bancarios*, editorial Centro de Formación del Banco de España, 1ª edición, Madrid, 1995, págs. 75 a 76; en donde apunta que deriva de los artículos 7.1 del CC y 1.258 del CC –a los que cabría adionar el artículo 57 del CCo- añadiendo que “*en los contratos bancarios la buena fe amplía su campo de actuación hasta hacerse causa de rescisión del contrato, ya que éste se basa en una confianza mutua que sólo puede apoyarse en la mencionada buena fe. Igualmente, esta ampliación recoge también las buenas prácticas bancarias, materia que actualmente tutela el Banco de España, a través de su Servicio de Reclamaciones.*”

DÍEZ-PICAZO<sup>99</sup>; como los siguientes: el leasing, el renting, el factoring, el confirming, entre otros.

En cualquier caso, nótese que la autonomía de la voluntad, que opera de hecho tanto en el marco de contratos típicos o atípicos, tiene limitaciones impuestas por el ordenamiento jurídico y, en el ámbito de la contratación bancaria unas limitaciones muy importantes son las derivadas de la normativa de condiciones generales de la contratación, en concreto, de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.

### *B) Frecuentemente son contratos de adhesión*

En gran medida aunque no siempre, los contratos bancarios son contratos de adhesión dado que muchos de los mismos han sido predispuestos por parte de la respectiva entidad financiera a fin de que dichos contratos constituyan modelos para

---

<sup>99</sup> Sobre la Nota anterior y los contratos atípicos, cabe citar de nuevo DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*, Volumen II (Tomo I), editorial Tecnos, 11ª edición, Madrid, 2016, págs. 27 a 28; en cuanto argumentan acerca de sus peculiaridades y la forma de hallar posibles regímenes jurídicos que los regulen: “*La autonomía de la voluntad, reconocida y a su vez limitada en el artículo 1.255 del Código Civil, permite indudablemente que los contratantes pacten una reglamentación negocial distinta de la prevista en la ley para el contrato que han celebrado siempre y cuando su desplazamiento no suponga la de las normas imperativas que lo rigen. No hay un abandono del esquema legal y el supuesto no merece consideración especial. Sin embargo, en ocasiones las partes no se limitan a emplear para sus fines aquel esquema y, en su caso, aquella reglamentación, sino que crean uno nuevo, dando lugar al contrato innominado o atípico, caracterizado así por la circunstancia de que no posee regulación legal. El fenómeno de la atipicidad es más acusado cuando el ordenamiento jurídico, ante las nuevas necesidades del tráfico, no crea los instrumentos legales apropiados para darles satisfacción. (...) El contrato atípico presenta el problema de la normativa que le debe ser aplicada y cuya solución pasa necesariamente, como en cualquier supuesto contractual, por la previa fijación del fin u objeto que los contratantes han perseguido con su celebración. Ante todo, han de regir las limitaciones a la autonomía de la voluntad (art. 1.255), entre las que se encuentran las leyes imperativas, que en esta materia han de ser las disposiciones de este carácter contenidas en el título II del libro IV del Código civil. Hacemos hincapié en las dedicadas a la causa, destacando que los contratos atípicos han de poseerla necesariamente por preceptuarlo con carácter general el artículo 1.261, aunque en ellos la causa será atípica también, en el sentido de que no está reconocida específicamente por el legislador como en los contratos regulados. Tendrán que tener alguna de las causa genéricas que recoge el artículo 1.274. el contrato atípico se ha de disciplinar igualmente por el artículo 1.258 del Código Civil. Serán decisivos, por tanto, los pactos establecidos por los contratantes, y en lo no previsto por ellos los usos y las leyes (dispositivas), además de la buena fe. La remisión a los usos permite aplicar lo que se ha llamado “tipicidad social”, es decir, las normas practicadas en el tráfico con la habitualidad en este tipo de contratos. En cambio, la remisión a las leyes plantea una cuestión sobre la que reina el más absoluto desacuerdo, y en la que no se pueden dar más que orientaciones.”*



ser firmados de manera generalizada por sus clientes<sup>100</sup>. Al respecto, las limitaciones derivadas de la normativa sobre condiciones generales de la contratación protege especialmente a los consumidores. El caso es que, sin perjuicio de que los integrantes del sector público no tienen la condición de consumidores, dichos entes pueden ser sometidos a contratos de adhesión en la práctica bancaria habitual también denominados “*contratos-tipo*” calificados de “*rígidos y uniformes, iguales unos a otros*”<sup>101</sup> y, consiguientemente, aquellos estarán igualmente protegidos por la normativa referida en la medida que no se les podrán imponer cláusulas que puedan ser consideradas abusivas.

### C) *Son contratos de tracto sucesivo*

En la mayoría de los casos, los contratos bancarios son contratos de tracto sucesivo, por lo que su regulación escrita es fundamental para que las partes conozcan las obligaciones a las que se han sometido, así como los importes, conceptos, plazos y demás detalles de ejecución, desarrollo y extinción del contrato.

### D) *Pueden contener prestaciones accesorias*

En el marco de una operación de financiación se pueden firmar diversos contratos bancarios, pero éstos tendrán un orden entre ellos. Habitualmente, la accesoriedad de algún contrato relacionado con una financiación vendrá determinado por el hecho de ser un contrato de garantía del contrato principal de financiación. Sería el caso, por ejemplo, de un contrato de préstamo con garantía real prendaria sobre los saldos existentes en una cuenta corriente titularidad del deudor. En este supuesto

---

<sup>100</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*, Volumen II, editorial Tecnos, 8ª edición, Madrid, 1999, pág. 34; Aludiendo a SALEILLES manifiestan que el concepto “*contrato de adhesión*” fue acuñado por aquel autor a principios del siglo XX y que se generalizó en la doctrina. “*Se designan con ella aquellos supuestos en los cuales una de las partes, que generalmente es un empresario mercantil o industrial que realiza una contratación en masa, establece un contenido prefijado para todos los contratos de un determinado tipo que en el ejercicio de su empresa se conciertan. Su característica más importante es que no van precedidos de una posible discusión sobre su contenido, sino que sus cláusulas han de ser aceptadas o rechazadas. Es la contratación por medio de modelos preestablecidos, muy frecuente en la práctica bancaria, seguros, transportes, etc.*” Y en DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*, Volumen II (Tomo I), editorial Tecnos, 11ª edición, Madrid, 2016, pág. 28; afirman que “*son aquellos en los que existe una prerredacción del contrato por una de las partes, y a la otra sólo le es permitido aceptarlo o rechazarlo.*”

<sup>101</sup> MARTÍNEZ ORTEGA, Juan Carlos. *La intervención de la póliza*, editorial Asociación Estatal de Empleados de Notarías (FEAPEN), 1ª edición, Madrid, 2014, págs. 14 a 15.

habría, por un lado, un contrato principal de préstamo por el que la entidad financiera pondría a disposición de su cliente un importe determinado bajo unas condiciones de intereses y comisiones previamente pactadas, y por un plazo de duración del contrato; y, por otro lado, se firmaría otro documento, que sería el contrato de pignoración, en cuya virtud el cliente permitiría a la entidad financiera la imposición de un derecho real de prenda sobre el saldo de una cuenta del cliente, siendo este contrato el accesorio al contrato principal de préstamo.

Otro supuesto sería la prenda de acciones en un contrato de crédito sindicado. Y, con carácter más simple, la misma idiosincrasia la podemos observar en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria. En este caso, a diferencia de los anteriores, existe un único documento contractual con la peculiaridad de que tendrá una obligación principal, la de devolución del préstamo, y una obligación accesorio, que será la de ceder en garantía un bien inmueble a través del derecho real de hipoteca.

*E) Son contratos escritos, nunca verbales*

Es práctica habitual documentar los contratos bancarios, de modo que los mismos son siempre expresos y nunca presuntos, por aplicación conjunta de los artículos 1.280 *in fine* del CC y 52.1ª del CCo, además del artículo 1.280.1ª del CC para los casos en que se pacte un derecho real de garantía sobre bienes inmuebles<sup>102</sup>.

### **2.3. Tipologías de contratos bancarios**

Sentadas las cláusulas más habituales, a continuación se enumerarán los principales contratos bancarios en la práctica que pueden también ser concertados por Administraciones Públicas.

A dicho fin, se partirá de la distinción tradicional entre contratos de activo y contratos de pasivo. Sin embargo, se adoptará esta distinción desde la perspectiva del

---

<sup>102</sup> GUTIÉRREZ GILSANZ, Javier y MARTÍNEZ MUÑOZ, Yolanda. *Las operaciones de crédito activas (I)*, en la obra de YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (Dir.). *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias. Contratos bancarios*, Tomo X, editorial Thomson Reuters Aranzadi, 1ª edición, Pamplona, 2014, pág. 141: “Ahora bien, en la práctica, exactamente igual que sucede con el resto de operaciones crediticias activas, se formaliza siempre por escrito en póliza (póliza de préstamo) o escritura notarial. Sentada la mercantilidad del contrato, su formalización en póliza tiene, como hemos visto, una enorme trascendencia habida cuenta de su carácter ejecutivo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 517.2.5º LEC.”

cliente bancario. Se formula esta matización porque también sería posible clasificar desde la perspectiva de la entidad financiera, en cuyo caso los dos conceptos antes referidos aludirían a realidades contrarias. Esto es, para una entidad financiera los contratos de activo de sus clientes son contratos de pasivo para ella, y los contratos de pasivo de sus clientes, son contratos de activo para ella. Sin perjuicio de ello, en primer lugar se hará alusión a las cuentas bancarias, en tanto que contratos marco y básicos para todas las operaciones bancarias.

### 2.3.1. El contrato de cuenta corriente y las operaciones bancarias neutras

Por exclusión, las operaciones bancarias neutras son aquellas no clasificables como de activo ni como de pasivo. Sin embargo, se trata de operaciones esenciales para la contratación bancaria como sucede con el contrato de cuenta corriente, o bien operaciones relacionadas y que permiten mayor autonomía o prestaciones al cliente bancario, como podrían ser los contratos de tarjeta bancaria.

#### *A) La cuenta corriente bancaria*

La cuenta corriente bancaria es el primer contrato bancario que el cliente bancario necesita convenir con la entidad financiera y que le permitirá entablar una relación financiera de servicio de caja y anotaciones contables, y que además podrá ser la base para otras operaciones bancarias, activas y pasivas; lo que GARRIGUES<sup>103</sup> ha denominado como “*acuerdo inicial*”. Por ello, ha sido calificado de contrato bancario neutro o de gestión, aunque como ha precisado VALPUESTA<sup>104</sup> “*la finalidad en sí no es tener abierta la cuenta, sino las operaciones que podrán realizarse a partir de entonces con base en ella.*” Aunque los autores reconocen una individualidad propia y diferenciada a la cuenta corriente bancaria toda vez que la misma es siempre objeto de estudio individualizado.

---

<sup>103</sup> GARRIGUES, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo II, editado por Silverio Aguirre Torre, 7ª edición, Madrid, 1980, pág. 166.

<sup>104</sup> DE LA CUESTA RUTE, José María y VALPUESTA GASTAMINZA, Eduardo María. *Contratos Mercantiles. Contratos bancarios, del mercado de valores y de seguro*, Tomo III, editorial Bosch, 1ª edición, Barcelona, 2007, pág. 128.

Según recogen ANDREU MARTÍ y BAÑÓ SÁNCHEZ<sup>105</sup>, la doctrina lo ha estudiado de manera amplia, quedando definido como un contrato esencial, básico y marco, también autónomo, de carácter mercantil, atípico, consensual, bilateral, oneroso, de tracto sucesivo y duración normalmente indefinida, de adhesión, destacándose por SÁNCHEZ CALERO<sup>106</sup> que se trata de una relación basada en la confianza entre ambas partes.

En virtud de este contrato, la entidad bancaria se obliga a la apertura de una cuenta y la contabilización en la misma de los correspondientes abonos y adeudos relativos a las operaciones que ha de registrar, pesando sobre dicha entidad la obligación de restituir al cliente el documento contractual que ha de ser suscrito por éste y el representante de la entidad, documento en el que deben constar las condiciones generales del contrato. Asimismo, el banco se obliga a gestionar la cuenta y realizar la actividad bancaria pactada (como domiciliación de recibos) así como de informar periódicamente al cliente y en el plazo pactado acerca de la marcha de dicha cuenta. La tipología de operaciones que el cliente podrá realizar a través de la cuenta serán todas las operaciones bancarias que la entidad financiera ofrezca a sus clientes.

Por su parte, el cliente tendrá la obligación de realizar la oportuna provisión de fondos al banco para retribuir con ella las comisiones establecidas y, en su caso, los

---

<sup>105</sup> ANDREU MARTÍ, María del Mar y BAÑÓ SÁNCHEZ, Raúl. *El contrato de cuenta corriente bancaria*, en la obra de YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (Dir.). *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias. Contratos bancarios*, Tomo X, editorial Thomson Reuters Aranzadi, 1ª edición, Pamplona, 2014, págs. 26 a 28 y 35; en donde afirman “Su consideración como modalidad básica de la contratación bancaria, como contrato bancario esencial centro de la relación entre cliente y entidad de crédito resulta desde hace tiempo doctrinalmente pacífica.” que Y añaden que: “Aspecto que también se deduce de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de Servicios de Pago (...). El contrato de cuenta corriente bancaria es, en la práctica, el ejemplo más característico de contrato marco, si atendemos tanto a la propia enumeración de los servicios de pago regulados por esta Ley, como a la definición de «cuenta de pago» en el mismo precepto. Ésta es «una cuenta a nombre de uno o varios usuarios de servicios de pago que sea utilizada para la ejecución de operaciones de pago», entendiéndose por tales las acciones iniciadas por el ordenante o por el beneficiario, consistentes en situar, transferir o retirar fondos.”

<sup>106</sup> SÁNCHEZ CALERO, Fernando y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan. *Instituciones de Derecho Mercantil*, Volumen II, editorial Thomson Reuters Aranzadi, 37ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2015, págs. 418 a 419, manifiesta que “La relación del cliente con la entidad de crédito suele ser de carácter duradero y descansa en la recíproca confianza. Lo que lleva consigo el deber de la entidad de crédito de mantener informado al cliente de los hechos que afecten a la relación jurídica entre ellos. Su manifestación externa es la apertura de una «cuenta», que sirve de soporte a las diversas operaciones concretas que medien entre la entidad de crédito y su cliente.”

intereses que se hayan pactado. En el caso que en dicha cuenta hubiere una situación de descubierto (esto es, que la cuenta se hubiera quedado sin saldo pero que, sin embargo, continuasen entrando cargos a la misma), deberá estarse a lo pactado entre las partes siendo habitual que la entidad financiera cobre una comisión por la gestión de dicho descubierto, sin perjuicio de que ésta deberá informar de la situación a su cliente. En cualquier caso, aunque la cuenta no sea utilizada por el cliente bancario, la misma mantiene su existencia como contrato de duración indefinida, sin perjuicio del posible cobro de comisiones de mantenimiento que pueda aplicar la entidad financiera.

Estrechamente vinculados con la tenencia de cuentas bancarias y como operaciones bancarias neutras a realizar por las Administraciones Públicas, se destacan las transferencias, las tarjetas bancarias y la medición en la emisión de valores. Las operaciones de transferencia entendiéndose ésta como la actividad bancaria que parte de la existencia de dos cuentas bancarias diferentes en la que, por un lado, aparece un ordenador de la transferencia y, por otro lado, aparece un beneficiario de la misma. La realización de transferencias puede ser entre cuentas de distinta titularidad o de la misma (en cuyo caso se denominará “*traspaso*”) y en función de la entidad estas actividades pueden hallarse sujetas al cobro de una comisión. Las transferencias son un tipo de operación básica y diaria en la relación de Administraciones Públicas con entidades financieras titulares de cuentas bancarias titularidad de aquéllas.

Finalmente cabe señalar que, aun siendo un contrato autónomo, el de cuenta corriente aparece superpuesto a otros contratos como el de depósito o la apertura de crédito.

Todas las Administraciones Públicas que pretendan llevar a cabo algún tipo de actividad necesaria deberán disponer de una, o varias, cuentas corrientes, tal y como sucede en la actualidad. En este estudio se está aludiendo a las cuentas bancarias abiertas en entidades financieras exclusivamente, toda vez que las Administraciones Públicas ostentan también la opción de abrir cuentas bancarias en el Banco de España, posibilidad que no será objeto de estudio en la presente tesis<sup>107</sup>.

---

<sup>107</sup> Vid. artículos 8, 13 y 14 de la LBE, que regulan respectivamente su competencia para “*abrir cuentas a entidades de crédito, a entidades públicas y a otros participantes en el mercado*”, así como a la prestación del servicio de tesorería y del servicio de la deuda pública.

## *B) Las tarjetas bancarias*

Las tarjetas bancarias constituyen un medio de pago adicional a los existentes en el mercado, en la modalidad de crédito o débito, utilizado de manera habitual en el tráfico privado y con algunas décadas de experiencia en España. Se conceden al cliente bancario al amparo de un contrato bancario de emisión de tarjeta bancaria por el que la entidad bancaria se obliga a entregar una tarjeta de plástico que lleva incorporada una banda magnética y en ocasiones también un chip electrónico.

La funcionalidad de la tarjeta es amplia, toda vez que permitirá el pago de bienes y servicios en diversos establecimientos, retirada de dinero en efectivo en las oficinas del banco o en cajeros automáticos, obtener información de las cuentas bancarias y realizar operaciones bancarias en cajeros automáticos, incluso en el extranjero, así como (en caso de ser tarjeta de crédito) obtener crédito por parte de su usuario con el posterior pago de los correspondientes intereses; siendo su función principal y característica la de pago.

En cuanto a su naturaleza jurídica, si bien la jurisprudencia lo ha considerado un negocio complejo y atípico, la doctrina ha utilizado diversas figuras jurídicas y contractuales para explicar su funcionamiento, tal y como explican ESCUIN IBÁÑEZ y OLIETE BENEDITO<sup>108</sup> citando a su vez a la profesora GETE-ALONSO CALERA, y concluyen que el contrato de tarjeta *“responde mejor a los parámetros de una conexión contractual en la que dos negocios distintos actúan de forma vinculada en aras a la consecución de un fin común”*.

De lo que se infiere que se trata de un contrato mixto porque, bajo una única causa, contiene elementos del contrato de comisión, del contrato de arrendamiento de servicios y, eventualmente, del contrato de apertura de crédito.

Sin perjuicio de lo anterior y siendo un medio de pago generalizado en el ámbito privado, su uso ha sido prohibido por el legislador para los altos cargos de la

---

<sup>108</sup> ESCUIN IBÁÑEZ, Irene y OLIETE BENEDITO, Gonzalo. *Los contratos de tarjeta de crédito y de tarjeta de débito*, en la obra de YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (Dir.). *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias. Contratos bancarios*, Tomo X, editorial Thomson Reuters Aranzadi, 1ª edición, Pamplona, 2014, págs. 295 a 300.

Administración General del Estado salvo supuestos muy excepcionales, y también en el ámbito de algunas CCAA<sup>109</sup>. En los territorios en los que no haya una prohibición expresa, sin perjuicio de que podrían sus Administraciones contratar tarjetas bancarias para sus cargos públicos, es posible que la realidad y consciencia social del momento pueda frenar notoriamente la contratación de este medio de pago. Por ello, en la actualidad se trata de un contrato bancario que va a ser raramente solicitado por el cliente bancario público.

### 2.3.2. Contratos de pasivo (o de activo)

Como su nombre indica, serán aquellos contratos bancarios en los que el cliente habrá puesto a disposición de la entidad financiera una suma de dinero a cambio de un precio que espera recibir de la entidad financiera o de un servicio. El cliente bancario tiene un derecho de crédito frente a la entidad financiera. Correlativamente, la entidad financiera tiene la obligación frente a su cliente de restituir el dinero entregado. En definitiva, incluye a todas las modalidades de contratos de depósito bancario, articulados siempre sobre la previa existencia de una cuenta corriente bancaria.

#### *A) El contrato de depósito*

El contrato de depósito es la operación bancaria pasiva por excelencia que permite a las entidades de crédito, a través de sus distintas modalidades, articular la captación de fondos de sus clientes para el desarrollo de su actividad profesional. Puede afirmarse que se trata de un depósito irregular como apunta SÁNCHEZ CALERO<sup>110</sup>

---

<sup>109</sup> La Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo en la Administración General del Estado, en su artículo 8.2 *in fine* expresa que “*La Administración no pondrá a disposición del alto cargo tarjetas de crédito con el objeto de que sean utilizadas como medio de pago de sus gastos de representación. Excepcionalmente, cuando el alto cargo desarrolle sus funciones en el extranjero y previa acreditación de las circunstancias extraordinarias que lo hagan imprescindible, podrá autorizarse su utilización sometida al correspondiente control administrativo.*” También, el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha dictó el Acuerdo de 15 de diciembre de 2015 por el que prohibía el uso de tarjetas de crédito y de débito a altos cargos y asimilados, a la vez que ordenaba la devolución de las existentes (publicado en el Boletín Oficial de Castilla-La Mancha núm. 253 de 30 de diciembre de 2015, pág. 35714); lo que luego fue recogido en el artículo 35.2.d) de la Ley 4/2016, de 15 de diciembre, de transparencia y buen gobierno de Castilla-La Mancha.

<sup>110</sup> SÁNCHEZ CALERO, Fernando y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan. *Instituciones de Derecho Mercantil*, Volumen II, editorial Thomson Reuters Aranzadi, 37ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2015, págs. 430 a 431, afirma que “*Se discute si estos depósitos tienen tal naturaleza, incluso bajo la vestidura del depósito “irregular”. Porque si bien es evidente que el cliente tiene interés en que el banco custodie su dinero –lo que coincide con el interés general de todo depositante-, aparece*

sin perjuicio de que el debate doctrinal ha sido amplio al respecto, en el que la propiedad de las sumas depositadas ha pasado a ser de la entidad de crédito depositaria que goza de un derecho de disposición sobre tales sumas y asume, por ello, la obligación de restitución del *tantundem*, junto con el abono de los intereses pactados, a requerimiento del cliente o una vez transcurrido el plazo estipulado según se trate de depósitos a la vista o a plazo; ello sobre la base del artículo 310 del CCo según apunta GARRIGUES<sup>111</sup>.

En este sentido, el cliente tiene un derecho de crédito respecto al banco sobre el dinero depositado<sup>112</sup>. Como contrapartida de este traspaso de propiedad y por el que el cliente no paga suma alguna (sin perjuicio de que el banco asume el deber de custodia), la entidad se obliga a abonar un interés al cliente, especialmente en los casos que el depósito sea a plazo ya que ello implicará mayor disponibilidad temporal para el banco respecto del dinero depositado, a diferencia de los depósitos a la vista en los que

---

*también el interés del banco en tener la cosa depositada. Tanto es así que el depositante no sólo no paga canon alguno por la custodia (lo que sería de presumir en un depósito mercantil, v. art. 304), sino al contrario, es el banco quien normalmente abona un interés al cliente. A pesar de todo, se considera que puede incluirse esta figura dentro del “depósito irregular” y que los intereses pagados por el banco son debidos precisamente a la disponibilidad que tiene de la cosa entregada.”*

<sup>111</sup> GARRIGUES, Joaquín. *Contratos Bancarios*, editado por Silverio Aguirre Torre, 1ª edición, Madrid, 1958, págs. 365 a 370; explica el origen histórico del depósito como depósito de monedas. Y, GARRIGUES, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo II, editado por Silverio Aguirre Torre, 7ª edición, Madrid, 1980, págs. 184 a 186; explica la presunción de que “cuando el cliente entrega a un Banco sin especificación de monedas, ni cerrar ni sellar el depósito, una cantidad de dinero, se presupone que el depositante autoriza al Banco para disponer de las sumas recibidas y para devolver otra suma igual a la recibida.”

<sup>112</sup> El interés del depositante que le sea restituido el dinero depositado constituye, a su vez, un verdadero interés público del que se ha ocupado nuestro legislador. Según indica TAPIA HERMIDA, Alberto Javier. *Derecho Bancario*, Colección *Manuales Básicos*, editorial Cálamo, 1ª edición, Barcelona, 2002, págs. 159 a 160; “El paso de la propiedad del dinero depositado del cliente al banco, que es presupuesto de toda la actividad bancaria típica, tiene consecuencias en el ámbito del Derecho público de ordenación y supervisión bancaria porque exige establecer medidas prudenciales dirigidas a garantizar que el banco esté en condiciones de restituir el dinero en el momento en que el cliente se lo exija. Para ello, se ha utilizado históricamente el coeficiente de caja calculado en función de las probabilidades de que la exigencia de restitución se produzca. Así, el art. 180 del CdeC estableció que “los bancos conservarán en metálico en sus cajas la cuarta parte, cuando menos, del importe de los depósitos y cuentas corrientes en metálico y de los billetes en circulación”. De este coeficiente se ocuparon la Ley de Ordenación Bancaria del 1946, la Ley de Bases de Ordenación del Crédito y la Banca de 1962, la Ley 26/1983, el RD 312/1987, de 27 de febrero, el RD 37/1989, de 13 de enero, y la Orden de 21 de febrero de 1990, por la que se modifica la de 26 de diciembre de 1983, sobre coeficiente de caja de los intermediarios financieros, y por las Circulares monetarias 1/1996, de 27 de septiembre y 1/1998, de 29 de septiembre, del Banco de España, sobre coeficiente de caja.”



el cliente puede retirar el dinero en cualquier momento aspecto pues que limita las posibilidades del banco de hacer negocio bancario con el dinero depositado.

Según se ha indicado, las modalidades del depósito bancario de dinero son, en función del momento en que el titular puede ejercer su derecho de restitución del dinero, los depósitos reembolsables a la vista y los reembolsables a vencimiento fijo. Los primeros permiten al titular la disponibilidad absoluta para obtener la restitución de las sumas depositadas, mientras que los segundos esta disponibilidad está limitada en el tiempo hasta que haya transcurrido el plazo fijado. En estos últimos, por tanto, la disponibilidad de los fondos depositados es unilateral a favor de la entidad depositaria, mientras que en los primeros existe una doble disponibilidad de las sumas depositadas tanto para el depositante, que puede exigir las sumas en cualquier momento, como para la entidad depositaria, que puede disponer de los fondos depositados para su actividad bancaria.

Como explica LÓPEZ ORTEGA, los depósitos a la vista se pueden articular mediante cuentas corrientes o en libretas de ahorro. Esta distinción es relevante, aunque la práctica bancaria habitual la ha ido diluyendo. Estrictamente, las libretas de ahorro se asocian a la actividad de las cajas de ahorro y sus titulares han sido personas físicas ahorradoras, por tratarse precisamente de un documento, la libreta, que tradicionalmente no ha llevado aparejado el servicio de caja; a diferencia de las cuentas corrientes que han permitido la posibilidad de domiciliar pagos con cargo a la cuenta, extender cheques y utilizar tarjetas de crédito, y por tener un soporte contable que permite la actualización y compensación automática entre los cobros y pagos que se produzcan en la cuenta corriente, motivo por el que han venido siendo un instrumento especialmente utilizado por el cliente bancario persona jurídica privada<sup>113</sup>.

---

<sup>113</sup> Sobre la aproximación de ambos soportes, LÓPEZ ORTEGA, Raquel. *Tratado de Derecho Mercantil. Las entidades de crédito y sus operaciones, Las operaciones bancarias de pasivo*, volumen 3, editorial Marcial Pons Derecho, Madrid, 2008, págs. 42 a 43: “Así, conforme a la práctica habitual, en las libretas de ahorro no se admitían descubiertos, tampoco se admitían los cargos en la propia libreta, toda disposición había de hacerse mediante reintegro por ventanilla y no cabía el uso de tarjetas de crédito ni el de cheques. En definitiva, estas características operativas determinaban que en esta modalidad de depósitos existiese, como regla general, una menor movilidad de los fondos depositados, lo que se traducía necesariamente en la estabilidad y seguridad de su saldo y en el hecho de que el interés ofrecido a los titulares de las libretas de ahorro era mayor que el obtenido por los titulares de las cuentas corrientes a la vista. Sin embargo en la actualidad, estas características han de ser matizadas, en tanto que se ha producido en la práctica una aproximación

Estos contratos constituyen el presupuesto de toda la actividad bancaria de intermediación en el crédito, ya que permiten a la entidad captar fondos del público y, por ello, también de las Administraciones Públicas para, con los mismos, llevar a cabo la consiguiente actividad bancaria consistente en emitir crédito y que es la que dará lugar a los contratos bancarios de activo.

En último lugar, resulta de interés apuntar que, conforme a la LPAP, los saldos en depósitos abandonados en los que no se haya realizado gestión alguna durante más de veinte años pasan a ser propiedad de la Administración General del Estado, con el compromiso de ésta de destinar dichos importes a promover la mejora y las condiciones educativas de las personas con discapacidad; como medida de intervención pública prevista por el legislador y con evidente impacto en la actividad bancaria<sup>114</sup>.

### 2.3.3. Contratos de activo (o de pasivo)

Según indicado, en estos contratos es la entidad bancaria la que asume la obligación de entregar dinero al cliente, a cambio de un precio. En estos casos, es el cliente el que solicita financiación, por lo que se puede afirmar que el vínculo que se crea entre ambas partes es una compraventa de dinero en la que el banco es el vendedor y el cliente es el comprador, asumiendo dicho comprador el pago del precio del objeto comprado, precio que habitualmente consiste en el pago de intereses más las comisiones que se hayan pactado. En este sentido, también es característica de estos

---

*del régimen de los depósitos en libretas de ahorro al de los articulados en cuenta corriente, de forma que las diferencias entre ambas modalidades son prácticamente inexistentes. El servicio de caja que actualmente se presta en este tipo de depósitos, junto con el aumento de las prestaciones que la entidad de crédito efectúa al titular de la libreta (p. ej., la disposición de talonarios de cheques o de tarjeta de crédito), conllevan que las diferencias entre los depósitos instrumentados en cuenta corriente o en libreta de ahorro queden muy diluidas. Incluso las retribuciones ofrecidas en ambas modalidades se encuentran hoy prácticamente equiparadas (los intereses de las libretas de ahorros se asimilan cada vez más a los de las cuentas corrientes a la vista)."*

<sup>114</sup> El artículo 18.1 de la LPAP dispone: “Corresponden a la Administración General del Estado los valores, dinero y demás bienes muebles depositados en la Caja General de Depósitos y en entidades de crédito, sociedades o agencias de valores o cualesquiera otras entidades financieras, así como los saldos de cuentas corrientes, libretas de ahorro u otros instrumentos similares abiertos en estos establecimientos, respecto de los cuales no se haya practicado gestión alguna por los interesados que implique el ejercicio de su derecho de propiedad en el plazo de veinte años.”, aunque el destinatario de dichos fondos fue incorporado *ex novo* por el apartado 1 de la disposición final tercera de la Ley 18/2015, de 9 de julio, por la que se modifica la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público.

contratos el consenso entre las partes de pactar un aplazamiento de la obligación de pago que asume el deudor o cliente bancario en el sentido de que, precisamente, la entrega de un dinero por parte del banco se justifica en el interés del cliente bancario en, por un lado, disponer de dicho cuando se haya estipulado y normalmente al principio y, por otro lado, demorar o aplazar la devolución de este dinero con sus intereses y comisiones, de modo que el banco asume que la suma total le va a ser restituida con carácter aplazado. Es, también, debido a este aplazamiento que la entidad bancaria está facultada para reclamar el pago de intereses por el transcurso del tiempo sin poder disponer del dinero prestado, intereses que a su vez retribuyen el precio de este dinero prestado y no disfrutado por el banco durante un plazo de tiempo determinado.

A continuación se refieren algunas operaciones bancarias activas en cuya virtud la entidad financiera presta una cantidad de dinero al cliente, como es el caso del préstamo, la apertura de crédito y el descuento; contratos en los que el banco realiza una de sus funciones esenciales que es la emisión de crédito.

#### *A) El contrato de préstamo*

Es una figura procedente del Derecho Romano<sup>115</sup> cuya finalidad es financiar la adquisición de bienes y servicios y consiste en que el banco (prestamista) se compromete a entregar una determinada suma de dinero en la forma y plazo convenidos, mientras que el cliente bancario (prestatario) se compromete a restituir o amortizar esta suma en el plazo convenido y, además a satisfacer los correspondientes intereses y comisiones, además de los intereses de demora en caso de que incumpla el calendario de pagos preestablecido. La peculiaridad es que la propiedad del dinero es del prestatario desde el momento que el banco se la entrega. Este contrato es mercantil, consensual, bilateral, traslativo del dominio, real y de carácter no formal. El carácter

---

<sup>115</sup> En el Derecho romano privado se utilizaba el término “*creditum*” para designar una obligación por derecho civil que nace de una entrega efectiva de la propiedad (*datio*) que espera restitución, siendo este “*creditum*” la causa originaria de los préstamos, según explica GIMÉNEZ-CANDELA, Teresa. *Derecho Privado Romano*, editorial Tirant Lo Blanch, 1ª edición, Valencia, 1999, págs. 403 a 407. Es muy expresiva la conceptualización hecha por GAYO en *Instituciones*, editorial Civitas, Tratados y manuales, 1ª edición, Madrid, 1990, págs. 246 a 246. Asimismo, también es interesante la distinción entre “*mutuum*” y “*commodatum*” de ANDRÉ, Michel. *Diccionario de Derecho Canónico*, Tomo III, imprenta de D. José G. de la Peña editor, Madrid, 1848, págs. 198 a 199.

mercantil se considera en todo caso a tenor de la doctrina jurisprudencial establecida por el Tribunal Supremo al respecto, sin perjuicio de que el artículo 311 del CCo exija, para reputar mercantil un préstamo, que uno de los contratantes sea comerciante y que las cosas prestadas se destinaren a actos de comercio<sup>116</sup>.

En la práctica bancaria, el dinero del préstamo lo deposita el banco en la cuenta corriente que el cliente tenga abierta en la entidad financiera y, para el pago de las amortizaciones de capital, intereses, comisiones y otros gastos, el cliente suele poner a disposición de la entidad otra cuenta bancaria. Todo ello sin perjuicio de la facultad que la entidad financiera se reserva de compensación, facultad que se halla regulada en el clausulado del contrato de préstamo, como cláusula habitual que es según se ha explicado.

En función de la tipología y finalidad del préstamo, el banco puede realizar desde el principio la entrega del importe total del préstamo (única disposición) momento en el que el dinero ya está íntegramente a disposición del cliente, o bien el banco puede ir abonando de manera fragmentada el importe del préstamo en base a un calendario preestablecido entre las partes o sujetándolo al cumplimiento de unos hitos previamente establecidos por las partes (por ejemplo, la entrega de certificaciones de obra) (préstamo por disposiciones). Aunque la obligación principal del prestatario es la de devolver la suma prestada más otros gastos si estuvieren pactados<sup>117</sup>.

---

<sup>116</sup> YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (Dir.). *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias. Contratos bancarios*, Tomo X, editorial Thomson Reuters Aranzadi, 1ª edición, Pamplona, 2014, en su Capítulo 3 preparado por GUTIÉRREZ GILSANZ, Javier y MARTÍNEZ MUÑOZ, Yolanda, págs. 134 a 135 en donde manifiestan que el contrato se perfecciona con la entrega de la cosa pero que “la doctrina mercantilista de forma unánime considera que las partes pueden configurar el préstamo bancario como un contrato consensual, tal y como de hecho viene haciéndose en la práctica bancaria. Para ello será preciso que la póliza contenga una cláusula en la que el banco asuma la obligación de entrega de dinero. En este caso, la relación contractual quedará perfeccionada por el mero consentimiento de las partes. A partir de ese instante, la entidad de crédito quedará obligada a la entrega de la suma pactada en el momento acordado y el prestatario legitimado para exigir dicha entrega. En consecuencia, la entrega o entregas posteriores de dinero no constituirán sino actos de ejecución del contrato de préstamo previamente perfeccionado. De no incluirse expresamente esta previsión, el préstamo deberá ser calificado como un contrato real tal como se desprende de nuestro Código Civil (artículo 1740 CC).”

<sup>117</sup> Como apunte histórico, en el Fuero Real de 1255 (Título XVI, Ley I) se recogía esta idea procedente de la tradición romana (transcripción literal): “*Todo enprestido se faz en dos maneras, la una es cuando ome recibe enprestado por cuenta, como dineros o otra moneda cualquier, o lo toma por peso como oro o plata, o cera, o otras cosas semeiables, o lo toma por medida, como pan, o vino, o*

A su vez, en función de los pactos que se hayan establecido entre las partes, los contratos de préstamo pueden estar garantizados con avales o fianzas, prenda de saldos o hipoteca, siendo que en este último caso da lugar a la modalidad del préstamo hipotecario.

*B) El contrato de crédito o de apertura de crédito*

Es un contrato atípico cuya finalidad es atender a las necesidades de tesorería del cliente solicitante y consiste en que el banco (entidad acreditante), previa apertura de una cuenta bancaria al efecto, deposita a favor del cliente (acreditada) la suma de dinero pactada para que éste pueda disponer o no de la misma. Se trata, pues, de la puesta a disposición al cliente de una suma de efectivo a cambio del pago de una comisión por parte del cliente respecto del saldo disponible, además de su obligación de reintegrar el capital dispuesto con intereses en los plazos pactados, siendo estos intereses aplicados a la parte del crédito del que haya dispuesto el cliente.

Como se ha dicho, es un contrato que carece de tipificación legal, sin perjuicio de su tipicidad jurisprudencial y social. De hecho, la única referencia que contiene el CCo es en su art. 175 que, dentro de las operaciones propias de la compañías de crédito, menciona la de *“prestar sobre efectos públicos, acciones y obligaciones, géneros, frutos, cosechas, fincas, fábricas, buques y sus cargamentos, y otros valores, y abrir créditos en cuenta corriente, recibiendo en garantía efectos de igual clase.”*

Por ello, el Tribunal Supremo ha distinguido claramente este contrato de apertura de crédito del contrato de préstamo diciendo que el contrato de *“cuenta corriente de crédito”* tiene carácter consensual y bilateral y que, por ello, no puede ser confundido con el contrato de préstamo regulado en los artículos 1.753 a 1.757 del CC y 311 y ss. del CCo, que lo califica de modo tradicional como un contrato real, porque se perfecciona por la entrega de la cosa prestada; y unilateral, por cuanto de él sólo

---

*olio, o otra cosa semeiable; et qui en esta guisa algun empréstido dotro tomare, non es tenido de dar aquella misma cosa que tomare, ca luego que la tomare luego es suya, e puedela enagenar e facer della lo que quisiere como de suyo, mas es tenuto de dar otro tanto e tan bueno que sea de aquella natura de que era lo que tomó.”* Publicación extraída del documento *Opúsculos Legales del Rey Don Alfonso el Sabio*, Tomo II, Real Academia de la Historia, Imprenta Real, Madrid, 1836, pág. 103.

surgen obligaciones para uno de los contratantes, el prestatario (STS de 9 de febrero de 2001, RJ 2001\6150)<sup>118</sup>.

Dado que la suma puesta a disposición del cliente es de su libre uso, los contratos de apertura de cuenta corriente siempre se formalizan con póliza intervenida notarialmente para, en su caso, poder acreditar todas las cantidades dispuestas y las comisiones e intereses que le apliquen. En el ámbito de la contratación de las Administraciones Públicas el crédito es la operación bancaria habitual para las operaciones de tesorería o de corto plazo.

### *C) El contrato de descuento*

Es un contrato atípico en cuya virtud el banco descontante se obliga a anticipar al cliente descontatario el importe de un crédito dinerario de vencimiento futuro, siendo que a cambio de ello el cliente abona al banco un interés por el tiempo que falta para el vencimiento del crédito además de comprometerse a devolver el capital en caso que el tercero deudor no pague su importe al banco descontante (cláusula salvo buen fin) lo que actúa a modo de condición suspensiva; de modo que hay también una cesión del crédito al banco por parte del cliente<sup>119</sup>.

---

<sup>118</sup> YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (Dir.). *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias. Contratos bancarios*, Tomo X, editorial Thomson Reuters Aranzadi, 1ª edición, Pamplona, 2014, págs. 172 a 173; manifiesta la distinción entre ambos contratos y destaca la mayor funcionalidad de la apertura de crédito frente al préstamo: “*Surge como evolución del préstamo de dinero al que flexibiliza, sustituyendo la entrega de numerario por la creación de disponibilidad adaptándose mejor, por tanto, a las imprevisibles necesidades de financiación propia del ámbito empresarial. (...) Así, en nuestro ordenamiento jurídico, el préstamo, en principio, se considera como un contrato de carácter real, esto es, que se perfecciona por la entrega de la cosa, mientras que la apertura de crédito tiene naturaleza consensual al perfeccionarse por el mero acuerdo de las partes. En todo caso, la diferencia más destacable entre ambos contratos reside en su distinto objeto. (...) la esencia de la apertura de crédito reside en la creación a favor del cliente de una cierta disponibilidad durante el tiempo y en las condiciones pactadas, satisfaciéndose, en su caso, intereses exclusivamente en función de la cantidad de la que efectivamente se hubiere dispuesto. De hecho, en el caso de que el acreditado no llegase a utilizar el crédito abierto a su favor habría de pagar únicamente la denominada comisión de apertura y, eventualmente, la de disponibilidad, mediante la cual se remunera el haber tenido a su disposición durante el tiempo acordado el crédito concedido.*”

<sup>119</sup> El Tribunal Supremo ha definido el descuento como un contrato por el que “*el banco (descontante) anticipa al cliente (cedente o descontado) el importe del crédito que éste tiene con un tercero, previa deducción de los intereses correspondientes por el tiempo que falta para su vencimiento, mediante la adquisición por el banco de la titularidad del crédito concedido y en el que la cesión tiene lugar “pro solvendo” y con la cláusula “salvo buen fin”* (STS núm. 665/2001, de 28 de junio, RJ 2001\4980).

Es un contrato que se utiliza para el descuento de créditos cambiarios que recaen sobre letras de cambio y que implican la aplicación del régimen establecido en la LCCH, así como para el descuento de créditos no cambiarios que estén incorporados o no a títulos-valores (es el caso de las certificaciones de obras en contratos públicos).

Es por ello, como apunta BROSETA<sup>120</sup>, un contrato por el que el banco asume una doble obligación: (i) de descontar o anticipar el crédito que le entregue el cliente, y (ii) de diligente gestión que se relaciona con la cláusula salvo buen fin, ya que de la diligencia del banco “*en cobrar del tercero puede depender que quede liberado el cliente descontatario (si el tercero paga), o que deba reembolsar el efecto descontado (si el tercero no paga).*”

Es un contrato escasamente utilizado en el ámbito de las Administraciones Públicas por el desuso actual de los títulos cambiarios en España, y por la muy escasa concertación de obras directamente por aquéllas (siendo lo habitual una gestión indirecta a través de contratos de concesión administrativa).

#### *D) Los contratos de anticipo y de cesión de créditos*

También denominados contratos de “*factoring*” y “*confirming*”, se trata de contratos bancarios atípicos<sup>121</sup> de cesión de créditos que realiza el cliente (cedente) frente al banco (cesionario) en relación con facturas que el cliente bancario tiene el derecho a cobrar por servicios que él mismo ha realizado (*factoring*), o bien facturas que el cliente bancario tiene el deber de pagar porque son servicios que le han prestado (*confirming*). En estos contratos lo que hace el banco en ambas modalidades es anticipar al cliente bancario el importe de las facturas remitidas a cambio de un precio, de modo que el cliente bancario no tiene que esperar a que llegue la fecha de vencimiento de la factura para cobrar o pagar.

---

<sup>120</sup> BROSETA PONT, Manuel y MARTÍNEZ SANZ, Fernando. *Manual de Derecho Mercantil*, Volumen II, editorial Tecnos, 23ª edición, Madrid, 2016, pág. 233, págs. 272.

<sup>121</sup> La poca regulación que existe en materia de cesiones de crédito a favor de entidades financieras, contenida en la Disposición Adicional Tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, reguladora de entidades de capital-riesgo y de sus sociedades gestoras; no resulta de aplicación cuando el deudor del crédito sea una Administración Pública ex apartado 1º 3ª de la Disposición Adicional referida.

En particular, en el caso del *factoring*, cuando quien interviene es una entidad financiera ésta anticipa al cliente bancario el importe de todas las facturas que le ha cedido; mientras que en el caso del *confirming*, el banco paga por cuenta del cliente bancario a los proveedores de éste el importe de las facturas. Realizado este anticipo o pago por parte del banco, a cambio de un coste bancario (que puede ser una comisión junto con un porcentaje de descuento sobre el importe total), el banco se queda con la garantía consistente en la cesión, lo cual significa que el deudor del cliente bancario de *factoring*, en lugar de pagar a éste, pagará directamente al banco. Para asegurarse de que ello será así, en el momento en que se firma el contrato de *factoring*, el banco remite una comunicación escrita al deudor del cliente bancario del *factoring* informándole de que el crédito derivado de la factura ha sido cedido por el emisor de la factura a favor del banco, indicándole en la misma carta el número de cuenta bancaria del banco para que proceda a realizar el pago de la factura. Según como se pacte, en el contrato de *factoring* el cedente puede, además del crédito, ceder también al banco los intereses de demora para el caso que el deudor del cliente bancario de *factoring* no pague la factura dentro del vencimiento establecido, aunque también es posible pactar en dicho contrato que cualquier incumplimiento de pago procedente del deudor del cliente bancario de *factoring*, el banco lo reclamará al cedente.

Por otro lado, en el contrato de *confirming*, el cedente del crédito al banco es el que tiene que pagar la factura a un determinado vencimiento a favor de un tercero, por tanto aquí el cedente es deudor de un tercero. En este caso, el cedente tiene una obligación a pago a un determinado vencimiento, con el *confirming* consigue que la entidad financiera pague por su cuenta dentro del plazo de vencimiento, sin embargo el *confirming* tiene sentido desde la perspectiva de la entidad financiera cuando este deudor sabe que va a recibir las sumas que debía pagar en algún momento, ya que son estas sumas las que se ceden al banco. Por tanto, por el anticipo que el banco realiza a favor del tercer acreedor, el banco aplica un importe de descuento en función del valor total de las facturas cuyo pago ha anticipado. Al igual que el *factoring*, aquí el banco puede optar por reclamar también los intereses de demora en caso que el deudor no abone o no reciba los importes esperados (los que fueron objeto de cesión mediante el *confirming*).



Tanto el *factoring* como el *confirming* suelen ser contratos de vigencia indeterminada lo que significa que, mientras estén vigentes estos contratos, los clientes bancarios cesionarios pueden ir realizando cesiones de facturas al banco, denominadas “*remesas*”, con carácter indefinido. Sin perjuicio de ello, el cliente bancario o cedente siempre tiene la opción de comprar al banco las facturas cedidas y de este modo cancelar el contrato. Esta posibilidad, que puede llevarse a cabo mientras aún hayan importes pendientes de cobro por parte del banco frente a un tercero, en estos casos, se debe comunicar a este tercero que el importe lo deberá pagar al acreedor o deudor (según corresponda) original, a fin de evitar pagos indebidos a favor de la entidad financiera que ya no es acreedora de estos importes.

En el caso de *factoring*, es un contrato utilizado escasamente en el ámbito de las Administraciones Públicas para cobrar anticipadamente facturas emitidas por éstas contra otros entes y entidades, siendo un supuesto frecuente la factorización de las facturas emitidas por los centros autonómicos de salud contra la Comunidad Autónoma de la que dependen. En cambio, el *confirming* es un contrato que presenta un mayor uso toda vez que resulta de elevada utilidad para las Administraciones Públicas en la medida que una entidad financiera asumirá el pago de las facturas que dichas Administraciones tienen pendientes de pago frente a un tercero a cambio de la aplicación de un determinado tipo de interés y sin perjuicio de la posibilidad de acumular la financiación a la Administración en caso que la misma no pueda atender el pago de la factura llegado el vencimiento; lo que es objeto de estudio detallado en el Capítulo IV, apartado 4.2.5.

#### *E) Los contratos de leasing y de renting*

El contrato de *leasing*, también denominado de “*arrendamiento financiero*”, y el contrato de *renting* son contratos bancarios atípicos que gozan de notable aplicación y conocimiento en la práctica habitual de los negocios. En virtud de los mismos, el cliente bancario consigue que sea el banco el que adquiera en propiedad un determinado bien inmueble o mueble, de modo que el cliente bancario se convierte en una suerte de arrendatario de este bien durante el tiempo pactada hasta el momento en que procede la opción de dicho cliente de convertirse en propietario de dicho bien pagando el importe la cuota final del *leasing* o *renting*, aunque en la práctica lo más habitual es que la opción de compra se incluya en el *leasing* pero no en el contrato de

*renting* ya que este último, en puridad, es una evolución o derivada del contrato de arrendamiento del CC, mientras que el *leasing* es un contrato calificado de atípico por la doctrina, que se rige por los pactos entre las partes y que su elemento característico es que incluye la opción de compra<sup>122</sup>. También, en el caso del *leasing*, el banco soporta todos los gastos previos a la cesión del bien mientras que los posteriores (mantenimiento, seguros, entre otros) los asume el cliente del *leasing*, mientras que en el *renting* el cliente asume todos los gastos a través de las cuotas que paga al banco mientras que la sociedad de *renting* asume el riesgo de la inversión pues adquiere los bienes por iniciativa propia y luego los cede a empresarios por cortos periodos de tiempo<sup>123</sup>.

En ambos casos, son contratos que permiten al cliente bancario llevar a cabo proyectos sin tener que iniciarlos con una importante inversión económica, y les permite diferir el pago de estos bienes en el tiempo lo cual hace posible a dichos clientes bancarios que puedan obtener bienes de coste elevado que, de otro modo, o bien tendrían que solicitar préstamos de elevados importes o bien por diversos motivos no podrían acometer. Considerando que es el banco el propietario del bien, éste debe aparecer como propietario en la documentación y registros correspondientes, en función del tipo de bien de que se trate. En la práctica, el *leasing* es utilizado para la adquisición de bienes inmuebles (por ejemplo, naves industriales, suelos para edificar complejos hoteleros) aunque también se utiliza esta modalidad para bienes muebles de elevado importe como podrían ser naves y aeronaves de todo tipo; mientras que el *renting* se utiliza para el resto de bienes muebles (vehículos a motor de todo tipo – transporte de personas y mercancías, agrarios-, maquinaria industrial, mobiliario y suministros, etc).

Las Administraciones Públicas estarán interesadas en contratar estas tipologías para la adquisición de activos necesarios para el desarrollo de su actividad. En particular, el *leasing* puede ser mayormente utilizado para la adquisición de aparatos

---

<sup>122</sup> GARCÍA CRUCES, José Antonio y CURTO POLO, Mercedes. *Los contratos de leasing y factoring*, capítulo insertado en la obra de ZUNZUNEGUI PASTOR, Fernando (Dir.). *Derecho bancario y bursátil*, editorial Colex, 2ª edición, Madrid, 2012, págs. 457 a 480.

<sup>123</sup> MENÉNDEZ, Aurelio y ROJO, Ángel (Dir.). *Lecciones de Derecho Mercantil*, Volumen II, editorial Civitas Thomson Reuters, 12ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2014, pág. 245.

tales como maquinaria sanitaria y de obra civil. Asimismo, el *renting* será el contrato más habitual para el arrendamiento financiero de vehículos destinados al uso público.

#### 2.3.4. Instrumentos financieros

Retomando aquí la distinción anteriormente expuesta entre contratos bancarios y contratos financieros, esto es, entre aquellos cuyo objeto es el dinero y aquellos otros cuyo objeto es un valor, a continuación se analizarán estos segundos. A dicho fin, cabe partir del artículo 2 del TRLMV, los instrumentos financieros tienen dos grandes categorías: los valores y los derivados financieros. Sin perjuicio de la complejidad de estos productos financieros, los mismos también resultan ser utilizados por el sector público en sus operaciones de endeudamiento y financiación, motivo por el que es preciso formular una alusión a su concepto y características, aunque sin ánimo de exhaustividad, a fin de poder desarrollar posteriormente los procedimientos y situaciones utilizadas por dicho sector público cuando opera en el mercado a través de tales instrumentos financieros.

##### *A) Derivados financieros*

Con carácter adicional a las tipologías de contratos bancarios de pasivo y de activo que se han analizado en los puntos precedentes, no se puede olvidar que en la actividad bancaria habitual coexisten otros tipos de contratos bancarios que, en puridad, no se insertan ni en una ni en otra categoría. Son contratos bancarios atípicos que han surgido del desarrollo de la práctica bancaria y, en ocasiones, de la complejidad de esta práctica y de sus productos asociados. Sin embargo, los derivados financieros<sup>124</sup> son tipologías contractuales habituales en la actualidad y que su

---

<sup>124</sup> ROSSELL PIEDRAFITA, Claudi. *Aspectos jurídicos el contrato internacional de SWAP*, Bosch, Barcelona, 1999, pág. 42, alude a la definición de “*derivado financiero*” facilitado por la revista Actualidad Financiera de junio 1997, en cuya página 85 los definía como “*Los instrumentos derivados podrían definirse, de forma genérica, como aquellos que permiten una operativa específica en distintos mercados en los que subyacen determinados activos tan diversos como productos agrícolas, energéticos, metales preciosos (normalmente conocidos como derivados sobre commodities), o productos financieros en los que incluimos productos tales como divisas, acciones con cotización en Bolsa o índices bursátiles, así como activos dependientes del tipo de interés, tales como deuda pública o tipos negociados en los mercados interbancarios*”. El mismo autor también trae a colación las siguientes definiciones en inglés, como la siguiente de WALKER GEORGE A.: *Financial derivatives-Global Regulatory Developments en The Journal of Banking Law*, enero 1996, pág. 67, los describe en los términos siguientes: “*any financial contract, the value of which depends*

existencia y aceptación, a pesar de su atipicidad, están fuera de toda duda y discusión. Fueron creados por los agentes financieros como una fuente de ingresos paralela al negocio bancario tradicional como productos financieros cuyo valor se basa en el precio de otro activo (activo o variable subyacente<sup>125</sup>) y permiten, a los que lo contratan, anticiparse o cubrirse de un hecho futuro del que se puede derivar un hecho o cambio que les podría afectar de manera adversa, siendo que su liquidación se practica por la diferencia entre el precio de mercado del subyacente y el precio pactado en el derivado. Las tipologías más utilizadas en los mercados financieros actuales son<sup>126</sup>:

- a) El contrato de permuta financiera (SWAP): las partes conciertan un intercambio de obligaciones pecuniarias a una fecha futura, momento en el que se derivará para una de las partes, o bien una obligación de pago o bien un derecho de cobro. Por ello, el valor económico del SWAP se puede cuantificar en cualquier momento, cuestión para la que se suele acudir al arbitraje. A nivel documental, los contratos de SWAP se hallan

---

*upon a reference rate or the value of an underlying asset or index, such as interest rate, Exchange rate or equity or commodity price.”*

<sup>125</sup> Según indicado en la precedente nota a pie de página, los subyacentes pueden ser activos (un bono, una acción, un producto, una mercancía) o no (una tasa de interés, un tipo de cambio, un índice).

<sup>126</sup> Existen otras tipologías de instrumentos financieros derivados como son los préstamos multidivisas y los seguros de cambios. Además, también están los FLOORS, CAPs y los COLLARs (todos OTCs) los cuales, aunque su finalidad es estabilizar los tipos de interés negociados independientemente, surgieron como modalidades de los préstamos a tipo de interés flotante: (i) los FLOORS consisten en un pacto de un límite inferior del tipo de interés, (ii) los CAPs consisten en un pacto de un límite superior del tipo de interés, y (iii) los COLLARs consisten en una combinación de los anteriores que, por tanto, suponen una cobertura total y bidireccional (mientras que la cobertura del CAP y del FLOOR, al ser unidireccional, es una cobertura parcial). Referenciado de nuevo a ROSSELL PIEDRAFITA, Claudi. *Aspectos jurídicos el contrato internacional de SWAP*, Bosch, Barcelona, 1999, pág. 50, trae a colación la siguientes definiciones de (i) FLOOR: “*multi-period interest rate option identical to a rate cap except that the floor writer pays the floor purchaser when the reference rate drops below the floor rate*””; (ii) de CAP: “*The writer (the seller) of a cap pays the cap holder (the purchaser) each time the contract’s reference rate of interest is above the contract’s ceiling rate on a settlement date. By this structure, a cap provides a multi-period hedge against increases in interest rates (...). Market makers both buy and sell caps and their profit, as usual, from a spread between their bid Price and their asked Price. The rate cap Premium takes the form of bank and the bank’s customer enter an agreement in which specify a ‘term’ for the cap (such as two years or five years), a reference rate (such as three-month LIBOR, six-month LIBOR, or the three-month T-bill), a contract ceiling rate that constitutes the cap’s ‘strike’ Price and that is sometimes called the ‘cap rate’, ‘the cap’s notional principal’, and the settlement dates*”; y (iii) de COLLAR: “*a combination of a cap and a floor in which the purchaser of the collar buys a cap and simultaneously sells a floor. Collars can be constructed from two separated transactions (...) or they can be combined into a single transaction. A collar has the effect of locking the collar purchaser into a floating rate of interest that is bounded on both the high side and the low side.*”

estandarizados por la *International Swaps and Derivatives Association* (ISDA<sup>127</sup>), utilizándose entre entidades financieras españolas la versión estandarizada que se sujeta a legislación española y redactado en castellano, el Contrato Marco de Operaciones Financieras (CMOF). En caso que este intercambio esté referenciado a un tipo de interés (fijo o variable), se trata de la modalidad de *Interest Rate Swap* (IRS) que, a su vez, puede estar referenciado a una única divisa o a diversas divisas. En todo caso, el SWAP es un producto que se negocia en mercados no regulados o Over The Counter (OTC)<sup>128</sup>. Son contratos que han tenido un interesante estudio jurisprudencial, tal y como apunta MERCADAL<sup>129</sup>.

- b) Los *Forward Rate Agreements* (FRAs): son una modalidad de derivado financiero en el que las partes pactan un tipo de interés para un determinado periodo, con fecha de comienzo futura y para un importe nominal teórico. Llegada la fecha futura, el importe del FRA se calcula por la diferencia entre el precio de mercado del tipo de interés en aquel momento y el fijado en el FRA. Su finalidad es protegerse contra los movimientos desfavorables de los tipos de interés y eliminar la incertidumbre sobre su evolución. El FRA es un producto que se negocia en mercados no regulados o OTC<sup>130</sup>.

---

<sup>127</sup> Vid. <http://www2.isda.org/> Sobre la consideración de ISDA como organización internacional de estandarización y la autoregulación privada cabe estar a lo reflexionado por DARNACULLETA I GARDELLA, M. Mercè, ESTEVE PARDO, José y SPIECKER GEN DÖHMANN, Idra (Dirs.). *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*, Colección Administración Pública y Derecho, editorial Marcial Pons, 1ª edición, Madrid, 2015, págs. 202 a 203; en donde se califica a tales organizaciones como a “*los nuevos gobernantes locales*” por el aumento que han tenido de sus cotas de poder y capacidad de decisión frente a los Estados.

<sup>128</sup> Como estudio reciente en la materia, se cita la tesis doctoral de MORERA GUAJARDO, Enrique. *La regulación de los mercados de valores no organizados. Estudio específico del Total Return Swap (TRS)*, Barcelona, diciembre, 2014.

<sup>129</sup> MERCADAL VIDAL, Francisco y HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel. *La comercialización de swaps de tipos de interés por las entidades de crédito. Estado sobre la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales*, editorial Bosch, 1ª edición, Barcelona, 2012, pág. 22 en donde alude al carácter principal y autónomo del contrato “*en la medida que no precisa estar vinculado a otra operación, aunque, en los supuestos que aquí nos interesan, lo habitual ha sido precisamente su conexión con una transacción financiera (préstamo, etc) celebrada entre la EC y el propio cliente.*”

<sup>130</sup> El FRA va referenciado con dos números después de la palabra FRA, separados por un /. El primer número hace referencia al número de meses desde la firma del contrato de FRA hasta su liquidación, y el segundo número hace referencia al número de meses desde la firma del contrato hasta el vencimiento del FRA.

- c) Los futuros: son derivados financieros que se negocian en mercados secundarios organizados y, como su nombre indica, suponen un pacto entre las partes en cuya virtud, a una fecha cierta, una parte se obliga a vender algo y la otra a comprarlo, sin que se realice desembolso o cobro alguno en el momento que se formaliza el futuro. El objeto del futuro puede ser tanto divisas (compromiso de comprar o vender una divisa a un determinado tipo de cambio), tipos de interés (compromiso de tomar o dar prestado a un determinado tipo de interés) o materias primas (compromiso de comprar o vender una determinada cantidad de una materia prima); siendo denominados “*futuros financieros*” en los dos primeros casos. Aunque sean contratos referidos a un determinado valor, llegado el día del vencimiento se liquidan por diferencias, de modo que una parte debe entregar la diferencia entre el precio pactado en el contrato respecto a cada valor o activo financiero al que se refiere este contrato y el precio de cotización de ese valor el día de su ejecución<sup>131</sup>. No se negocian OTC.
- d) Las opciones: estrictamente son derivados financieros que conllevan un derecho a comprar (*option call*) o a vender (*option put*) a un precio fijo a una fecha futura un activo determinado a cambio del pago de una prima. La parte interesada en comprar paga la prima, en el momento de la contratación de la opción, a la parte interesada en vender, siendo que esta prima otorga al interesado en comprar la facultad de decidir comprar el activo o no, corriendo un riesgo equivalente al del importe de la prima en caso de decidir no comprar. De modo que el vendedor está a expensas de la decisión que tome el comprador, por lo que es habitual que aquél utilice la prima para comprar otras opciones para fijar el riesgo asumido. Sin embargo, la compra también se puede ejercitar entre la contratación del futuro y la fecha futura<sup>132</sup>.

---

<sup>131</sup> SÁNCHEZ CALERO, Fernando. *Instituciones de Derecho Mercantil*, Mc Graw Hill, Volumen II, 27ª edición, Madrid, 2004, págs. 267 a 268 “*La operación de futuro, en principio podría liquidarse in natura, esto es, entregando el vendedor los valores y el comprador su precio pactado; más no es lo normal, sino que su liquidación es ‘por diferencias’.* En cualquier caso en los contratos de futuro se dice que el vendedor juega o especula a la baja, pues espera que el precio de los valores sea más bajo en el momento del vencimiento del contrato; mientras que, por el contrario, el comprador espera que el precio de los valores suba con relación al pactado.”

<sup>132</sup> Es la opción americana, a diferencia de la opción europea en la que la decisión de comprar únicamente se puede tomar o no en la fecha futura pactada entre las partes.

En el caso de las opciones de venta, además, el que la contrata debe establecer una garantía cuyo objeto es garantizar que el bien o dinero objeto de venta va a permanecer en su poder en caso que se realice la venta. El objeto de la opción pueden ser divisas, tipos de interés, acciones y materias primas. Al igual que sucede con los futuros, las opciones no se ejecutan normalmente mediante la entrega de los valores o activos financieros subyacentes, sino por diferencias<sup>133</sup>. Se regulan como contratos OTC, a pesar de la existencia de mercados organizados.

Para terminar este apartado relativo a los derivados financieros únicamente constatar que, desde un punto de vista estructural y legal, los derivados financieros son una tipología de valores, de conformidad con la regulación contenida en el TRLMV. Sin perjuicio de ello, por motivos expositivos y para resaltar su relevancia en la práctica bancaria, se ha optado por dar una explicación conjunta de los derivados financieros, antes que la de los valores y justo después de haber explicado las modalidades de contratos bancarios de activo y pasivo; por considerar que resultaba mejor enfocado y expositivamente idóneo, dejando para después de ello el estudio particular de los valores y las diversas tipologías de los mismos, cuestión que se aborda seguidamente en el siguiente apartado.

### *B) Valores*

A continuación, como tipología distinta de instrumentos financieros, cabe hacer referencia a los valores, o mejor dicho, a los valores negociables. Éstos son los que la normativa del mercado de valores<sup>134</sup> define en base a dos características: (i) que sean

---

<sup>133</sup> BROSETA PONT, Manuel y MARTÍNEZ SANZ, Fernando. *Manual de Derecho Mercantil*, Volumen II, editorial Tecnos, 23ª edición, Madrid, 2016, pág. 233, págs. 315; en donde alude a que “*son negocios en los que las partes se obligan desde el principio a ejecutar un contrato determinado en condiciones preestablecidas, si bien en un momento posterior.*”

<sup>134</sup> TAPIA HERMIDA, Alberto Javier. *Derecho del Mercado de Valores*, editorial Cálamo, Colección *Manuales Básicos*, 1ª edición, 2003, págs. 22 y 45, el mercado de valores constituye una de los tres grandes sectores en que se divide el mercado financiero, a saber, el mercado bancario, el mercado de valores y el mercado de seguros. Se define al mercado de valores como “*un espacio económico en el que una serie de sujetos emiten, intermedian y adquieren unos objetos que son los valores negociables y los instrumentos financieros.*” Y se halla regulado por el Derecho del mercado de valores que configura un “*conjunto de normas jurídicas que establecen las reglas de comportamiento de tres tipos de sujetos (emisores, intermediarios e inversores) que invierten en dos tipos de procesos (distribución y redistribución) sobre unos objetos comunes (valores negociables e instrumentos financieros).*”

emitidos por personas o entidades, públicas o privadas, y agrupados en emisiones, y (ii) que consistan en un derecho de contenido patrimonial, con independencia de su denominación, que por su configuración jurídica propia y régimen de transmisión sea susceptible de tráfico generalizado e impersonal en un mercado financiero (art. 2.1 TRLMV). Siendo una definición concisa es, a su vez, una definición que engloba muchas tipologías de valores negociables, entre los cuales se hallan las acciones de sociedades y valores negociables equivalentes; cuotas participativas de las cajas de ahorros; bonos, obligaciones y otros valores análogos representativos de parte de un empréstito, incluidos los convertibles o canjeables; cédulas, bonos y participaciones hipotecarias; bonos de titulización; participaciones y acciones de instituciones de inversión colectiva; instrumentos que se negocian habitualmente en el mercado monetario tales como letras del Tesoro, certificados de depósito y pagarés; participaciones preferentes; cédulas territoriales; los “warrants” y demás valores negociables derivados que confieran el derecho a adquirir o vender cualquier otro valor negociable o que den derecho a una liquidación en efectivo determinada por referencia, entre otros, a valores negociables, divisas, tipos de interés o rendimientos, materias primas, riesgo de crédito u otros índices o medidas; los demás que se les atribuya la condición de valor negociable por las disposiciones legales o reglamentarias; y las cédulas y bonos de internacionalización.

En función de quien sea el emisor de los valores, se distingue entre emisores públicos y emisores privados. En concreto, los emisores públicos pueden ser el Estado, las CCAA, los organismos dependientes de ambos y el Banco de España, y las Entidades locales. Y, en función de si la adquisición de tales valores es originaria o derivativa se negociación se realiza en el mercado primario, en el primer caso, o en el mercado secundario, en el segundo<sup>135</sup>. Por ello, en el mercado de valores hay dos procesos claramente diferenciados: (i) la adquisición originaria (o de primera mano) o distribución primaria, en donde los inversores adquieren originalmente (vía

---

<sup>135</sup> SÁNCHEZ CALERO, Fernando. *Instituciones de Derecho Mercantil*, Mc Graw Hill, Volumen II, 27ª edición, Madrid, 2004, pág. 229, “Los economistas han venido denominando mercado primario de valores a aquel en el que los inversores suscriben los valores en el momento de su emisión. Por el contrario, en los mercados secundarios se contratan valores en un momento posterior a su suscripción. La distinción ha de centrarse no tanto en el hecho de la suscripción, sino en el más amplio del acceso al mercado del valor: de forma que en el mercado primario hay una adquisición originaria de valores que acceden al mercado organizado, mientras que en el mercado secundario se produce una adquisición derivativa de valores que ya han accedido al mercado.”



suscripción) los valores negociables producidos por los emisores, proceso que se desarrolla en el ámbito del mercado primario de valores (Título III TRLMV); y (ii) la adquisición derivativa (o de segunda mano) o redistribución secundaria, en donde los inversores adquieren derivativamente (generalmente, vía compraventa) los valores negociables que fueron previamente adquiridos por otros inversores anteriores los cuales ahora proceden a la venta de dichos valores, proceso que se desarrolla en el ámbito del mercado secundario de valores (Título IV TRLMV). En esta estructura, los emisores de valores y los intermediarios son considerados deudores de obligaciones, y los inversores son considerados acreedores en orden a su protección.

La particularidad de los emisores públicos es que los mismos están eximidos del cumplimiento de los requisitos propios de los mercados primario y secundario. En particular, respecto del mercado primario, el Estado, las CCAA, los organismos dependientes de ambos y el Banco de España no están sometidos a cumplir los requisitos genéricamente exigibles a las emisiones de valores. Y, respecto del mercado secundario, los valores que emita el Estado, el Instituto de Crédito Oficial, las CCAA o los organismos internacionales en los que España sea miembro se consideran admitidos de oficio o en virtud de mera solicitud en el Mercado de Deuda Pública en Anotaciones o en los demás mercados secundarios oficiales.

En particular, el Mercado de Deuda Pública en Anotaciones tiene por objeto la negociación de valores de renta fija emitidos por el Estado, por el Instituto de Crédito oficial y, a solicitud de ellos, por el Banco Central Europeo, por los Bancos Centrales Nacionales de la Unión Europea, por las CCAA, por bancos multilaterales de desarrollo en los que España sea miembro, por el Banco Europeo de Inversiones o por otras entidades públicas<sup>136</sup>; actuando el Banco de España como organismo rector. En cuanto a las CCAA, se les permite crear, regular y organizar un mercado autonómico

---

<sup>136</sup> De conformidad con el art. 76 TRLMV, los supuestos de emisión, las especificaciones técnicas de los valores y la negociación de otros instrumentos financieros se deberán hacer de conformidad con el reglamento del mercado de valores; así como también la negociación en mercados secundarios de los valores admitidos a negociación. Sin perjuicio de ello, este desarrollo reglamentario no existe por el momento, de modo que todo ello se rige, por un lado, por la propia LMV y, por otro lado, por las interpretaciones y praxis de la Comisión Nacional del Mercado de la Competencia, como organismo encargado de la supervisión e inspección de los mercados de valores españoles y de los sujetos operantes en los mismos, y cuyo objetivo es velar por la transparencia de los mercados de valores españoles, la correcta fijación de los precios y la protección de los inversores.

de deuda pública en anotaciones cuyo objeto sea la negociación de valores de renta fija emitidos por aquéllas y de otras entidades de derecho público dentro de su ámbito territorial (art. 76 TRLMV)<sup>137</sup>.

Los principales productos de renta fija pública son los siguientes:

- a) Letras del Tesoro: son valores de renta fija a corto plazo (3, 6, 9 y 12 meses) que se articulan mediante anotaciones en cuenta. Sufren muy reducidas variaciones de precio por ser a corto plazo, con lo que el riesgo del inversor es bajo. La petición mínima son 1.000 euros y múltiplos de este importe, y se emiten mediante subasta y al descuento, de modo que el inversor paga un importe inferior, siendo la diferencia el interés que cobrará al vencimiento.
- b) Bonos y Obligaciones del Estado: a diferencia de las Letras, son valores de renta fija a largo plazo (los Bonos a 3 y 5 años, y las Obligaciones a 10, 15 y 30 años). Y, sin embargo, parten de los mismos importes que las Letras y también se emiten mediante subasta y al descuento.

Desde un punto de vista contractual cabe distinguir, por un lado, las relaciones jurídicas de suscripción de los valores en el mercado primario se articulan a través de contratos de suscripción entre emisores e inversores que se adhieren a los contratos de emisión (artículo 35 TRLMV), y en donde además habrá contratos de gestión entre los

---

<sup>137</sup> Como apunte de filosofía jurídica, se trae cita a KANT, Immanuel. *Sobre la paz perpetua*, editorial Tecnos, Clásicos del Pensamiento, Tercer milenio, 7ª edición, Madrid, 2008 (traducción de Joaquín Abellán) (págs. 8-9); en tanto que, cuando enumera los artículos preliminares que deben servir de base para garantizar la paz perpetua entre los Estados, enumera al siguiente: “4. No debe emitirse deuda pública en relación con los asuntos de política exterior”. En este punto de su ensayo filosófico de 1795 incluye esta justificación: “Esta fuente de financiación no es sospechosa para buscar, dentro o fuera del Estado, un fomento de la economía (mejora de los caminos, nuevas colonizaciones, creación de depósitos para los años malos, etc.). Pero un sistema de crédito, como instrumento en manos de las potencias para sus relaciones recíprocas, puede crecer indefinidamente y resulta siempre un poder financiero para exigir en el momento presente (pues seguramente no todos los acreedores lo harán a la vez) las deudas garantizadas (la ingeniosa invención de un pueblo de comerciantes en este siglo); es decir, es un tesoro para la guerra que supera a los tesoros de todos los demás Estados en conjunto y que sólo puede agotarse por la caída de los precios (que se mantendrán, sin embargo, largo tiempo gracias a la revitalización del comercio por los efectos que éste tiene sobre la industria y la riqueza). Esta facilidad para hacer la guerra unida a la tendencia de los detentadores del poder, que parece estar ínsita en la naturaleza humana, es, por tanto, un gran obstáculo para la paz perpetua; para prohibir esto debía existir, con mayor razón, un artículo preliminar, porque al final la inevitable bancarrota del Estado implicará a algunos otros Estados sin culpa, lo que constituiría una lesión pública de estos últimos. En este caso, otros Estados, al menos, tienen derecho a aliarse contra semejante Estado y sus pretensiones.”

intermediarios habilitados y/o los emisores y/o los inversores (artículo 142 TRLMV) habitualmente bajo la forma de contrato de comisión mercantil; y, por otro lado, los contratos de intercambio de valores bajo el modelo básico de la compraventa (artículo 83 TRLMV) a cambio de dinero, aunque también se puede utilizar el contrato de permuta.

#### **2.4. Servicios bancarios**

En último lugar, cabe hacer referencia a una tipología de servicios idiosincrásica de la actividad bancaria en el ámbito del sector público, que son los denominados “*servicios bancarios*”. Éstos consisten en el conjunto de servicios de cobros y de pagos que puede realizar una actividad financiera a favor de una Administración Pública y que es de la utilidad de ésta para el ejercicio de sus funciones. MENÉNDEZ<sup>138</sup> los considera una actividad que “*junto a la función crediticia*” realizan las entidades financieras consistente en “*intervenir o mediar en los pagos*” haciendo alusión a su nacimiento asociado primero a las letras de cambio y los depósitos bancarios, y luego de instrumentos como los cheques, cuentas corrientes y tarjetas bancarias.

A modo de ejemplo, las Administraciones públicas pueden desarrollar actividades variadas de las que se derivan unos ingresos a favor de éstas, siendo un supuesto habitual y claro el de los impuestos, las tasas y los precios públicos. En relación con la recaudación de estos importes, que constituyen auténticos ingresos en el presupuesto de la respectiva Administración Pública, la pueden realizar ellas mismas o bien pueden optar por la gestión indirecta a través de una entidad financiera a la que hayan adjudicado dicho servicio previa licitación, siendo lo más usual que, como apunta LÓPEZ JIMÉNEZ<sup>139</sup>, “*el proveedor de servicios de pagos sea una entidad de crédito.*”

En la práctica es habitual la licitación de estos servicios bancarios a favor de una o varias entidades financieras, de modo que la Administración Pública se despreocupe de su recaudación y sea esta o estas entidades financieras las encargadas de prestar el

---

<sup>138</sup> MENÉNDEZ, Aurelio y ROJO, Ángel (Dirs). *Lecciones de Derecho Mercantil*, Volumen II, editorial Civitas Thomson Reuters, 12ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2014, págs. 250 a 251.

<sup>139</sup> LÓPEZ JIMÉNEZ, José María. *Comentarios a la Ley de Servicios de Pagos*, editorial Bosch, 1ª edición, Barcelona, 2011, pág. 403.

servicio, con sus propios medios y por las condiciones finalmente adjudicadas, a cambio del cobro de una contraprestación o precio y bajo unas determinadas condiciones operativas. Esta externalización o gestión indirecta del servicio supone una suerte de privatización de una función que en principio podría parecer pública, pero que es coherente con el ordenamiento jurídico vigente que lo preste una entidad financiera, esto es, una empresa privada.

De hecho, es lo que ESTEVE<sup>140</sup> entiende que se ciñe dentro del concepto de la “*Administración garante*”, como evolución o alternativa al Estado y a la Administración prestacional, basada en funciones que en origen son públicas (lo es, claramente, la gestión de cobros y pagos públicos y la recaudación de dinero público), pero que se concede su prestación a terceros. Según el autor “*La lógica y justificación del traslado de funciones y cometidos al sector privado es porque de este modo se espera obtener eficacia en la gestión, reducción de costes, conocimiento experto, adaptación tecnológica y otras supuestas ventajas.*” Ello conlleva como consecuencia una combinación en la aplicación del Derecho Público, para la salvaguarda de los intereses públicos, y del Derecho Privado para la protección de los privados, sin que sea una tarea fácil de acometer pues es una cuestión que el mismo autor deja abierta al afirmar que “*La aplicación del Derecho público sólo resulta razonable si se produce de manera puntual y acotada en aquellos aspectos en los que los intereses generales se ven afectados. Habría también que valorar entonces si esos intereses no quedan convenientemente protegidos por el Derecho privado. También se podrían considerar los costes que comporta la aplicación del Derecho público por si pudieran resultar manifiestamente desproporcionados; sería, en cualquier caso, una cuestión a ponderar.*”

Dichos servicios, aunque consistan siempre y en todo caso, en la gestión de cobros y pagos por cuenta de la Administración Pública adjudicadora, se pueden concretar en modalidades diversas de dicho servicio de cobro y pagos ante lo que hay que distinguir dos aspectos:

---

<sup>140</sup> ESTEVE PARDO, José. *La Administración garante. Una aproximación*, Revista de Administración Pública, número 197, mayo-agosto, editorial Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Madrid, 2015, págs. 33 a 39.

a) Apertura de cuentas bancarias: con carácter instrumental, previo y necesario a la prestación de cualquier servicio bancario, es preciso que se establezca un vínculo de conexión dinerario entre la Administración o entidad adjudicadora y el banco que deberá prestar el servicio, lo que se instrumenta a través de la apertura de cuentas bancarias que servirán, en esencia, para depositar los importes que sean objeto de recaudación. Luego, en función de las tipologías de cobros y pagos pactadas y de los intereses que tenga la Administración o entidad adjudicadora a nivel de gestión del servicio y de los fondos recaudados, puede suceder que existan diversas modalidades de cuentas bancarias e incluso denominaciones: cuentas de ingresos, cuentas de pagos, cuentas de tesorería, cuentas de situación de fondos, cuentas operativas, cuentas restringidas, cuentas especiales, etc. Sin perjuicio de que todas ellas son cuentas corrientes en las que se depositan fondos, su denominación depende en puridad de la denominación que haya establecido la Administración o entidad licitante en los pliegos, denominaciones que, por motivos de eficacia, deberían de encajar con la práctica bancaria a fin de no generar confusiones operativas. Por lo cual, el nombre que reciban estas cuentas está directamente relacionado con la finalidad que dichas cuentas deban prestar, siendo que esta finalidad habrá sido previamente determinada por la Administración o entidad licitante en los pliegos, administrativos y/o técnicos, correspondientes. Adicionalmente lo anterior, los pliegos también pueden solicitar a los ofertantes una remuneración por los saldos de dichas cuentas, así como el compromiso de facilitar extractos de las mismas con determinada regularidad, entre otras cuestiones<sup>141</sup>.

---

<sup>141</sup> Acerca de la idoneidad de las Administraciones Públicas para ser titulares de cuentas bancarias, en tanto que depositante persona jurídica, LÓPEZ ORTEGA, Raquel. *Tratado de Derecho Mercantil. Las entidades de crédito y sus operaciones, Las operaciones bancarias de pasivo*, volumen 3, editorial Marcial Pons Derecho, Madrid, 2008 (pág. 113) ha manifestado: “Las personas jurídicas, al igual que las personas físicas, gozan de capacidad para celebrar contratos de depósito bancario de dinero (...). Junto a las personas jurídicas privadas, hay que incluir a la Administración General del Estado, junto a los organismos públicos vinculados o dependientes de ella, a los que los arts. 2.2 y 42.1 [este último referido a los Organismos públicos, esto es, Organismos autónomos, entidades públicas empresariales y Agencias Estatales], respectivamente, de la LOFAGE reconocen personalidad jurídica diferenciada. Asimismo, otros entes públicos dotados de personalidad jurídica, no pertenecientes a la Administración General del Estado, serían las Comunidades Autónomas, las Provincias y los Municipios, así como las Autoridades Administrativas Independientes.” En cualquier caso, el conjunto de Administraciones Públicas y entidades del sector

b) Servicios de cobro y pago: es el *core* del servicio y pueden ser de lo más amplio: (i) servicios de cobro: servicios de recaudación (tributos, tasas, contribuciones especiales, precios públicos, etc.) por ventanilla en la propia entidad financiera, habilitación de cajeros automáticos, habilitación del sistema de banca telefónica, habilitación del sistema de banca electrónica, habilitación de sistemas de pago por móvil, entre otros; y (ii) servicios de pago: realización de transferencias a proveedores, realización de transferencias a empleados en pago de nóminas y relacionados, realización de transferencias al extranjero en divisa o en euros, habilitaciones de tarjetas de pago a favor de miembros de la Administración o entidad licitante, etc.

Respeto de los servicios de cobro, habitualmente, su disponibilidad y condiciones favorables están directamente relacionados con el hecho de que el ciudadano o empresa que realice el pago o a cuyo favor se realice el pago sea cliente de la entidad financiera gestora del servicio. Es lo que puede suceder con el servicio de banca electrónica, por ejemplo, el cual estará disponible por la entidad financiera a favor de sus propios clientes que se hayan dado de alta en este servicio, caso en el cual los mismos podrán realizar pagos a favor de las Administraciones Públicas que hayan adjudicado a su entidad financiera proveedora los servicios bancarios.

Asimismo, por el hecho de ser este mismo ciudadano el perceptor de una nómina pagada por su entidad financiera proveedora la cual a su vez ha sido adjudicataria de este servicio por parte de una Administración Pública, ello puede conllevar que dicho ciudadano se pueda beneficiar de determinadas ventajas procedentes de dicha entidad financiera tales como, a modo de ejemplo, la posibilidad de anticipo de la nómina, siendo que los demás empleados de la Administración o entidad pública adjudicadora que, a su vez, no sean clientes de la entidad financiera adjudicataria no obtendrían estas ventajas. Ante todo lo que se observa que, si bien y por un lado la Administración pública o entidades del sector público, externalizan a una entidad financiera la realización de una

---

público que pueden ser titulares de cuentas bancarias son todas las que tengan personalidad jurídica, y que serán enumeradas en el apartado 1 del Capítulo II, y que constituyen el cliente bancario.

actividad que les correspondería a ellas mismas, por otro lado de dicha actividad la entidad financiera adjudicataria puede obtener tanto un beneficio directo, por la propia prestación del servicio adjudicado, como indirecto, por las ventajas que puede ofrecer a los ciudadanos y empresas que utilizan sus servicios para la realización de los cobros y pagos objeto de la licitación, o bien directamente ante éstos cuando sean sus propios clientes en forma de ventajas específicas.

Tratándose como su nombre indica de servicios bancarios, siendo por tanto necesario e imprescindible que tales servicios los preste una entidad financiera, ello supondrá que, como tales servicios bancarios, los mismos reciban una retribución de parte de la Administración Pública adjudicadora en forma de precio.

Adicionalmente, tal y como se ha explicado, de dichos contratos se podría derivar la circunstancia que, además de cobrar un precio, la entidad financiera hubiera asumido la obligación de remunerar los saldos de las cuentas aperturadas por los fondos existentes en las mismas en las fechas que se hayan determinado en los pliegos, de modo que la Administración Pública tendría unas cuentas remuneradas sin ser expresamente a plazo, pero remuneradas por el hecho de que las mismas tuvieran unos determinados fondos en una fecha determinada.

Cuestiones como éstas, cuyo establecimiento depende de la propia Administración o entidad que ha licitado y, por tanto diseñado, el servicio bancario pueden ser habituales y, sin perjuicio de que la entidad financiera pueda considerar que se exige una remuneración por una cuenta que no es a plazo y que estas cuentas no se remuneran cuando el cliente bancario es un particular o una empresa privada, en licitaciones públicas constituyen cuestiones estratégicas cuya aceptación o no de parte de la entidad financiera serán determinantes de la adjudicación del servicio, en el sentido de que la no oferta de estos aspectos peculiares pueden llevar, no necesariamente al descalificación, pero sí a la no puntuación y, por tanto y al final, a no ganar la licitación.

Ante ello, es cierto que cuando la entidad financiera pretende conseguir realizar los servicios bancarios en el ámbito del sector público, tiene que modificar ligeramente sus pautas de conducta y ofrecer un tratamiento exclusivo, que no realiza para clientes que no formen parte del sector público, que podrían eventualmente considerarse

contrarios al ánimo de todo banco como sociedad capitalista, toda vez que a priori podrían resultar servicios cuya prestación conlleva la asunción de unos costes superiores al beneficio empresarial obtenido, pero que ello constituye parte de las reglas del juego y de la preponderancia que demuestra la Administración o entidad pública licitante en estos casos.

Además, no se puede olvidar que, muy habitualmente, poder prestar estos servicios conllevará la realización de inversiones en aplicaciones informáticas, desarrollos operativas, software y hardware de parte de la entidad financiera y eventualmente dotación de personal cualificado o adicional, costes que los pliegos no permiten repercutir a la licitadora y que, por tanto, es un coste o inversión previa a asumir por parte del banco ofertante. Y, con carácter adicional, otra exigencia que puede ir incluida en la licitación de los servicios bancarios es el otorgamiento de un crédito a favor del licitante, esto es, la puesta a disposición de una cuenta de crédito con el importe que determinen los pliegos. Ello supone que, además de los servicios bancarios, la Administración Pública licitante busca financiación mediante este concurso, financiación para operaciones de tesorería y, por tanto, a corto plazo. Dicha financiación, aun que requerida bajo el paraguas de un concurso de servicios bancarios, es una prestación más de la misma que, según como estén redactados y configurados los pliegos, puede dar lugar a la descalificación automática de la entidad financiera oferente que no haya incluido en su oferta dicho crédito. Puede ser que el crédito solicitado sea un importe concreto, o bien que sea un importe máximo.

También puede ser que el concurso de servicios bancarios tenga la finalidad de contratar una única entidad financiera o bien la de contratar a varias por tramos o por funcionalidades, en el caso de que se contrate por tramos cada entidad financiera podrá ofertar un tramo del crédito solicitado<sup>142</sup>. La particularidad es que cuando los servicios bancarios conllevan financiación, habrá dos duraciones diferentes del contrato que se firme, esto es, los servicios bancarios tendrán la duración establecida en el pliego

---

<sup>142</sup> La exigencia de un sindicato bancario en la prestación de los servicios bancarios y la financiación es habitual en el marco de las Comunidades Autónomas en donde los importes a gestiones en servicios de cobros y pagos, y los importes a facilitar como financiaciones a crédito a corto plazo suelen ser de varios miles de euros. Son las también denominadas operaciones de tesorería centralizada o operaciones de “*cashpooling*” o “*cash-pooling*” (del inglés “*cash*”: efectivo, liquidez, y “*pooling*”: agrupación), las cuales valga decir que no son exclusivas del ámbito del sector público (pues también pueden prestarse de parte de un banco a favor de empresas privadas).



como contratos de servicios con sus prórrogas si se han previsto, mientras que la operación de crédito a corto plazo en todo caso sólo podrá durar un año, de manera que se tendrá que renovar anualmente, lo que significa que cada año la entidad financiera deberá poner a disposición de la Administración Pública adjudicadora el importe pactado y por el precio pactado, salvo que se haya previsto que anualmente se negociarán las condiciones financieras de la financiación, caso en el cual anualmente y con la antelación prevista en los pliegos la entidad financiera deberá prestar una oferta por el importe y las condiciones financieras de la financiación anual.

## CAPÍTULO II

# ***CUESTIONES PREVIAS (II): LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS COMO CLIENTE BANCARIO Y EL DINERO PÚBLICO***

### **1. EL DENOMINADO “SECTOR PÚBLICO”**

#### **1.1. Definiciones legales**

En la actualidad, la definición jurídica del concepto de “*sector público*” se halla en tres normas de Derecho Público: la LGP, la LRJSP y el TRLCSP. La primera es la normativa reguladora, en términos generales, de la hacienda pública del Estado, la segunda es la reguladora de la estructura que integra la Administración General del Estado, y la tercera es la normativa reguladora de la contratación pública por parte del Estado y, en general, de todos los entes que configuran el sector público.

A efectos expositivos es oportuno citar, en primer lugar, el artículo 2.1 de la LGP en donde se contiene una clasificación general, y en segundo lugar, el artículo 2.2 en donde se desarrolla el concepto de “*sector público institucional estatal*” (introducido por la Disposición Final Octava de la LRJSP<sup>143</sup>); siendo ambos del siguiente literal:

*“1. A los efectos de esta ley forman parte del sector publico estatal:*

- a) La Administración General del Estado.*
- b) El sector público institucional estatal.*

---

<sup>143</sup> La LRJSP (cuya entrada en vigor se produjo el 2 de octubre de 2016 y que en esta materia conlleva una clara reformulación de la regulación organizativa contenida en la LOFAGE, a la que ha derogado expresamente) manifiesta que el “*sector público*” comprende (art. 2.1): “*a) La Administración General del Estado, b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas, c) Las Entidades que integran la Administración Local, y d) El sector público institucional.*” Posteriormente, precisa que el “*sector público institucional*” se integra por lo siguiente (art. 2.2): “*a) Cualesquiera organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas. b) Las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas que quedarán sujetas a lo dispuesto en las normas de esta Ley que específicamente se refieran a las mismas, en particular a los principios previstos en el artículo 3, y en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas. c) Las Universidades públicas que se registrarán por su normativa específica y supletoriamente por las previsiones de la presente Ley.*”

2. *Integran el sector público institucional estatal las siguientes entidades:*
- a) *Los organismos públicos vinculados o dependientes de la Administración General del Estado, los cuales se clasifican en:*
    - 1.º *Organismos autónomos.*
    - 2.º *Entidades Públicas Empresariales.*
  - b) *Las autoridades administrativas independientes.*
  - c) *Las sociedades mercantiles estatales.*
  - d) *Los consorcios adscritos a la Administración General del Estado.*
  - e) *Las fundaciones del sector público adscritas a la Administración General del Estado.*
  - f) *Los fondos sin personalidad jurídica.*
  - g) *Las universidades públicas no transferidas.*
  - h) *Las entidades gestoras, servicios comunes y las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, así como sus centros mancomunados.*
  - i) *Cualesquiera organismos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de la Administración General del Estado.”*

En segundo lugar, la LRJSP, además de la Administración General del Estado, las Administraciones de las CCAA y las EELL, también considera como Administraciones Públicas a las siguientes (artículo 2.3): *“los organismos públicos y entidades de derecho público previstos en la letra a) del apartado 2.”* Por tanto, la LRJSP ha extendido la condición de Administraciones Públicas a los organismos autónomos, a las entidades públicas empresariales y las autoridades administrativas independientes.

De manera similar, en tercer lugar, el artículo 1.3 del TRLCSP contiene la siguiente enumeración de los entes y entidades integrantes de lo que denomina *“sector público”*:

- “1. A los efectos de esta Ley, se considera que forman parte del sector público los siguientes entes, organismos y entidades:*
- a) *La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local.*
  - b) *Las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social.*
  - c) *Los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales, las Universidades Públicas, las Agencias Estatales y cualesquiera entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto que pertenezca al sector público o dependientes del mismo, incluyendo aquellas que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad.*

- d) *Las sociedades mercantiles, en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a) a f) del presente apartado sea superior al 50 por 100.*
- e) *Los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refieren el artículo 6.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y la legislación de régimen local.*
- f) *Las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades.*
- g) *Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.*
- h) *Cualesquiera entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.*
- i) *Las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados en las letras anteriores.”*

Si se comparan ambas enumeraciones se observa que, a grandes rasgos, incluyen prácticamente a los mismos entes con las siguientes precisiones: (i) la LGP sólo se refiere a la Administración General del Estado, mientras que el TRLCSP también se refiere a la Administración de las Comunidades Autónomas y a la Administración Local; (ii) el TRLCSP es más explícito al referir entes públicos concretos como las Universidades Públicas, las Agencias Estatales; (iii) el TRLCSP precisa que integran el sector público sólo las sociedades públicas siempre que la participación en las mismas de los entes públicos supere el 50 por 100, y lo mismo respecto a las fundaciones; y (iv) el TRLCSP añade expresamente a las asociaciones constituidas por entes del sector público. Además, y muy importante, la LRJSP ha incorporado a los organismos públicos y a las entidades de derecho público al concepto de Administración Pública.

Por lo tanto, para comprender el alcance del concepto “*sector público*”, es preciso realizar una interpretación integradora entre dichas regulaciones a fin de concluir de la coherencia entre tales listados es de donde se extrae el vigente listado de Administraciones Públicas y entidades públicas integrantes del sector público en la actualidad.

Asimismo, los listados analizados, más allá de definir el alcance del sector público, también determinan el régimen jurídico aplicable al mismo. En este sentido, después de la enumeración, el artículo 4 de la LGP prevé que la misma regula el régimen económico y financiero de este sector público estatal, a su vez remite a la normativa específica materiales particulares como el régimen tributario, la contratación pública<sup>144</sup>, las haciendas locales, etc.; y finalmente manifiesta el carácter supletorio de las demás normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho común. Por tanto, este es el marco normativo aplicable al sector público a grandes rasgos. Y, en particular y dentro de dicho régimen se halla el TRLCSP que es una norma específica que regula únicamente el régimen de contratación al que se somete el sector público<sup>145</sup>.

Se constata que dichas enumeraciones incluyen en puridad a las mismas Administraciones y entidades públicas del “*sector público estatal*”, al ser ambas normas de carácter estatal. No obstante, la normativa autonómica también se ocupa de definir su propio sector público, lo que se denomina “*sector público autonómico*”, en su normativa reguladora sin perjuicio de que, en esencial, hacen referencia a la misma tipología de entes pero únicamente referidos al ámbito estrictamente autonómico<sup>146</sup>. Y, por supuesto, también se puede hablar del “*sector público local*” que, por analogía, hace alusión al mismo conjunto de Administraciones, entes y entidades públicas

---

<sup>144</sup> En particular, la LGP se remite expresamente al TRLCSP en tanto que materia específica en su artículo 4.2 al decir que “*Se someterán a su normativa específica: (...) g) El régimen general de la contratación de las entidades integrantes del sector público estatal.*”

<sup>145</sup> Según el artículo 1 del TRLCSP: “*La presente ley tiene por objeto regular la contratación del sector público*” y que “*Son contratos del sector público y, en consecuencia, están sometidos a la presente Ley en la forma y términos previstos en la misma, los contratos onerosos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que celebren los entes, organismos y entidades enumerados en el artículo 3.*”

<sup>146</sup> A efectos ejemplificativos, el Decreto Legislativo 3/2002, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de finanzas públicas de Catalunya hace repetidas alusiones al “*sector público de la Generalitat*” (arts. 22 bis, 53 bis). También, la Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de organización y funcionamiento de la Administración General y del sector público autonómico de Galicia, tiene un artículo expresamente referido al respecto cuyo literal es el siguiente (art. 3): “*1. A los efectos de esta ley, el sector público autonómico, además de por la propia Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia, está integrado por las siguientes entidades: a) Entidades públicas instrumentales dependientes de la Administración general o de otras entidades públicas instrumentales de la Comunidad Autónoma de Galicia, b) Otras entidades instrumentales respecto de las cuales la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia ejerce jurídicamente, de forma directa o indirecta, una posición de dominio, entendiéndose como tal, a estos efectos, aquélla en la que se ejerce un control análogo al de los propios servicios de la Administración.*”

cuando éstos ejercen sus funciones y competencias dentro del ámbito estrictamente local.<sup>147</sup>

De todos los integrantes del sector público, a los efectos de esta tesis únicamente se van a considerar las Administraciones Públicas y los entes, entidades y organismos públicos que dependan de las mismas en tanto que clientes bancarios públicos, con expresa exclusión de las sociedades públicas, tal y como se ha advertido anteriormente. Además y en los términos ya apuntados, a lo largo de la presente tesis la referencia a todas las Administraciones Públicas y sus entes y organismos, salvo las sociedades mercantiles públicas, serán denominados conjuntamente como “*Administraciones Públicas*” o “*Administraciones*” o “*Administración*” para evitar enumeraciones dilatorias discursivas. Y este colectivo en su globalidad es el cliente bancario público al que se ha aludido en el Capítulo I precedente y, por lo tanto, constituye el ámbito subjetivo de estudio de la presente tesis.

---

<sup>147</sup> También, a efectos ejemplificativos, el Real Decreto 1463/2007, de 2 de noviembre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, de Estabilidad Presupuestaria, en su aplicación a las entidades locales, alude y regula de forma muy detallada al “sector público local” (art. 2): “1. A los efectos de lo dispuesto en este título, se consideran integrantes del Inventario de Entes del Sector Público Local: a) Los ayuntamientos, diputaciones, consejos y cabildos insulares. b) Los órganos de gobierno y administración de las áreas metropolitanas, las mancomunidades de municipios, las comarcas y otras entidades que agrupen varios municipios y las entidades de ámbito territorial inferior al municipal, instituidas o reconocidas por las Comunidades Autónomas de conformidad con la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, y los correspondientes estatutos de autonomía. c) Los organismos autónomos y entidades públicas empresariales vinculadas o dependientes de los sujetos enumerados en los apartados a) y b). d) Las sociedades mercantiles en las que se dé alguna de las siguientes circunstancias: Que la entidad local, sus entes dependientes, vinculados o participados por la misma, participen en su capital social, directa o indirectamente, de forma mayoritaria. Que cualquier órgano, organismo o sociedad mercantil integrante o dependiente de la entidad local, disponga de derechos de voto mayoritarios en la sociedad, bien directamente, bien mediante acuerdos con otros socios de esta última. Que cualquier órgano, organismo o sociedad mercantil integrante o dependiente de la entidad local, tenga derecho a nombrar o a destituir a la mayoría de los miembros de los órganos de gobierno de la sociedad, bien directamente, bien mediante acuerdos con otros socios de esta última. Que el administrador único o la mayoría de los miembros del consejo de administración de la sociedad, hayan sido designados en su calidad de miembros o consejeros por la entidad local, organismo o sociedad mercantil dependientes de la entidad local. e) Las instituciones sin ánimo de lucro que estén controladas o financiadas mayoritariamente por alguno o varios de los sujetos enumerados en este artículo. f) Los consorcios que las entidades locales hayan podido constituir con otras administraciones públicas para fines de interés común o con entidades privadas que persigan fines de interés general, siempre que la participación de la o las entidades locales en dichos Consorcios sea mayoritaria, o bien que en caso de igualdad de participación con otras entidades que no sean de carácter local, se cumpla alguna de las siguientes características: Que la o las entidades locales dispongan de mayoría de votos en los órganos de gobierno. Que la o las entidades locales tengan facultades para nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de gobierno. g) Aquellos entes no incluidos en los párrafos anteriores, que se clasifiquen como agentes del sector público local por las instituciones con competencia en materia de contabilidad nacional citadas en el artículo 3.1. del presente reglamento.”

## 1.2. El Sistema Europeo de Cuentas

Sobre la base de las anteriores clasificaciones, a continuación se aludirá al sistema europeo contable en el que también se toma en consideración dicha clasificación del sector público a efectos contables. Como se verá, dicha clasificación tiene impacto en el régimen de los contratos de financiación que concierten las Administraciones Públicas, especialmente al hilo del principio de prudencia financiera que se estudiará en el Capítulo VI.

En concreto, el denominado como “*Sistema Europeo de Cuentas*” o bajo sus siglas “*SEC*” en el argot contable y financiero europeo e internacional, es un marco contable comparable a escala internacional cuyo fin es realizar una descripción sistemática y detallada del total de una economía (correspondiente a un país, una región o un grupo de países), sus componentes y sus relaciones con otras economías. En este sentido, los datos que arroja el SEC son relevantes para: (i) el seguimiento y elaboración de la política macroeconómica y monetaria de la zona euro y definición de criterios de convergencia en términos de datos de las cuentas nacionales, (ii) la definición de criterios de déficit público y deuda pública aplicados en el marco del procedimiento de déficit excesivo, (iii) la concesión de ayudas financieras a las regiones, y (iv) el cálculo de los recursos propios del presupuesto de la Unión Europea.

En base a lo anterior, el SEC presenta diversas utilidades a nivel de políticas públicas y económicas. Entre ellas, para analizar la estructura total de la economía y su desarrollo y, en materia de Administraciones Públicas, los datos del SEC resultan especialmente relevantes para: (i) estudiar el papel de las Administraciones Públicas y su posición financiera dentro de la economía en la que se ubican, y (ii) comparar el papel y dimensiones de las Administraciones Públicas en los Estados miembros de la Unión Europea.

En la actualidad, la regulación comunitaria del SEC se contiene en el Reglamento (UE) nº 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea, conocido concretamente como “*SEC 2010*” (en adelante, Reglamento SEC 2010). Este Reglamento establece la metodología de elaboración de las cuentas económicas que se publiquen a partir del 1 de septiembre de 2014, sustituyendo así a la

versión anterior (conocida como “SEC 1995”) que fue publicada mediante el Reglamento nº 2223/96 del Consejo, de 25 de junio de 1996, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea.

Al ser un reglamento comunitario, su regulación es obligatoria para todos los Estados miembros de la Unión Europea y resulta de aplicación directa a los mismos, estableciéndose en el mismo Reglamento que, a efectos de su revisión, a partir del 1 de julio de 2018 y después de cada cinco años, la Comisión presentará al Parlamento Europeo y al Consejo un informe sobre la aplicación del Reglamento. Además, la regulación contenida en el Reglamento SEC 2010 es coherente con las directrices internacionales sobre contabilidad nacional establecidas en el Sistema de Cuentas Nacionales de 2008 (SCN 2008)<sup>148</sup>.

A efectos de la presente tesis, la regulación del Reglamento SEC 2010 contiene diversos aspectos de elevado interés para ser considerados a fin de poder ofrecer la visión global e integradora que se pretende. En este sentido, lo previsto en el Reglamento SEC 2010 resulta especialmente relevante para determinar el perímetro de sector público incluido dentro de su regulación, la distinción entre productos de mercado y no productor de mercado, así como también las características de las operaciones de financiación que concierne el sector público; aspectos todos ellos que se analizan a continuación<sup>149</sup>.

### 1.2.1. El sector de las Administraciones Públicas

El Reglamento SEC 2010 parte de que los principales sectores son: los hogares, las Administraciones Públicas, las sociedades, las instituciones sin fines de lucro al

---

<sup>148</sup> Sin perjuicio de ello, es cierto que el SEC 2010 y el SCN 2008 presentan algunas diferencias como, entre otras, el SEC 2010 incluye clasificaciones específicas a nivel de la Unión Europea como es la clasificación de productos por actividades para los productos (CPA) y la NACE Rev. 2 para las ramas de actividad. En el caso de los productos, cabe hacer remisión al Reglamento (CE) nº 451/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, por el que se establece una nueva clasificación estadística de productos por actividades (CPA) (Diario Oficial de la Unión Europea, serie L, 145 de 4 de junio de 2008, pág. 65).

<sup>149</sup> El Banco de España ha explicado el esquema SEC 2010 actual para Administraciones Públicas en ocasión del Protocolo de Déficit Excesivo en BANCO DE ESPAÑA. *Nota metodológica. La deuda de las Administraciones públicas (AAPP) elaborada según la metodología del protocolo de Déficit Excesivo (FDE)*, publicada en la página web (consulta del día 15/06/17): [http://www.bde.es/webbde/es/estadis/infoest/htmls/notamet\\_pde.pdf](http://www.bde.es/webbde/es/estadis/infoest/htmls/notamet_pde.pdf)



servicio de los hogares y el resto del mundo. En este punto, el Reglamento SEC 2010 también incluye una precisión altamente relevante y es la distinción entre actividad de mercado y actividad no de mercado, añadiendo que *“una entidad controlada por las administraciones públicas que resulte ser una sociedad de mercado se clasifica en el sector de las empresas, fuera del sector de las administraciones públicas. De esta forma, los niveles de déficit y de deuda de la sociedad no se contabilizarán en el déficit y la deuda de las administraciones públicas”* (apartado 1.34). Asimismo, también incorpora una clara distinción entre sector público, como aquel *“compuesto por todas las unidades institucionales residentes en la economía que están controladas por las administraciones públicas”*, y el sector privado, como aquel regulado por exclusión y, por tanto, *“compuesto por toda las demás unidades residentes”*.

A este punto, el Reglamento SEC 2010 incluye una tabla<sup>150</sup> en la que distingue claramente lo siguiente: (i) cuando una entidad está bajo el control de las Administraciones Públicas (sector público) y es productor no de mercado, dicha entidad pertenecerá al sector de las Administraciones Públicas; mientras que (ii) una entidad que está bajo el control de las Administraciones Públicas (sector público) y es productor de mercado, dicha entidad pertenecerá al sector de las sociedades públicas y, por tanto, al sector de las sociedades no financieras caso en el que, según se ha explicado anteriormente, los niveles de déficit y deuda de dichas sociedades públicas no se contabilizarán en el déficit y deuda de las Administraciones Públicas (apartado 1.35).

Sin perjuicio de que luego se abordará nuevamente la distinción entre productos de mercado y productor no de mercado, cabe aquí mencionar que en el Capítulo 2 del Reglamento SEC 2010 se regulan estos sectores y, en concreto, el sector de las Administraciones Públicas se halla definido como aquel sector que *“incluye todas las unidades institucionales que son productores no de mercado cuya producción se destina al consumo individual o colectivo, que se financian mediante pagos obligatorios efectuados por unidades pertenecientes a otros sectores y que efectúan operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional.”* (apartado 2.111). A este sector le corresponde la referencia S.13 en el Reglamento SEC 2010. Este

---

<sup>150</sup> Vid. Tabla 1.1., apartado 1.35 del Reglamento SEC 2010.

sector, a su vez, puede estar integrado por las siguientes tipologías de unidades institucionales, siendo “*unidades institucionales*” aquellas entidades económicas que tienen autonomía de decisión en el ejercicio de su función principal<sup>151</sup>: (i) las unidades de las Administraciones Públicas creadas legalmente con objeto de ejercer una autoridad judicial sobre otras unidades en el territorio económico, y administrar y financiar una serie de actividades, principalmente suministrando a la colectividad bienes y servicios no de mercado; (ii) una institución o cuasisociedad<sup>152</sup> de las Administraciones Públicas, si su producción es principalmente no de mercado y está controlada por una unidad de las Administraciones Públicas; (iii) las instituciones sin fines de lucro dotadas de personalidad jurídica que son productores no de mercado y están controladas por las Administraciones Públicas; y (iv) los fondos de pensiones autónomos, en caso de tener una obligación legal de contribución, y cuando las Administraciones Públicas gestionan los fondos en lo que respecta a la fijación y aprobación de las cotizaciones y las prestaciones.

El sector de las Administraciones Públicas tiene un tratamiento separado en el Reglamento SEC 2010 bajo la consideración de que sus actividades se presentan separadas de las del resto de la economía porque sus competencias (como las que les permiten recaudar impuestos y otros gravámenes obligatorios, aprobar leyes), motivación y funciones son diferentes de las de otros sectores, cuyas principales funciones son: (i) ofrecer bienes y prestar servicios a la comunidad (para consumo colectivo o la administración de asuntos públicos, la defensa y la aplicación de la ley, o para el consumo individual, como los servicios de educación, salud, ocio y cultura) y

---

<sup>151</sup> Según el apartado 2.12 del Reglamento SEC 2010, para que se entienda que una unidad institucional goza de autonomía de decisión en el ejercicio de su función principal, dicha entidad debe: a) ser titular de bienes o activos con facultad de disposición sobre ellos; poder intercambiar la propiedad de los bienes y activos mediante operaciones con otras unidades institucionales; b) tener capacidad para tomar decisiones económicas y realizar actividades económicas de las que es responsable ante la ley; c) tener capacidad para contraer pasivos en nombre propio, aceptar otras obligaciones o compromisos futuros y suscribir contratos, y; d) tener capacidad para elaborar un conjunto completo de cuentas, en el que se incluyen documentos contables que recogen la totalidad de sus operaciones llevadas a cabo durante el periodo contable, así como un balance de activos y pasivos.

<sup>152</sup> Según terminología del Reglamento SEC 2010, las cuasisociedades aparecen definidas en el apartado 20.40 como “*empresas no constituidas en sociedad que funcionan como si fueran sociedades. Las cuasisociedades son tratadas como sociedades, es decir como unidades institucionales independientes de las unidades a las que pertenecen, en reconocimiento de que tienen un comportamiento económico y financiero propio. Así, las entidades de mercado controladas por las unidades de las administraciones públicas y reconocidas como cuasisociedades públicas se agrupan con las sociedades en los sectores de las sociedades no financieras y las instituciones financieras.*”

*“financiarlos por medio de impuestos u otro tipo de ingresos”* manifestando el Reglamento SEC 2010 expresamente que una unidad de las administraciones públicas *“también debe poder obtener fondos en préstamo por su propia cuenta”*; (ii) redistribuir la renta y el patrimonio por medio de transferencias, como los que constituyen los impuestos y las prestaciones sociales, y (iii) participar en otros tipos de producción de mercado (apartados 20.01, 20.02 y 20.07).

Dentro del sector de las Administraciones Públicas del Reglamento SEC 2010, se incluyen cuatro subsectores (apartado 2.113):

- a) Subsector de la Administración central (excluidos los fondos de la seguridad social): incluye todos los órganos administrativos del Estado y otros organismos centrales cuya competencia se extiende normalmente a la totalidad del territorio económico, con excepción de los fondos de la seguridad social de la propia Administración central. Incluye las instituciones sin fines de lucro controladas por la Administración central y cuya competencia abarca a la totalidad del territorio económico. A este subsector le corresponde la referencia S.1311 en el Reglamento SEC 2010.

Tiene la competencia de poder gravar con impuestos a todas las unidades institucionales residentes y las no residentes que realicen actividades económicas en el territorio. Es la responsable de ofrecer servicios colectivos en beneficio de la comunidad como la defensa nacional, las relaciones con otros países, el mantenimiento del orden público y la seguridad, la regulación del sistema social y económico del país, así como asumir gastos relacionados por la prestación de servicios como la educación o la salud (apartado 20.57).

- b) Subsector de la Administración regional (excluidos los fondos de la seguridad social): incluye a los tipos de Administraciones que constituyen unidades institucionales diferenciadas y que llevan a cabo algunas funciones de Administración Pública, con excepción de los fondos de seguridad social, a un nivel inferior al de la Administración central y superior al de las corporaciones locales (en el caso de España incluiría, por tanto, a toda las Administraciones autonómicas). Incluye también a las instituciones sin fines de lucro controladas y financiadas por la Administración regional y cuya competencia se limita al

territorio económico de ésta. A este subsector le corresponde la referencia S.1312 en el Reglamento SEC 2010.

Es la existente en sistemas federales y engloba las áreas de provincias, *länder*, cantones, repúblicas o regiones administrativas; las cuales gozan de autoridad legislativa, judicial y ejecutiva para sus respectivos territorios. Suele disponer de una autoridad fiscal para recaudar impuestos a las unidades institucionales que son residentes o que realizan actividades económicas dentro de su territorio. Deben, además, tener capacidad para poseer activos, recaudar fondos y “*contraer pasivos por cuenta propia*”, a la vez que también pueden recibir transferencias de la administración central vinculadas a determinados fines específicos (apartados 20.63 y 20.64).

- c) Subsector de la Administración local (excluidos los fondos de la seguridad social): incluye todas las Administraciones públicas cuya competencia abarca únicamente una circunscripción local del territorio económico, con excepción de los fondos de seguridad social de las propias corporaciones locales. Incluye también las instituciones sin fines de lucro controladas y financiadas por las corporaciones locales y cuya competencia se limita al territorio económico de éstas. A este subsector le corresponde la referencia S. 1313 en el Reglamento SEC 2010.

Esta Administración, que puede estar integrada por condados, municipios, ciudades, pueblos, distritos escolares y distritos de aguas y saneamientos; se caracteriza por prestar un amplio conjunto de servicios a los residentes locales, algunos de los cuales pueden ser financiados con ayudas de niveles superiores de las Administraciones Públicas. Sus competencias en materia legislativa, judicial y ejecutiva se limitan al ámbito de sus respectivos territorios, y pueden ostentar en ocasiones la competencia para cobrar impuestos a las unidades institucionales o a las actividades económicas que se desarrollen en sus zonas. En ocasiones pueden depender de ayudas procedentes de Administraciones superiores aunque, según indica el Reglamento SEC 2010, para ser tratada como unidad institucional, “*debe tener derecho a poseer activos, recaudar fondos y contraer pasivos tomando empréstitos por cuenta propia*” (apartados 20.65 y 20.66).

En base a lo anterior, en el sector de las Administraciones Públicas del Reglamento SEC 2010, a efectos del Estado español, se considera que integrarán el mismo la Administración General del Estado, la Administración General de las Comunidades Autónomas y la Administración Local, incluyendo todas aquellas entidades o unidades de dichas Administraciones que formen parte de las mismas y que sean productores no de mercado, así como también todas las instituciones sin fines de lucro no de mercado controladas por unidades de las Administraciones Públicas. A todo este conjunto se lo denomina en el argot contable y financiero “*perímetro SEC*”, normalmente en relación a una determinada Administración Pública concreta. Así, se puede referir un perímetro SEC para la Administración General del Estado, otro perímetro SEC para cada Administración Autonómica y también un perímetro SEC de cada Entidad Local. Como se ha anticipado, la inclusión o exclusión del perímetro SEC tiene consecuencias en los límites aplicables a los contratos de financiación.

Adicionalmente a estas tipologías, y como complemento de lo explicado, cabe añadir que el Reglamento SEC 2010 denomina como “*unidades extrapresupuestarias*” a aquellas entidades, clasificadas dentro del sector de las Administraciones Públicas, que tienen personalidad propia, autonomía importante y que han sido creadas para desarrollar funciones específicas, ostentan sus propias cuentas, poseen sus propios bienes o activos, participan en actividades no de mercado para las que son responsables ante la ley “*y pueden contraer pasivo*” y celebrar contratos; por todo lo que ostentan presupuestos independientes, aunque pueden recibir importantes transferencias del presupuesto principal y obtienen ingresos propios fuera de dicho presupuesto principal con su actividad (apartado 20.10).

A efectos prácticos, para confirmar la inclusión de una entidad o unidad española dentro de este sector cabe estar a la información que arroje la base de datos sobre sectorización de la economía española según el Reglamento SEC 2010 que ofrece el Banco de España<sup>153</sup>. Según esta base de datos, al sector de las Administraciones

---

<sup>153</sup> El esquema de sectorización del Banco de España es accesible a través por internet a través de (consulta del día 15/06/17): [http://app.bde.es/sew\\_www/faces/sew\\_wwwias/jsp/op/InicioSesion/PantallaInicioSesion.jsp](http://app.bde.es/sew_www/faces/sew_wwwias/jsp/op/InicioSesion/PantallaInicioSesion.jsp)

Públicas le corresponde el epígrafe 1.3., el cual tiene diversos subepígrafes con las correspondientes clasificaciones (el 1.3.1. Administración Central, el 1.3.2. Comunidades Autónomas y el 1.3.3. Corporaciones Locales).

#### 1.2.2. Las sociedades no financieras públicas

Determinado el alcance del sector de las Administraciones Públicas, corresponde ahora analizar el sector de las sociedades. Sin perjuicio de que se ha manifestado que las sociedades públicas no son objeto de la presente tesis, es necesario en cualquier caso delimitar el concepto contable de las sociedades no financieras públicas toda vez que ello será de imprescindible utilidad para el examen posterior del alcance subjetivo del principio de prudencia financiera en el Capítulo IV.

Así, el Reglamento SEC 2010 distingue entre las sociedades financieras (a las que denomina “*instituciones financieras*”) y las sociedades no financieras. Las primeras, o instituciones financieras, serán aquellas que realicen actividad financiera, pública o privada, mientras que las segundas serán aquellas sociedades que realizan cualquier tipo de actividad menos la financiera. Por tanto, cabe anticipar que las sociedades públicas sólo podrán ser no financieras.

El sector de las sociedades no financieras se halla definido en el Reglamento SEC 2010 como aquel sector que “*está compuesto por las unidades institucionales dotadas de personalidad jurídica que son productores de mercado y cuya actividad principal es la producción de bienes y servicios no financieros*” (apartado 2.45). En este sector también se incluyen las cuasisociedades no financieras. A este sector le corresponde la referencia S.11 en el Reglamento SEC 2010. Este sector, a su vez, puede estar integrado por diversas tipologías de unidades institucionales, entre ellas: (i) las sociedades por acciones privadas y públicas que son productores de mercado dedicados principalmente a la producción de bienes y servicios no financieros; (ii) los productores públicos dotados de personalidad jurídica que son productores de mercado dedicados principalmente a la producción de bienes y servicios no financieros (apartado 2.46).

A este punto, el SEC 2010 incorpora una tabla<sup>154</sup> muy ilustrativa sobre tipos de productores, actividades y sectores. En concreto, respecto del tipo de productor de mercado indica que su actividad y función principal es la “*producción de bienes y servicios no financieros de mercado*”, y lo incluye en el sector sociedades no financieras con la referencia S.11. También, dentro del tipo de productor de mercado, indica que su actividad puede consistir en la “*intermediación financiera, incluido el seguro, y en actividades auxiliares de la intermediación financiera*”, y lo incluye dentro del sector instituciones financieras con la referencia S.12. Por tanto, llegados a este punto se observa como hay dualidad de productores de mercado y estos serán instituciones financieras si se dedican a la intermediación financiera o seguros, y serán sociedades no financieras si se dedican a producir bienes y servicios no financieros.

Luego, hay un tercer género que resulta de interés y es el tipo de productor no de mercado, el cual se dedica a “*producción y suministro de bienes y servicios no de mercado para consumo individual y colectivo y realización de operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional*”, y lo incluye dentro del sector Administraciones Públicas con la referencia S.13. En base a todo ello, ya se anticipa que las sociedades de capital público potencialmente pueden pertenecer al sector de sociedades no financieras o al sector de Administraciones Públicas, ello dependerá de si son o no productores de mercado.

A su vez, el sector de las sociedades no financieras tiene cuatro subsectores, a saber (apartado 2.50):

- a) Subsector de las sociedades no financieras públicas: incluye a todas las sociedades y cuasisociedades no financieras y por las instituciones sin fines de lucro dotadas de personalidad jurídica que son productores de mercado y están sometidas al control de unidades de las Administraciones Públicas. A este subsector le corresponde la referencia S. 11001 en el SEC 2010.
- b) Subsector de las sociedades no financieras privadas nacionales: incluye a todas las sociedades y cuasisociedades no financieras y las instituciones sin fines de lucro dotadas de personalidad jurídica que son productores de mercado y que no

---

<sup>154</sup> Vid. Tabla 2.2., apartado 2.43 del Reglamento SEC 2010.

están controladas por unidades de las Administraciones Públicas o por unidades institucionales no residentes. A este subsector le corresponde la referencia S. 11002 en el Reglamento SEC 2010.

- c) Subsector de sociedades no financieras bajo control extranjero: incluye a todos el conjunto de sociedades y cuasisociedades no financieras que están controladas por unidades institucionales no residentes. A este subsector le corresponde la referencia S. 11003.

De lo anterior se desprende que sólo las sociedades no financieras públicas pueden estar controladas por Administraciones Públicas, siendo por tanto el control público<sup>155</sup> la cuestión clave e ineludible que caracteriza a las sociedades públicas y las distingue de las sociedades privadas. Por ello, cuando una sociedad no financiera no esté controlada por una Administración Pública, será una sociedad íntegramente privada a los efectos del Reglamento SEC 2010 y también de la presente tesis.

Llegados a este punto, se confirma por tanto que hay dos tipos de sociedades controladas por Administraciones Públicas: (i) por un lado, las sociedades que son no productores de mercado y que están sometidas al control de una Administración Pública<sup>156</sup>, y (ii) por otro lado, las sociedades que son productores de mercado y que están sometidas al control de una Administración Pública. Esta diferencia es altamente relevante a efectos de determinar la capacidad de endeudamiento de sendas sociedades.

---

<sup>155</sup> La cuestión del control es analizada por el Reglamento SEC 2010, en su apartado 2.38, en donde explica que *“La administración pública puede asegurarse el control de una sociedad mediante una disposición legal, decreto o reglamento especial que la autorice a determinar la política de la sociedad. Los indicadores que aparecen a continuación son los principales factores que deben tenerse en cuenta a la hora de decidir si una sociedad está controlada por las administraciones públicas: a) titularidad pública de la mayoría de los derechos de voto; b) control público del consejo de administración o del órgano ejecutivo; c) control público del nombramiento o de la revocación del personal directivo; d) control público de los principales comités de la entidad; e) posesión pública de una acción de oro; f) normativas especiales; g) la administración representa el grueso de la demanda; h) la administración presta. Un único indicador puede bastar para determinar el control en algunos casos, pero en otros puede indicarse colectivamente el control mediante una serie de indicadores diferenciados.”*

<sup>156</sup> Así lo expresa claramente el apartado 3.16 del Reglamento SEC 2010 al decir *“Los productores no de mercado se clasifican dentro del sector de las administraciones públicas o en el sector de las ISFLSH privadas”* (entiéndase “ISFLSH” como Instituciones Sin Fines de Lucro al Servicio de los Hogares, según definición contenida en el apartado 1.34 del Reglamento SEC 2010).



Para anticipar contenidos, dada la trascendencia de esta distinción, cabe mencionar que las sociedades del grupo (i) que se acaba de describir se endeudarán financieramente en los mismos términos que se endeuda la Administración Pública a la que se hallan sometidas, por lo que las condiciones financieras que se aplican a dichas financiaciones son las mismas, tal y como exige el vigente régimen de prudencia financiera. Sin embargo, las sociedades del grupo (ii), a pesar de estar controladas por una Administración Pública, se endeudarán financieramente no obligatoriamente en los mismos términos y condiciones que la Administración Pública a la que pertenecen, sino que podrán endeudarse a precios de mercado tal y como haría una sociedad no financiera privada. Aunque cabe advertir que las sociedades no financieras públicas no siempre contienen la palabra “*sociedad*” dentro de su denominación, por lo que se deberá atender caso por caso a su clasificación según el Reglamento SEC 2010 para conocer su verdadera naturaleza jurídica a estos efectos.

Para el Reglamento SEC 2010, por tanto, es de crucial importancia realizar una correcta distinción entre productor de mercado y no productor de mercado. Al respecto:

- a) Productor de mercado (se clasifica dentro del sector sociedades no financieras): engloba la producción que se venda o cede en el mercado e incluye a los productos vendidos a precios económicamente significativos, los productos trocados, los productos utilizados para los pagos en especie, los productos de una unidad de actividad económica a nivel local; productos ante los que al productor le interesa ajustar la oferta para obtener un beneficio a largo plazo o bien cubrir los gastos de capital y otros costes, y que los consumidores son libres de comprar o no comprar y eligen según los precios que apliquen (apartados 3.17 a 3.19)
- b) No productor de mercado (se clasifica dentro del sector Administraciones Públicas): realiza una producción suministrada a otras entidades de forma gratuita o a precios económicamente no significativos en forma de tasas y cargas diversas. En particular, la justificación de la producción no de mercado radica, por un lado, porque se trata de la realización de servicios colectivo respecto de los que es imposible efectuar un seguimiento y un control de los mismos, los cuales a su vez son financiados por impuestos y otros ingresos de las Administraciones Públicas; y, por otro lado, porque las propias Administraciones Públicas por razones de política

económica o social deciden suministrar servicios gratuitamente a los hogares, o bien a cambio de precios económicamente no significativos (apartado 3.23). Por tanto, se trata de productos (bienes y servicios) destinados a los hogares y a la colectividad en el marco de la ejecución de las políticas públicas.

Sobre la base de la anterior distinción, el Reglamento SEC 2010 nuevamente deja meridianamente claros los siguientes extremos:

- *“Los productores privados pueden pertenecer a todos los sectores excepto el de las administraciones públicas. Por el contrario, los productores públicos sólo pueden pertenecer al sector de las sociedades no financieras, al sector de las instituciones financieras y al sector de las administraciones públicas”* (apartado 3.29).
- *“Los productores públicos pueden ser productores de mercado o productores no de mercado. Los productores de mercado se clasifican en el sector de las sociedades no financieras o en el sector de las instituciones financieras. Si la unidad institucional es un productor no de mercado, se clasifica en el sector de las administraciones públicas”* (apartado 3.37).
- *“Si un productor público vende solo a las administraciones públicas y es el único proveedor de sus servicios, se presume que se trata de un productor no de mercado a menos que compita con un productor privado. Un caso típico es el de la licitación de un contrato con las administraciones públicas con condiciones comerciales y, por lo tanto, los pagos de las administraciones públicas son solo por los servicios prestados”* (apartado 20.25).
- *“Si un productor público es uno entre varios proveedores de las administraciones públicas, se considera un productor de mercado si compite con otros productores en el mercado y sus precios cumplen los criterios generales para ser económicamente significativos como se define en los puntos 20.19 a 20.22”* (apartado 20.26).

Para hacer visible la diferenciación entre ambos tipos de sociedades, es útil traer a colación el diagrama<sup>157</sup> que incluye el Reglamento SEC 2010 en el que se pueden apreciar con perfecta claridad las características de las sociedades no financieras públicas, así como su distinción entre productores de mercado y productores no de mercado.

---

<sup>157</sup> Vid. Diagrama 2.1., apartado 2.32 del Reglamento SEC 2010.

Para terminar y nuevamente y desde la perspectiva práctica, a efectos de conocer si la concreta sociedad pública es o no productor de mercado, cabrá partir igualmente de la información que obre en el esquema de sectorización de la economía española del Banco de España.

## **2. EL DINERO PÚBLICO**

### **2.1. Introducción**

En el presente apartado se analizará con detalle el tratamiento jurídico que tienen el dinero y los bienes inmuebles que son propiedad de las Administraciones Públicas; conceptos que, aunque lo pudiera parecer, no merecen un mismo tratamiento normativo pues su naturaleza jurídica es distinta.

En todo caso, el régimen jurídico aplicable al dinero y a los bienes adquiere una rotunda importancia toda vez que deberá ser, precisamente, a través de éstos como las Administraciones Públicas repagarán y garantizarán los compromisos asumidos en virtud de un contrato bancario de financiación. Y es que, como sucede en la práctica comercial privada, la concesión de financiación a una persona privada, física o jurídica, es el resultado de un proceso de decisión a nivel de la entidad financiera, en el que se han valorado tanto la situación económica y patrimonial del solicitante de la financiación, como su capacidad de devolución de la misma. En este sentido, conocer los bienes de que dispone el solicitante de financiación es una cuestión previa y necesaria para conceder o denegar el acceso a la financiación bancaria. La razón de ello es que la entidad financiera debe tener la seguridad de que, vía pago o vía ejecución de bienes, podrá recuperar el importe ofrecido en financiación junto con los costes bancarios asociados que se hayan pactado.

Cuando el cliente bancario es una Administración Pública, el *iter* que sigue para decidir si otorga o no la financiación solicitada deberá partir del análisis de su situación económica y patrimonial y, en concreto, sus saldos de dinero, sus expectativas de cobro a corto y largo plazo, así como los bienes patrimoniales de que dispone. En base a todo ello, los respectivos departamentos comerciales y de riesgos de la entidad financiera podrán decidir acerca de la viabilidad de conceder la financiación solicitada a aquella entidad.

La especificidad que aplica en esta materia, puesta en contraposición con los sujetos del ámbito privado, es que los bienes de las Administraciones Públicas tienen sus propias normas reguladoras que determinan su régimen jurídico, de modo que cabe acudir a éstas para conocer el detalle, limitaciones y prerrogativas aplicables a tales bienes<sup>158</sup>; aunque es importante manifestar que, en cualquier caso, las Administraciones Públicas deben atender al pago de la deuda como apunta ECKSTEIN<sup>159</sup>, aunque no se puede descartar la posibilidad de que el Estado incurra en morosidad en el pago de sus deudas pueden desatender libremente o repudiar los compromisos de pago adquiridos bajo contratos bancarios, pues sus prerrogativas no deberían llegar a este punto, al menos no es el caso de España en la actualidad, aunque todo ello sin perjuicio del principio de presunción de solvencia pública que se explica en el Capítulo VI.

Una vez más, ante la existencia de tres niveles de Administraciones Públicas, se deberá tener en cuenta en cada caso la normativa aplicable y, además, se deberá distinguir entre la regulación del dinero público y la regulación del patrimonio de las Administraciones Públicas.

El dinero público, los fondos públicos, los caudales públicos, los recursos públicos, rentas y derechos públicos; son diferentes denominaciones para un mismo objeto, y a los que nos referiremos indistintamente. Históricamente, esta realidad ha sido denominada la “*Real Hacienda*” según apunta GARZÓN<sup>160</sup>. El uso por uno u otro

---

<sup>158</sup> ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*, editorial Comares, 1ª edición, Granada, 1999, págs. 61 a 62; realiza un comentario global sobre el hecho que “*La Administración no es el «dominus» y no puede, por tanto, adoptar decisiones que afecten de modo fundamental al patrimonio.*” Lo que luego pone en contraposición con el Derecho privado que lo califica como lo contrario “*el reino de la libertad, de la autonomía de la voluntad, de la propiedad (titularidad sobre los derechos dominus negotii) y de la libre disposición sobre los mismos.*”

<sup>159</sup> Así lo reconocía ECKSTEIN, Otto. *Finanzas Públicas*, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, México, 1965, pág. 188; al afirmar con rotundidad en alusión a las dificultades de financiación del déficit público que “*Este déficit ha de financiarse en una forma u otra, ya que el Gobierno, lo mismo que todo el mundo, ha de pagar sus cuentas*”.

<sup>160</sup> GARZÓN PAREJA, Manuel. *Historia de la Hacienda de España*, volumen I, editorial Instituto de Estudios Fiscales, 1ª edición, Madrid, 1984, pág. 47; en donde explica que “*Tradicionalmente, se ha dado este nombre en España al conjunto de haberes, bienes, rentas, contribuciones, impuestos, propiedades o valores y derechos que, siendo propiedad o derecho del Estado, sirven para satisfacer las necesidades del mismo, lo que constituye el activo, a que debe añadirse el pasivo, es decir, los gastos que el erario tiene que afrontar.*”

ha variado con las diversas regulaciones, en la actualidad la LPAP se refiere a “fondos”, mientras que el TRLHL alude a los “recursos financieros”, antiguamente la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública, de 1 de julio de 1911, se refería a los “caudales públicos” y a los “rentas públicas” (artículos 4 y 6). FERREIRO<sup>161</sup> ha explicado ampliamente el carácter instrumental del dinero público para la satisfacción de las necesidades públicas, a la vez que su condición de objeto de la actividad financiera. Todo ello le ha llevado a individualizar sus normas reguladoras (obtención, administración y gasto del dinero público) como el “Derecho del dinero público”, a cuyo respecto precisa que es en todo caso “dinero regulado por las normas de Derecho Público.”

Llegados a este punto, en relación con la LPAP a la que se estaba haciendo referencia, cabe convenir que cuando el dinero es público el estudio jurídico del mismo debe corresponder al Derecho público, en lugar del Derecho privado.

## 2.2. Régimen jurídico y prerrogativas

Como punto de partida cabe precisar que el dinero público queda excluido del concepto de “patrimonio de las Administraciones públicas”. Así lo manifiesta de manera rotunda el artículo 3.2 de la LPAP al regular que “No se entenderán incluidos en el patrimonio de las Administraciones públicas el dinero, los valores, los créditos y los demás recursos financieros de su hacienda ni, en el caso de las entidades públicas empresariales y entidades análogas dependientes de las comunidades autónomas o corporaciones locales, los recursos que constituyen su tesorería”.

Nótese, por tanto, que el precepto se refiere específicamente al “dinero” y “recursos financieros”, que configuran el concepto de dinero público que ahora es objeto de estudio. Luego, el artículo 4 de la LPAP clasifica al patrimonio de las Administraciones públicas en dos tipologías, a saber “Por razón del régimen jurídico

---

<sup>161</sup> No es frecuente hallar alusiones al “dinero público” en las obras de Derecho Financiero, salvo en las de FERREIRO LAPATZA, José Juan. *Instituciones de Derecho Financiero*, editorial Marcial Pons, 1ª edición, 2010, pág. 17. Y FERREIRO LAPATZA, José Juan. *Curso de Derecho Financiero Español. Instituciones*, editorial Marcial Pons, 25ª edición, Madrid, 2006, págs. 32 a 35. También, en la Sentencia de la Sala Civil (Secc. Pleno) del Tribunal Supremo núm. 24/2016, de 3 de febrero (RJ 2016\1), se alude a que la entidad financiera Bankia (Fundamento de Derecho Segundo): “hubo de ser intervenida y recibió la inyección de una elevadísima cantidad de dinero público para su subsistencia.”

*al que están sujetos, los bienes y derechos que integran el patrimonio de las Administraciones públicas pueden ser de dominio público o demaniales y de dominio privado o patrimoniales”.*

Por tanto, el patrimonio de las Administraciones públicas está formado por bienes demaniales y patrimoniales y que, además, el dinero, los valores, los créditos y demás recursos financieros de las Administraciones públicas no forman parte de este patrimonio. Esta misma idea es compartida por GARRIGUES<sup>162</sup> que, varias décadas antes de la LPAP aludía a la *“propiedad del dinero”, “la misión del dinero no es permanecer en nuestro patrimonio, salvo el caso del coleccionista de monedas o el del avaro. El dinero está de paso en nuestro patrimonio (...) el dinero es carne de contrato y vive en perpetuo movimiento, en constante transmisión (assidua permutatione).”* En base a ello se afirma que el dinero de las Administraciones Públicas (así como también a los valores, los créditos y los demás recursos financieros) no debería ser regulado en la LPAP, como efectivamente no lo está.

Al respecto, resultan de elevado interés el análisis de la enmienda número 3 de los trabajos parlamentarios de la LPAP, preparados por CAZORLA<sup>163</sup>, que respecto del artículo 3.2 y la exclusión del dinero público se afirmó con rotundidad que *“es correcta la exclusión del dinero y de los derechos de naturaleza pública, a los que por su propia naturaleza no son aplicables las disposiciones que configuran el régimen jurídico del patrimonio regulado en la Ley”*; y también que *“lo decisivo para la inclusión o exclusión de concretos bienes o derechos en el ámbito de aplicación de la Ley ha de ser la necesidad y factibilidad de aplicación de los preceptos en ella establecidos; y no hay duda de que las disposiciones relativas a adquisición y disposición no son aplicables a los derechos de crédito de naturaleza pública y al dinero.”* En esta misma línea se ha pronunciado posteriormente LÓPEZ RAMÓN<sup>164</sup>.

---

<sup>162</sup> GARRIGUES, Joaquín. *Contratos Bancarios*, editado por Silverio Aguirre Torre, 1ª edición, Madrid, 1958, págs. 72 y 73.

<sup>163</sup> CORTES GENERALES. *Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas. Trabajos parlamentarios*, edición preparada por el Letrado de las Cortes Generales LUIS MARÍA CAZORLA PRIETO, editado por las Cortes Generales, 1ª edición, Madrid, 2005, págs. 79 a 80.

<sup>164</sup> LÓPEZ RAMÓN, Fernando. *Teoría jurídica de las cosas públicas*, Revista de Administración Pública, núm. 186, septiembre-diciembre, editorial Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Madrid, 2011, pág. 12.

Nótese que la referencia a la titularidad del dinero público hasta el momento ha sido hecha únicamente respecto de las Administraciones públicas, en los términos a que se refiere la LPAP. Sin perjuicio de ello, debe de entenderse que esta misma regulación resulta de aplicación al resto de entidades que conforman el sector público. Ello en base al artículo 2.1 de la LPAP que dispone que su ámbito de aplicación es tanto la Administración General del Estado y los organismos públicos vinculados a ella o dependientes de la misma. Adicionalmente, según el artículo 2.2. de la misma LPAP resulta también de aplicación a las CCAA y a las EELL y entidades de derecho público vinculadas o dependientes de ellas; aunque en esta ocasión sólo resultarán de aplicación los artículos enumerados en la disposición final segunda de la LPAP por ser materias sobre las que el Estado tiene competencia exclusiva y, por tanto, resulta de aplicación general y, en algunas ocasiones es legislación básica<sup>165</sup>.

En particular, el artículo 2 de la LPAP se define como legislación básica lo que significa que la materia que regula dicho artículo: (i) únicamente puede ser regulada por el Estado, y (ii) aplica por igual a todo el territorio y, por tanto, a las diversas tipologías de Administraciones Públicas. En base a ello, se reafirma que el dinero público de las CCAA y de las EELL, al igual que el dinero público del Estado, no forma parte del patrimonio de la Administración de las CCAA ni de la Administración de las EELL.

Formulada esta consideración, que constituye una premisa para la presente tesis, procede determinar cuál es la normativa que regula el dinero público. En el ámbito del Estado, cabe acudir a la LGP en la que se contiene la regulación de dos extremos que resultan altamente relevantes a fin de conocer el régimen jurídico del dinero público.

---

<sup>165</sup> Siendo el título competencial el artículo 149.1.18ª de la CE cuyo tenor es: “*Las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común, ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas; legislación sobre expropiación forzosa; legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas.*”

### 2.2.1. Régimen estatal

La LGP regula el dinero público desde dos vertientes: por un lado, define un marco general para este dinero y, por otro, individualiza las características de las cuentas que la Administración General del Estado puede abrir en entidades financieras y en esta ocasión se regulan características de estas cuentas que, a su vez, vienen a definir el régimen jurídico del dinero público.

Sin perjuicio de ello, cabe anticipar que no encontramos ni en la LGP ni en otra normativa una regulación detallada del régimen jurídico del dinero público, sino una regulación introductoria en la LPAP referida, y luego una regulación sobre los privilegios o prerrogativas del dinero público en la LGT.

En esta tesitura, el artículo 23 de la LGP, cuyo título es “*Prerrogativas*” (ubicado dentro del título relativo al régimen de la Hacienda Pública Estatal) formula una regulación de índole negativa o prohibitiva. Respecto a las obligaciones que debe cumplir la Hacienda Estatal establece con carácter tajante la prohibición de, por la vía que sea, que terceros diferentes a la propia Hacienda Estatal pueda pasar a ser titular de dicho dinero público, salvo por la vía que el propio artículo regula. Esto es, a continuación se constatará como en este caso el acreedor de una deuda bancaria frente a la Administración no podrá emplear los mismos mecanismos que emplearía frente a un deudor privado.

En este sentido, en el apartado 1 del artículo 23 de la LGP se establece que “*Ningún tribunal ni autoridad administrativa podrá dictar providencia de embargo ni despachar mandamiento de ejecución contra los bienes y derechos patrimoniales cuando se encuentren materialmente afectados a un servicio público o a una función pública, cuando sus rendimientos o el producto de su enajenación estén legalmente afectados a fines diversos, o cuando se trate de valores o títulos representativos del capital de sociedades estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general*”. Este precepto incluye el beneficio o prerrogativa de la inembargabilidad, también denominado “*privilegium fisci*”, a cuyo respecto cabe desglosar su contenido en las siguientes observaciones:



a) Prohibición clara de embargar o ejecutar *“bienes y derechos patrimoniales”*: el concepto de bienes y derechos patrimoniales no está definido en la LGP, ni tampoco en estos términos en la LPAP. Como se ha indicado anteriormente, cuando la LPAP quiere referirse al dinero público alude directamente al *“dinero”* y, de manera más genérica, también alude a *“los valores, los créditos y los demás recursos financieros de su hacienda”*. A este punto, por tanto, surge la duda de cuál es el concepto o conceptos incluidos dentro de la mención de *“bienes y derechos patrimoniales”*. En realidad, es también la connotación de *“patrimoniales”* la que puede evocar a confusión en lo que se refiere al dinero público, en el sentido de si se debe o no entender incluido dentro del artículo 23.1 de la LGP.

Al respecto, para descartar posibilidades, se entiende que aquel concepto incluye a los bienes patrimoniales o de dominio privado que son titularidad de Administraciones públicas o entes del sector público (a los que alude el artículo 7 de la LPAP). Además, debe de entenderse que tal concepto también incluye a los derechos patrimoniales titularidad de Administraciones públicas dentro de los que se incluyen (por dicción expresa del artículo 7.2 de la LPAP) a los *“derechos de arrendamiento, los valores y títulos representativos de acciones y participaciones en el capital de sociedades mercantiles o de obligaciones emitidas por éstas, así como contratos de futuros y opciones cuyo activo subyacente esté constituido por acciones o participaciones en entidades mercantiles, los derechos de propiedad incorporeal, y los derechos de cualquier naturaleza que se deriven de la titularidad de los bienes y derechos patrimoniales”*.

Por lo anterior, cabe afirmar que el apartado 1 del artículo 23 de la LGP no se refiere *a priori* al dinero público. Y que, consiguientemente, la prohibición de embargo y ejecución que contiene únicamente es predicable de los bienes y derechos patrimoniales de las Administraciones públicas o de sus entes públicos.

Sin perjuicio de ello, la LGP hace extensiva esta prohibición de embargo también al dinero público en su artículo 109.1 en ocasión de la regulación de la apertura de cuentas de situación de fondos por parte de la Administración General del Estado o de sus entes del perímetro SEC. En particular dispone:

*“Los contratos contendrán necesariamente la cláusula de exclusión de la facultad de compensación y el respeto al beneficio de la inembargabilidad de los fondos públicos establecido en el artículo 23 de esta Ley. Podrá pactarse que los gastos de administración de la cuenta se reduzcan con cargo a los intereses devengados por la misma.”* En este sentido, quedando claro que el artículo 109 de la LGP regula la apertura de cuentas de situación de saldos y, por tanto, cuentas bancarias en entidades bancarias a fin de depositar dinero público para su custodia y administración, la remisión que este mismo artículo 109.1 formula al artículo 23 de la misma Ley y al *“beneficio de la inembargabilidad de los fondos públicos”* permite concluir que el dinero público no es susceptible de embargo ni de ejecución judicial. En esta tesitura es procedente formular una doble observación:

- (i) Por un lado, hacer notar que el denominado por el artículo 109.1 *como “beneficio de la inembargabilidad de los fondos públicos establecido en el artículo 23 de esta Ley”* no es un beneficio que en puridad se desprenda de la lectura del artículo 23 de la LGP, tal y como se ha comentado anteriormente. Parece, pues, que la prohibición de embargo o ejecución del dinero público, a tenor del artículo 109.1, dimanaría del artículo 23 y ello no es exactamente así. De hecho y atendiendo a la literalidad del artículo 23 de la LGP, el dinero público no queda incluido dentro del concepto *“bienes y derechos patrimoniales”*. Así las cosas, realizando una interpretación estricta, el beneficio de inembargabilidad del dinero público no se desprende del artículo 23 de la LGP. Otra cosa es que, a través de la regulación del artículo 109.1 (regulación particular para un aspecto concreto que es a apertura de cuentas de situación de fondos) se haga extensivo el beneficio de la embargabilidad del artículo 23, dirigido a los bienes y derechos patrimoniales, ahora también al dinero o fondos públicos. De modo que lo que hace el artículo 109.1 es una extensión de la prohibición del artículo 23 al dinero y fondos públicos y, por tanto, es por esta extensión expresa y finalista que se debe considerar que el dinero o los fondos públicos son inembargables. A este punto, conviene observar que, sin perjuicio de que el dinero público no se enmarca dentro de los bienes demaniales ni patrimoniales previstos en la LPAP, sí que es cierto que el dinero público

goza de una de las prerrogativas de los bienes demaniales que es la inembargabilidad<sup>166</sup>.

- (ii) Por otro lado, la segunda observación es que el artículo 23 alude a aspectos judiciales del dinero público, esto es, que el privilegio que tiene este dinero no se hará efectivo hasta que eventualmente se entre en un escenario judicial en el que la entidad bancaria o cualquier acreedor reclame a la Administración pública (o a cualquiera de los entes y entidades que la conforman) un pago dinerario. A la luz del artículo 23 de la LGP es en éste momento cuanto aparece el blindaje que tiene el dinero público y, entonces será cuando el juez no podrá despachar embargo ni ejecución de ningún tipo sobre este dinero, permaneciendo el mismo intocable y, consiguientemente, frustradas las esperanzas, de la entidad bancaria o del acreedor que sea, de cobrar la deuda por la vía ordinaria habitual que se sigue en la práctica privada. De modo que, lo que regula el artículo 23 de la LGP es la protección de los bienes y derechos patrimoniales y del dinero público en sede judicial. Sin perjuicio de que para los bienes y derechos patrimoniales ello es así, para el caso concreto del dinero público el legislador se ha anticipado y en el mismo artículo 109.1 de la LGP ha añadido también que *“Los contratos contendrán necesariamente una cláusula de exclusión de la facultad de compensación”*, lo que es una protección más para el dinero público y éste ya puede aplicar en cualquier momento y no únicamente ni necesariamente en vía judicial. De hecho, tal y como se ha explicado en el Capítulo I precedente, la compensación (legal o convencional) son cláusulas habituales en la contratación bancaria, pero que cuando el cliente bancario es una Administración pública dicha cláusula no se debería incluir en los contratos. Razón de más, por tanto, que el dinero público está totalmente protegido en

---

<sup>166</sup> Al respecto, el artículo 6 de la LPAP, en sede de *“Principios relativos a los bienes y derechos de dominio público”* dispone que: *“La gestión y administración de los bienes y derechos demaniales por las Administraciones públicas se ajustarán a los siguientes principios: a) Inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad (...).”* En el mismo sentido el artículo 132.1 de la CE dispone que: *“La ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación”*. Y, en el ámbito local, la misma idea se recoge en el artículo 5 del RBEL: *“Los bienes comunales y demás bienes de dominio público son inalienables, inembargables e imprescriptibles y no están sujetos a tributo alguno.”*

nuestro ordenamiento jurídico y el mismo no puede ser objeto de compensación, ni de embargo ni de ejecución judicial, lo que se traduce en que el dinero público es intocable y ningún tercero puede acceder al mismo si no es con el previo consentimiento de la propia Administración pública, dicho de otra manera, sólo la Administración pública titular de dicho dinero puede decidir acerca del destino del mismo, sin que un juez pueda sobreponerse a ello. De hecho, esta situación tiene su encaje histórico toda vez que ya en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870 se afirmaba que *“no podrán los jueces y tribunales mezclarse directa ni indirectamente en asuntos peculiares a la Administración del Estado”*. Y, actualmente en términos parecidos se consagra en el artículo 117.4 de la CE: *“Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por la ley en garantía de cualquier derecho”*<sup>167</sup>.

Ante esta situación resulta, por tanto, incuestionable que aquí la Administración pública se halla ante una posición clara de autotutela, generada por el propio legislador, y en la que la protección de dinero de la Administración es total y que provoca que, aún en el caso que la Administración sea deudora de una deuda y que haya transcurrido el periodo de pago voluntario, la Administración se puede mantener en su posición de no pago frente al deudor y ni éste ni un juez pueden respectivamente pedir embargar ni embargar sus saldos en cuentas bancarias. Llegados, por tanto, a este punto se puede afirmar que el ordenamiento jurídico toleraría la situación de insolvencia de una Administración Pública frente a un tercero, aún cuando la Administración tenga saldos positivos con los que hacer frente

---

<sup>167</sup> En palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, Volumen 1, editorial Thomson-Civitas, 12ª edición, 2004, págs. 499-500 esta posición de autotutela *“revela un formidable privilegio posicional de la Administración respecto a la Justicia que marca el conjunto entero del Derecho Administrativo, por encima de su múltiple contenido material.”* De hecho, la protección del dinero público consagra el concepto y aspiraciones del principio de autotutela administrativa tal y como lo define y explica el mismo autor en op. cit., pág. 517 cuando hace referencia a las singularidades de la autotutela administrativa: *“Esta no define enuncia simplemente un sistema de simples facultades de la Administración, sino que define un ámbito necesario de actuación, donde el poder del juez queda excluido, salvo en un momento singular de esta actuación y con poderes notablemente tasados. El juez no puede penetrar en el ámbito de autotutela administrativa, interferir su desarrollo.”*

a la deuda, si la Administración no adopta mecanismos para el pago de sus deudas. Es, por tanto, una consecuencia perversa que podría derivarse del mantenimiento de *status quo* del beneficio de la inembargabilidad de los públicos a toda costa, aspecto que ya ha sido criticado por parte de la doctrina<sup>168</sup>.

b) La prohibición de embargo y ejecución antes referida se ciñe a determinados supuestos que enumera el propio artículo 23.1 de la LGP. Todos estos supuestos, en coherencia con la dicción del propio artículo, se refieren a “*bienes y derechos patrimoniales*” pero no al dinero público el cual, como se acaba de comentar, no aparece aludido en este artículo de manera directa. En esta tesitura, los supuestos a los que el artículo 23.1 de la LGP predica la inembargabilidad son supuestos claros de bienes y derechos patrimoniales que están afectados a un servicio público o que, dicho de manera genérica, son bienes y derechos patrimoniales que se hallan en una relación de directa sujeción y vocación de interés público de manera que su ejecución o embargo supondría un perjuicio para el interés público, motivo por el que la LGP los protege especialmente con el beneficio de la inembargabilidad. Estos supuestos son los siguientes:

(i) Bienes y derechos patrimoniales afectados materialmente a un servicio público o a una función pública: se trata de bienes inmuebles o muebles y derechos a través de los que la Administración preste un servicio público o los necesite para la prestación del mismo. Es evidente que, de despacharse embargo o ejecución contra estos bienes, el servicio público en cuestión

---

<sup>168</sup> Así lo entiende BALLESTEROS MOFFA, Luis Ángel. *La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el privilegio de inembargabilidad de los bienes y derechos públicos (comentario a la STC 166/1998, de 15 de julio)*, publicada en la Revista de Administración Pública, número 148, enero-abril, editorial Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Madrid, 1999, págs. 196 a 203; cuando lo califica como “*exorbitante beneficio*” y advierte que, sin perjuicio de dicho privilegio, “*ello nunca debe dar lugar a situaciones abusivas que coloquen al particular en indefensión frente a la Administración. así lo ha puesto de manifiesto meridianamente la antes referida STC 32/1982 al afirmar (15) que «en ningún caso el principio de legalidad presupuestaria puede justificar que la Administración posponga la ejecución de las sentencias más allá del tiempo necesario para obtener, actuando con diligencia debida, las consignaciones presupuestarias en el caso de que éstas no hayan sido previstas».* Una advertencia que no deja de suponer un ejercicio de ingenuidad –quizá consciente, lo que entonces ya eliminaría tal ingenuidad–, desde el momento que la experiencia ha demostrado cómo a la hora de la verdad la Administración con frecuencia incumple, a veces de modo recalcitrante, e incluso bajo conminación judicial –así, por responsabilidad penal de sus funcionarios (...).”

podría quedar perjudicado por pérdida de medios, o directamente imposibilitado, lo que provocaría el perjuicio para el interés público y los ciudadanos o administrados perceptores de dicho servicio. Ante tal situación, estos concretos bienes y derechos deben de quedar excluidos de cualquier posibilidad que evite su continuación, toda vez que el interés público o general es prevalente frente al interés privado el cual en este caso sería un banco acreedor que vería impedidas sus posibilidades de cobro de la deuda. En este sentido, no estaría entre las facultades del banco pedir ni entre las facultades del juez acordar el embargo o ejecución contra los edificios patrimoniales en donde se realizan las funciones públicas, ni los vehículos, ni el mobiliario ni el inmovilizado ni similares que utilizan los empleados públicos para la realización de sus funciones, así como tampoco contra las rentas dimanantes del alquiler de edificios públicos o de patrimonio público si estas rentas estuvieran destinadas al pago de deudas o al mantenimiento de instalaciones o servicios de índole pública. Por tanto, siempre y cuando el destino del bien o de sus productos sea el interés público, es el objeto que quiere proteger en todo caso el artículo 23.1 de la LGP y evitar en todo caso su sustracción a la Administración propietaria.

- (ii) Cuando rendimientos o el producto de la enajenación de bienes y derechos patrimoniales estén legalmente afectados a fines diversos: además de lo anterior, también se excluyen el producto de la venta de bienes y derechos patrimoniales que estén afectados a “*finés diversos*”, es decir, que el producto o rendimientos ya tengan un destino predeterminado por la ley. Esta mención resulta *a priori* confusa, aunque por fines diversos deberían de entenderse finalidades en todo caso públicas y en beneficio del interés general, por buscar una coherencia del concepto “*finés diversos*” con la regulación contenida en el artículo 23.1 de la LGP.

Esta mención es posiblemente poco afortunada, y habría resultado más coherente y clara la mención de “*finés públicos*” o “*finés públicos diversos*”. En cualquier caso, por su ubicación, no parece lógico ni coherente pretender dar otro sentido a esta mención. Así, el precio que la Administración obtenga por la venta de bienes, muebles e inmuebles, de su

titularidad y que estén afectados a un servicio público en el momento de su venta es dinero público y, por tanto, no susceptible de embargo ni ejecución. La LGP no precisa si, para poder considerar este dinero como dinero público, es preciso que el bien que se venda sea destinado a servicio público antes y después de la venta, aunque ésta no parecería una cuestión determinante toda vez que la LGP es clara cuando establece como elemento determinante cuando se remite a los fines diversos que la ley haya atribuido dichos rendimientos o producto. De modo que parece que la remisión legal es la *conditio sine que non* para blindar estos rendimientos o producto. Sin perjuicio de la falta de concreción de este supuesto, la ratio del mismo se desprende de otros preceptos de la LGP como es el artículo 53 que se refiere a las generaciones de crédito entendidas éstas como *“modificaciones [presupuestarias] que incrementan los créditos como consecuencia de la realización de determinados ingresos no previstos o superiores a los contemplados en el presupuesto inicial”*, pues bien podría ser el caso de la venta de un bien de la Administración o de la incorporación de rendimientos de un bien. En particular, el apartado 4 del artículo 53 de la LGP zanja esta cuestión cuando regula que *“Cuando los ingresos provengan de la venta de bienes o prestaciones de servicios, las generaciones se efectuarán únicamente en aquellos créditos destinados a cubrir gastos de la misma naturaleza que los que se originaron por la adquisición o producción de los bienes enajenados o por la prestación del servicio”*; de modo que éste es un supuesto indubitado de destino legal de los rendimientos y productos al pago de deudas de la misma naturaleza. Por lo que, en base a esta previsión y siempre y cuando los rendimientos y productos no estuvieran de antemano previstos en el presupuesto de la Administración y a raíz de ellos se tuviera que generar un crédito en el presupuesto, dicho importe se destinaría, por expreso mandato de la LGP, al pago de deudas de similar naturaleza. De modo que la LGP no deja otra opción de destino para estos rendimientos y productos. A lo sumo, se podría pensar si podrían tener un destino diferente tales rendimientos y productos en caso de estar previstos en el presupuesto de antemano, ante lo que la respuesta debe ser igualmente negativa toda vez que, si la Administración ha previsto la incorporación de estos importes a

cobrar en su presupuesto, igualmente lo habrá destinado al pago de deudas que al final contribuyen o están en el marco de un servicio público, tal y como dispone la propia LGP en otros preceptos que ahora se analizarán, por lo que en último término los rendimientos y productos que obtiene la Administración se hallan siempre destinados a fines públicos por mandato legal.

Así, en el artículo 27 de la LGT, en sede de principios y reglas de la gestión presupuestaria, se establece en su apartado 2 lo siguiente: *“Los créditos presupuestarios de la Administración General del Estado, sus organismos autónomos y de las entidades integrantes del sector público estatal con presupuesto limitativo se destinarán exclusivamente a la finalidad específica para la que hayan sido autorizados por la Ley de Presupuestos General del Estado o por las modificaciones realizadas conforme a esta ley. El carácter limitativo y vinculante de dichos créditos será el correspondiente al nivel de especificación con que aparezcan aquéllos.”* Y, en su apartado 3 correlativo reincide en esta vocación finalista de los créditos presupuestarios al decir que: *“Los recursos del Estado, los de cada uno de sus organismos autónomos y los de las entidades integrantes del sector público estatal con presupuesto limitativo se destinarán a satisfacer el conjunto de sus respectivas obligaciones, salvo que por ley se establezca su afectación a fines determinados.”*

- c) Valores o títulos representativos del capital de sociedades estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general: en esta ocasión, la prohibición de embargo o ejecución judicial también se extiende a estos valores y acciones de sociedades estatales. En puridad, es *praxis* bancaria habitual la de tomar en garantía las participaciones del deudor a través de pignoración. Sin embargo, esta posibilidad está específicamente proscrita por el artículo 23.1 de la LGP. La razón de esta prohibición radica en que, toda vez que las sociedades estatales *“que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general”* realizan, en definitiva, una actividad a favor del interés público, servicio público o fines públicos diversos, resulta que la eventual ejecución de las acciones de estas sociedades provocaría, por un lado, la



desvirtualización de las mismas toda vez que la entrada de un socio privado no sería la voluntad original de la constitución de la sociedad y sin perjuicio de que ello estuviera prohibido en sus estatutos, y por otro lado, la más que posible paralización de las mismas toda vez que la entrada de un segundo y privado accionista conllevaría su paralización sin perjuicio, como se ha anticipado, de que probablemente los estatutos de la propia sociedad no permitirían esta situación. Ante ello, es evidente que las acciones de este tipo de sociedades deban beneficiarse también del blindaje legal previsto en el artículo 23.1 de la LGP y, consiguientemente, dichas sociedades puedan en todo caso seguir prestando sus actividades y ello sin perjuicio de su situación patrimonial.

Como ya se ha advertido anteriormente, la LGP tolera la situación de que, aún siendo insolvente (en este caso) la sociedad estatal frente a un deudor privado, éste no pueda pedir la ejecución de las acciones de dicha sociedad en claro perjuicio para los intereses del deudor privado, pero en beneficio del interés público o general. De hecho, siendo estrictos, lo que manifiesta la 23.1 de la LGP respecto a las sociedades estatales resulta en cierta medida redundante, ello porque para poder despachar una ejecución de acciones de la sociedad estatal sería teóricamente preciso que previamente se hubiera constituido prenda sobre dichas acciones ya que, por la configuración de nuestro ordenamiento jurídico, la ejecución judicial debería dimanar de un derecho previo procedente de un contrato de pignoración. Sin embargo, también es cierto que aún no habiendo contrato de pignoración, en caso que una sociedad mercantil privada tenga una posición deudora frente a un acreedor éste puede igualmente requerir al juez el embargo de las acciones societarias para recuperar su deuda. Pues bien, en sede de sector público se observa, por tanto, que lo que hace el artículo 23.1 de la LGP es eliminar cualquier posibilidad de ejecución y embargo de los valores y las acciones de sociedades estatales cubriendo así todas las posibilidades y opciones posibles a fin de que los acreedores queden totalmente disuadidos con esta regulación. En cuanto a los valores, aplica exactamente lo mismo que las acciones, de modo que dichos valores permanecerán en poder de las sociedades estatales en todo caso y a pesar del estado de impago que dichas sociedades puedan presentar frente a sus acreedores.

Analizado el régimen vigente del dinero público según la LGP actual, se considera de interés hacer una remisión histórica sobre la prerrogativa de la inembargabilidad de dicho dinero público, toda vez que es una realidad anterior a la CE tal y como ya recogía FORCAT<sup>169</sup>. Al respecto, la predecesora de la LGP ya la contenía, se trataba del Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, del texto refundido de la Ley General Presupuestaria en cuyo artículo 44.1 se regulaba expresamente que *“Los Tribunales, Jueces y Autoridades administrativas no podrán despachar mandamientos de ejecución ni dictar providencias de embargo contra los derechos, fondos, valores y bienes en general de la Hacienda Pública.”*

Además, en sus apartados 2 y 3 contiene un régimen sustancialmente idéntico al del vigente artículo 23 de la LGP. Sin perjuicio de ello, respecto del apartado 1 del artículo 44 transcrito resulta relevante destacar que, sin perjuicio de que en el mismo ya se contenía la prerrogativa de la inembargabilidad en dicho artículo se predicaba dicha prerrogativa de los derechos, fondos, valores y *“bienes en general”*. La cuestión es que el dinero quedaría incluido dentro de esta afirmación bajo el concepto de *“fondos”* esencialmente, sin embargo la alusión a *“bienes en general”* era demasiado genérica lo que provocó que el Tribunal Constitucional modificara esta redacción, en los términos que después se explicará. Además, esta misma regulación es la que contenía la predecesora del Real Decreto Legislativo 1091/1988, esto es, la Ley 11/1977, de 4 de enero, General Presupuestaria, en su artículo 44.

Y, finalmente, es oportuno recordar que el objeto de la LGT es, en esencia, regular el régimen presupuestario del sector público estatal, por lo que su ámbito de actuación no es el autonómico ni el local. Sin perjuicio de ello, dado su carácter de norma general respecto del sector público estatal dictada al amparo de una

---

<sup>169</sup> Se alude a la misma dentro de los *“privilegios de la Hacienda Pública”* por parte de FORCAT RIBERA, Arturo. *Curso de Administración Económica*, Instituto Editorial Reus, 5ª edición, Madrid, 1943, págs. 89 y 70; -junto con los de recaudación, prelación de créditos, jurisdicción y prescripción- y lo denomina *“inmunidad o exención de embargo”* y lo explica así *“No pueden dictarse providencias de embargo, ni despachar mandamientos de ejecución contra los bienes y derechos del Estado. Los Tribunales competentes han de limitarse a dictar los fallos declaratorios del derecho de los reclamantes y a mandar que se cumplan cuando son ejecutorios; pero el mandato, forma y condiciones de realizarlo es de la incumbencia de la Administración, si bien debe proceder ésta con sujeción a las disposiciones vigentes.”* Es una redacción muy similar a la de las disposiciones legales vigentes aunque no alude específicamente a dinero, se entiende comprendido el mismo dentro de *“derechos”*.

competencia exclusiva estatal (*ex* artículo 149.1.14<sup>a</sup> de la CE<sup>170</sup>) resulta indiscutible que los principios dimanantes de la misma pueden resultar de inspiración para el sector público y autonómico local allí donde no exista regulación expresa al respecto y sin perjuicio del carácter supletorio que tiene la LGP, como derecho estatal, en el ámbito autonómico<sup>171</sup> y en el ámbito local<sup>172</sup>. Y es que en no resultaría homogéneo que el régimen de la inembargabilidad del dinero público no fuera aplicable al ámbito autonómico o local, toda vez que, sin perjuicio de la organización territorial en autonomías, los acreedores privados se verían en diferente situación según si el deudor fuera una Administración del sector estatal, autonómico o local, con la consiguiente inseguridad jurídica que ello acarrearía. En cualquier caso, el beneficio de la inembargabilidad constituye una clara prerrogativa de la hacienda pública estatal, prerrogativa que a su vez ha sido recogida en la normativa autonómica en el sentido de manifestar expresamente que a la hacienda pública autonómica le resultan aplicables las mismas prerrogativas de la hacienda pública estatal.

### 2.2.2. Régimen autonómico

En la actualidad todas las CCAA han asumido competencias en materia de financiación a través de sus propios Estatutos de Autonomía y, consiguientemente, han regulado el régimen de los presupuestos autonómicos en dicha normativa. Analizadas las normas autonómicas, se constata que en todas ellas se ha incluido también el beneficio de la inembargabilidad del dinero o fondos públicos autonómicos, de modo que el mismo régimen explicado anteriormente con detalle que aplica al sector público estatal, resulta también de aplicación al sector público autonómico.

---

<sup>170</sup> Cuyo tenor es “1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: (...) 14<sup>a</sup> Hacienda general y Deuda del Estado.”

<sup>171</sup> Al respecto, el artículo 149.3 *in fine* de la CE afirma de manera clara que “El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas”, y esta remisión de supletoriedad la realiza precisamente en el marco de la regulación de las competencias exclusivas del Estado, de modo que esta supletoriedad resulta de aplicación general a priori respecto del derecho estatal dentro del que queda incluía la LGP.

<sup>172</sup> Sin perjuicio de que se ahondará en ello a lo largo del presente trabajo, el propio TRLHL aclara esta cuestión de la supletoriedad cuando justo en su artículo 2.2 manifiesta que la Hacienda Local “ostentará las prerrogativas establecidas legalmente para la hacienda del Estado”, ante lo que no puede quedar duda alguna de la aplicabilidad de la LGP también en el ámbito local.

A efectos ejemplificativos, como normativa más antigua, cabe referir la Ley 9/1990, de 8 de noviembre, de Hacienda de la Comunidad de Madrid, en cuyo artículo 40.1 dispone literalmente lo siguiente: “1. *Los derechos, fondos, valores y bienes en general de las Instituciones y de la Administración de la Comunidad y sus Organismos Autónomos son inembargables.*” Y, como complemento a esta afirmación cabe también tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 27.1: “*No se podrán enajenar, gravar ni arrendar los derechos económicos de las Instituciones y de la Administración de la Comunidad o sus Organismos Autónomos fuera de los casos regulados por las leyes.*”, artículo que debe ponerse en relación con el artículo 2.1 que establece que la Hacienda de la Comunidad de Madrid estará constituida “*por el conjunto de derechos y obligaciones de contenido económico cuya titularidad corresponde a la Comunidad de Madrid, sus Organismos Autónomos, Empresas Públicas y demás Entes Públicos.*” Por tanto, se trata de una regulación en la que se consagra plenamente el principio de inembargabilidad reconocido en la LGP.

También en la Comunidad Autónoma de Andalucía se ha previsto este beneficio, en idénticos términos a los previstos en el artículo 23.1 de la LGP, en el Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo, del Texto Refundido de la Ley General de Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, en su artículo 27. Sin perjuicio de que, como se ha dicho, la regulación es idéntica a la del artículo 23.1 de la LGT, la ley andaluza añade un párrafo primero en su artículo 27 en el que aclara que “*Las obligaciones de la Junta de Andalucía no podrán seguirse nunca por el procedimiento de apremio.*” Y luego, regulada la prerrogativa de la inembargabilidad en su apartado 2, añade una importante precisión que no contiene la LGT y que es la siguiente: “*A estos efectos, se considerarán siempre materialmente afectados a un servicio público o a una función pública el dinero, los valores, los créditos y demás recursos financieros de la Tesorería General de la Junta de Andalucía, incluidos todos los saldos existentes en cualquier clase de cuentas que la misma mantenga abiertas en el Banco de España y en las entidades de crédito y de ahorro.*”<sup>173</sup> Con esta precisión, pues, la ley andaluza

---

<sup>173</sup> IBÁÑEZ LÓPEZ, Felipe. *La superación de la doctrina constitucional contenida en la Sentencia 166/1998, de 15 de julio, por lo que se refiere a la inembargabilidad de dinero y ciertos bienes patrimoniales de las administraciones públicas*, el Consultor de los Ayuntamientos núm. 4, Sección Opinión/Comentarios de Jurisprudencia, quincena del 29 de febrero al 14 de marzo de 2016 (Ref. 424/2016), editorial Wolters Kluwer, pág. 424. El autor califica a la regulación andaluza de “*blindaje*”, la considera contraria a la LPAP y concluye que el embargo de los valores, créditos y

despeja toda duda acerca de que, en cualquier caso, el dinero (y los valores, los créditos y demás recursos financieros) están siempre afectos a un servicio público, de modo que configura el dinero como un bien inembargable en todo caso.

Y, como ejemplo de normativa más reciente, cabe mencionar a la Ley 14/2014, de 29 de diciembre, de finanzas de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, que contiene diversos artículos de interés. Por un lado, en su artículo 2.2. se dispone que *“La Administración de la comunidad autónoma de las Illes Balears, los organismos autónomos y demás entidades que integran el sector público administrativo de la comunidad autónoma disfrutarán del mismo tratamiento que la ley establece para la Administración del Estado respecto a las prerrogativas, a la inembargabilidad de los bienes y derechos, y a los beneficios fiscales (...).”* Como concreción de ello, el artículo 92 aclara que *“En todo caso, forman parte de los bienes y los derechos inembargables a los que se refiere el artículo 2.2. de la presente ley los fondos correspondientes a la Tesorería de la Administración de la comunidad autónoma y de sus organismos autónomos, así como los fondos del resto de entidades instrumentales que integran el sector público administrativo sometidas al principio de especialidad de los créditos presupuestarios.”*

Siguiendo en esta tesitura, y como evocación al artículo 109 de la LGP, la normativa balear referenciada precisa que este beneficio de la inembargabilidad aplica siempre para las cuentas públicas que apertura la Comunidad Autónoma, según expresa en su artículo 91.4, sobre cuentas de la Tesorería y otras formas de gestión: *“Los contratos relativos a estas cuentas se formalizarán por escrito y contendrán una cláusula por la que se excluya la facultad de compensación por parte de la entidad financiera, y otra en la que se prevea expresamente, en su caso, el beneficio de la inembargabilidad de los fondos públicos al que se refiere el artículo 92 siguiente, sin perjuicio de la imposibilidad de compensar unilateralmente o embargar los fondos públicos que resulta de la legislación vigente, incluso en los casos en que no existan estas cláusulas.”*

---

demás recursos financieros de la Junta de Andalucía *“requerirá, al igual que en el supuesto de los fondos de las entidades locales, el planteamiento de la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad contra dicho precepto”*, opinión que no compartimos en la medida que se considera es efectivamente coherente con la LPAP y, por analogía, a la LGP.

En último lugar y tal y como recogía la normativa autonómica madrileña, en la normativa balear también regula el régimen de los derechos económicos de la hacienda pública autonómica en estos términos en su artículo 16.1: *“No podrán ser enajenados, gravados ni arrendados los derechos de la hacienda de la comunidad autónoma, excepto en los casos regulados por las leyes (...).”*

Finalmente, en Catalunya la regulación consagra la inembargabilidad de manera implícita. Así, en el Decreto Legislativo 3/2002, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Finanzas Públicas de Catalunya se establece lo siguiente en su artículo 8: *“Los ingresos de la Generalitat y de las entidades autónomas y empresas públicas de que dependen están destinados a satisfacer el conjunto de sus obligaciones respectivas, salvo que por ley se establezca la afectación de algunos recursos a finalidades determinadas.”* De modo que, lejos de explicitar la inembargabilidad de bienes y derechos (como hacen la mayoría de normativas autonómicas) la ley catalana opta por incorporar la presunción (*iuristantum*) en cuya virtud los ingresos del sector público catalán van destinados a este mismo sector público, salvo que una norma con rango de ley disponga otra cosa, de modo que está diciendo que los ingresos de dicho sector público van siempre destinados a satisfacer necesidades de índole pública. La consecuencia de ello es que tales ingresos deben gozar del beneficio de la inembargabilidad. En esta tesitura, la misma ley catalana consagra lo siguiente en su artículo 12.1: *“No podrán ser alienados, gravados ni arrendados los derechos de la Hacienda de la Generalidad, excepto en los supuestos regulados por las leyes.”*

El resto de CCAA también contienen regulaciones idénticas o muy similares en la materia<sup>174</sup>, debiéndose por tanto considerar que estamos ante una normativa

---

<sup>174</sup> A continuación se citan las diversas normativas autonómicas en donde se contiene esta regulación: (i) Aragón: Decreto Legislativo 1/2000, de 29 de junio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón (arts. 23.1 y 28.2); (ii) Principado de Asturias: Decreto Legislativo 2/1998, de 25 de junio, por el que se aprueba el texto refundido del Régimen Económico y Presupuestario de Asturias (arts. 15.1 y 50.2); (iii) Islas Canarias: Ley 11/2006, de 11 de septiembre, de la Hacienda Pública Canaria (arts. 10.1 y 23.1); (iv) Cantabria: Ley 14/2006, de 24 de octubre, de Finanzas de Cantabria (arts. 8.1, 23 y 85.1); (v) Castilla-La Mancha: Decreto Legislativo 1/2002, de 19 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha (arts. 22.1 y 32.1); (vi) Castilla y León: Ley 2/2006, de 3 de mayo, de la Hacienda y del Sector Público de la Comunidad de Castilla y León (arts. 27.1 y 67); (vii) Comunidad Valenciana: Ley 1/2015, de 6 de febrero, de la Generalitat, de Hacienda Pública, del Sector Público Instrumental y de Subvenciones (arts. 9, 21.1 y 72.1); (viii)

autonómica que es tributaria de la normativa estatal y que, consiguientemente, el beneficio de la inembargabilidad del dinero público se ha extendido a nivel legislativo todo el sector público autonómico del país, y también al local según se explicará a continuación.

Sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que en la normativa estatal de financiación de las CCAA no se incluye el carácter inembargable del dinero público correspondiente a dichas CCAA, a diferencia de lo que sucede en la LGP para el ámbito estatal, y en el TRLHL para el ámbito local tal y como ahora se explicará. Por este motivo y considerando las competencias exclusivas del Estado en materia de hacienda general y bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, además de la relativa a asegurar las condiciones básicas que garanticen la igualdad entre todos los españoles sobre la base, respectivamente, de los apartados 14<sup>a</sup>, 18<sup>a</sup> y 1<sup>a</sup> del artículo 149.1 de la CE; procedería que la LOFCA incluyera una mención a la cuestión de la inembargabilidad. Ello a pesar de que las normativas autonómicas ya lo hagan, en virtud del principio de autonomía financiera de cada territorio, pero lo cierto es que la normativa estatal podría y seguramente debería haberlo incluido también así expresamente.

### 2.2.3. Régimen local y análisis de conjunto del privilegio de la inembargabilidad

En sintonía con cuanto se acaba de explicar y sin perjuicio de la extensión de las prerrogativas de la Hacienda Estatal al ámbito de las EELL *ex* artículo 2.2 del TRLHL, en el ámbito de la normativa local también se halla consagrado el beneficio de la inembargabilidad del dinero público, en una regulación análoga a la contenida en el referido artículo 23.1 de la LGP. Aunque cabe mencionar que la regulación actual en la materia ha sido el resultado de un previo proceso normativo y jurisprudencial sobre

---

Extremadura: Ley 5/2007, de 19 de abril, General de Hacienda Pública de Extremadura (arts. 17.1 y 32.1); (ix) Galicia: Decreto Legislativo 1/1999, de 7 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Régimen Financiero y Presupuestario de Galicia (arts. 18.2 y 25.1); (x) La Rioja: Ley 11/2013, de 21 de octubre, de Hacienda Pública de La Rioja (arts. 9.1, 29.2 y 90.3); (xi) Comunidad Foral de Navarra: Ley Foral 13/2007, de 4 de abril, de Hacienda Pública de Navarra (arts. 9.1 y 23.1); (xii) País Vasco: Decreto Legislativo 1/1997, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Principios Ordenadores de la Hacienda General del País Vasco (arts. 4 y 54.1); y (xiii) Región de Murcia: Decreto Legislativo 1/1999, de 2 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia (arts. 1.2, 18.1 y 23.1).

cuya base aun a fecha de hoy la doctrina no es totalmente unánime, por lo que es una materia que genera controversia.

Cabe partir de que la normativa local, de ámbito estatal, reguladora de los bienes locales no hace referencia expresa al dinero ni a los fondos públicos, sino que se ocupa de la tradicional distinción entre bienes demaniales y patrimoniales y señala el carácter de inembargables de los primeros (en este sentido, los artículos 80 LBRL y 5 RBEL). Al igual que en la normativa estatal, en la normativa local no hay una regulación de la inembargabilidad que sea pareja con la regulación del dinero o fondos públicos. De hecho, es más, cuando la normativa local regula las prerrogativas de las EELL respecto de sus bienes, no incluyen la del blindaje o inembargabilidad de su dinero (se incluye la de recuperar por si mismas la posesión de sus bienes, y la de deslinde *ex* artículo 82 LBRL).

Sin perjuicio de lo anterior y de que sendas normativas locales referidas son de los años 1984 y 1986, la ligeramente posterior LHL establecía lo siguiente en su artículo 154.2: *“Los Tribunales, Jueces y autoridades administrativas no podrán despachar mandamientos de ejecución ni dictar providencias de embargo contra los derechos, fondos, valores y bienes en general de la Hacienda local ni exigir fianzas, depósitos y cauciones a las Entidades locales”*. De este precepto se desprende, en particular, que contra los derechos (o dinero) y los fondos de la hacienda local no se podían ejecutar ni embargar, por tanto, que eran intocables. Esta regulación tenía un punto débil desde la óptica de los derechos constitucionales, que era el inciso *“y bienes en general”*, precisamente, porque esta mención tan amplia incluía naturalmente tanto a los bienes demaniales como a los patrimoniales, a sabiendas que la LBRL y el RBEL solamente otorgan el carácter de inembargables a los primeros.

Por este motivo, la STC 166/1998 de 15 de julio<sup>175</sup> declaró inconstitucional este inciso porque atentaba contra el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la CE, y matizó que el artículo 142 de la misma CE (cuyo tenor es *“Las*

---

<sup>175</sup> Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional núm. 166/1998, de 15 de julio, dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 2776/1990, ponente Don Julio Diego González Campos; planteada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Burgos en relación con los núms. 2 y 3 del art. 154 de la LHL, por supuesta vulneración de los artículos 24.1, 117 y 118 de la CE (RTC\1998\166).



*Haciendas locales deberán disponer de los medios suficientes para el desempeño de las funciones que la ley atribuye a las Corporaciones respectivas y se nutrirán fundamentalmente de tributos propios y de participación en los del Estado y de las Comunidades Autónomas*”) no establece una autonomía económica y financiera en el sentido de que dispongan de unos medios propios patrimoniales y tributarios suficientes para el cumplimiento de sus funciones, sino la suficiencia de aquellos medios.

El impacto y trascendencia de dicha Sentencia fue aparentemente notable, por excluir del ámbito de la ejecución, administrativa y judicial, a los bienes patrimoniales afectos a un servicio público. Se dice “*aparentemente*” porque esta sentencia debe ponerse en contexto y considerar que la misma traía causa de una evolución jurisprudencial previa<sup>176</sup> en la que la inembargabilidad del dinero público, o el denominado “*privilegium fisci*” había sido ampliamente reconocido y protegido, por lo que la STC 166/1998 viene a ser el corolario de lo anterior e incluye este matiz adicional, que es relevante, aunque en opinión de algunos autores dicha Sentencia se habría quedado corta en cuanto a lo que podría haber dicho y considerado<sup>177</sup>.

En realidad, por parte de algunos sectores doctrinales se considera que la doctrina del Tribunal Constitucional no ha variado tanto y se ha llegado a plantear si esta protección del dinero público es exorbitada y si, al a vez, ello frena el acceso y

---

<sup>176</sup> Esta evolución es explicada de manera detallada por parte de BALLESTEROS MOFFA, Luis Ángel. *La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el privilegio de inembargabilidad de los bienes y derechos públicos (comentario a la STC 166/1998, de 15 de julio)*, Revista de Administración Pública, número 148, enero-abril, editorial Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Madrid, 1999, pág. 198; en donde resume la postura del TC en la materia antes de la referida STC, manifestando que “*La reciente Sentencia de julio de 1998, ha mantenido en líneas generales la anterior doctrina en la materia, al haberse limitado a introducir una excepción a su argumentación y conclusión finales que, aunque importante, no ha supuesto una negación de las premisas generales de las que partía.*” Y, al respecto, cita las siguientes Sentencias en las que se establecía esta doctrina previa, a saber, STC 113/1989, de 22 de junio; STC 26/1983, de 13 de abril; STC 61/1984, de 16 de mayo; STC 67/1984, de 7 de junio; y STC 32/1982, de 7 de junio.

<sup>177</sup> Entre ellos, BERMEJO VEGA, José. *Derecho Administrativo. Parte Especial*, editorial Thomson Civitas, 7ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2009, pág. 373; manifiesta que con la creación del concepto “*bienes patrimoniales afectos*” se estarían “*alterando los cimientos mismos de nuestro sistema de bienes y las difusas fronteras entre demanio y patrimonio, creándose una categoría híbrida que aunaría las supuestas ventajas del primero (régimen exorbitante, privilegios y prerrogativas) y del segundo (mayor flexibilidad y poder de disposición), evitando sus inconvenientes.*” A lo que también añade que

alcance de la función jurisdiccional de la jurisdicción contenciosa-administrativa en perjuicio para el acreedor de la Administración Pública<sup>178</sup>.

La cuestión es que a raíz de esta Sentencia del Tribunal Constitucional, se tuvo que adaptar la regulación antes referida y ello finalmente se consagró en la redacción que tiene el vigente artículo 173.2 del TRLHL que es la siguiente: *“Los tribunales, jueces y autoridades administrativas no podrán despachar mandamientos de ejecución ni dictar providencias de embargo contra los derechos, fondos, valores y bienes de la hacienda local ni exigir fianzas, depósitos y cauciones a las entidades locales, excepto cuando se trate de bienes patrimoniales no afectados a un uso o servicio público.”* Con esta redacción ha quedado meridianamente claro que los únicos bienes que pueden ser objeto de ejecución y/o embargo serán los bienes patrimoniales no afectos a un servicio público, a salvo también los bienes patrimoniales o de dominio público. *A sensu contrario*, por lo tanto, no podrán ser ejecutados ni embargados los derechos (concepto equivalente a dinero, con una connotación más de ingresos esperados por la Administración), los fondos (concepto equivalente al dinero, con una connotación de dinero en depósitos bancarios titularidad de la Administración), valores y bienes patrimoniales afectos de la hacienda local<sup>179</sup>.

---

<sup>178</sup> También, BALLESTEROS MOFFA, Luis Ángel. *La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el privilegio de inembargabilidad de los bienes y derechos públicos (comentario a la STC 166/1998, de 15 de julio)*, publicada en la Revista de Administración Pública, número 148, enero-abril, editorial Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Madrid, 1999, pág. 203; este mismo autor manifiesta, después de comentar el abuso que cometen algunas Administraciones en no atender sus obligaciones de pago, que *“siendo el embargo, por tanto, en cuanto auténtica medida ejecutiva de las condenas genéricas, la única vía que podría evitar el abuso administrativo”*. Y, además, trae a colación la importante opinión en la materia de GARCÍA DE ENTERRÍA la cual va más allá y viene a decir que con la falta de previsión plena del TC la jurisdicción contencioso-administrativa no podrá desarrollar plenamente sus funciones las cuales, interpretamos de las palabras del autor, le corresponden sin embargo *“no estamos sugiriendo que el Tribunal Constitucional se introduzca él mismo directamente en todos los problemas específicos de ejecución de las sentencias contencioso-administrativas cuyos ganadores se lo soliciten en amparo. Lo que nos parece que es una cuestión constitucional sustancial es despejar de una vez con toda precisión los obstáculos que el obsoleto e inconstitucional sistema de ejecución de las sentencias contencioso-administrativas luce en la Ley de 1956, indicando que es a los Tribunales contencioso-administrativos a quienes compete esa ejecución directa, y que esa facultad comprende incluso la de dictar mandamientos compulsivos de pago sobre el dinero público, sin desorganizar, naturalmente, los servicios administrativos, lo que es inmediatamente factible, como se conoce en otros países y como en el nuestro existen medios técnicos claros de alcanzarlo.”*

<sup>179</sup> Esta misma doctrina es posteriormente reiterada en la STC 211/1998, de 27 de octubre, en cuya virtud (Fundamento Jurídico 4) (RTC\1998\211): *“Lo dicho en la STC 166/1998 es plenamente aplicable al caso de autos, pues, dilatado por el Ayuntamiento el cumplimiento voluntario y por el específico procedimiento administrativo a seguir en estos casos, de la sentencia condenatoria, el*

Sobre tal extensión, se ha planteado en algún pronunciamiento judicial la posibilidad de embargar dinero público cuando éste no esté destinado al uso o servicio público. En nuestra opinión, dicho planteamiento es inconsistente porque, idiosincrásicamente, el dinero público precisamente está llamado siempre y en todo caso a cumplir finalidades públicas, según se ha explicado también en el apartado 1.2.4. del Capítulo I. Pensar que el dinero titularidad de una Administración o ente público pueda llevar a cumplir finalidades privadas es una cuestión que, en el caso concreto, se tendría que acreditar y habría que ver si ello es así. Ello porque, de entrada, la propia CE sujeta toda actuación pública al interés general (artículo 103), seguidamente, porque los derechos o ingresos esperados por una Administración o ente público estarán previstos en su presupuestos como recuerda GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>180</sup> y, por tanto, destinados a sufragar gastos públicos (principio de legalidad presupuestaria).

Sin perjuicio de que esta es nuestra opinión, resulta sorprendente como la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (sección 1ª) del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, de fecha 11 de noviembre de 2013<sup>181</sup> desestima el recurso de apelación por considerar que el embargo de cuentas bancarias

---

*derecho fundamental del acreedora la ejecución de las resoluciones judiciales firmes (art. 24.1 CE) impone a los órganos judiciales a instancia del particular adoptar las medidas oportunas para garantizar la efectividad de sus resoluciones, entre las que cabe el embargo ejecutivo, siempre que no recaiga sobre ninguno de los bienes o derechos antes enumerados, que gozan de la prerrogativa de inembargabilidad, y que sucintamente son los de dominio público, los comunales, los que integran la Hacienda del Ente local y los bienes patrimoniales materialmente afectados al sostenimiento de un servicio o uso público.”*

<sup>180</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Revolución Francesa y Administración Contemporánea*, editorial Civitas Monografías, edición 4ª, Madrid, 1994, págs. 68 y 69; en donde, citando a CORMENIN como uno de los fundadores de la ciencia administrativa en la época de la Revolución Francesa, transcribe este fragmento indicativo de la voluntad de sumisión del poder económico a la ley y escrito dentro de un contexto de preponderancia del principio de la centralización: “*El Budget, o sea, la Ley de presupuestos es el libro de la centralización. Cada ramo del servicio público ocupa en él su lugar. Magistrados, clérigos, militares, financieros, administradores, empleados, catedráticos, sabios, literatos, ministros, príncipes, el mismo Rey, todos tienen su cuenta corriente en este gran libro, y cuando son llamados se presentan según el orden con que se hallan inscritos. Ya no hay portazgos, poyos a los jueces, laudemios, donativos para el chapín de la reina, patrimonio real, bienes del clero, entradas eventuales, dominios empeñados, heredamientos para hijos de la casa real, venalidad de oficios, títulos de asentista: única es la fuente de las rentas del Estado, e impuesto universal. Ya no hay más que una caja para todos los gastos públicos, una sola llave para abrirla, él es el que paga, y quien paga gobierna.*”

<sup>181</sup> Recurso de apelación nº 59/12, dictado contra la Sentencia nº 362, de fecha 16 de diciembre de 2011, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Albacete, en el procedimiento ordinario nº 350/11, siendo parte actora la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y parte demandada el Organismo Autónomo Provincial de Gestión Tributaria de Albacete.

de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha acordada por un organismo de gestión tributaria fue correcta, llegando a afirmar que no hay una presunción de inembargabilidad de dichos saldos (en concreto manifiesta que “(...) *debe rechazarse la existencia de una presunción de inembargabilidad respecto de aquellos bienes que tengan la consideración de patrimoniales y en particular de los saldos que las administraciones públicas puedan tener en entidades bancarias*”), para reutilizar los contenidos de la STC 166/1998 de 15 de julio de manera peculiar. La *ratio decidendi* de la Sentencia parece ser la falta de justificación, por parte de la Junta de Comunidades, del carácter y finalidad públicas del dinero (lo que manifiesta en estos términos “(...) *el embargo de los saldos de una cuenta corriente cuya titularidad corresponde a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, ciertamente la Administración que sufre el embargo no se puede escudar en la mera cita formal de la afectación al servicio público para obtener la nulidad del embargo, sino que debe encontrarse en la posición de alegar y justificar adecuadamente cual es ese concreto servicio público (...)*”), sin perjuicio de que ello no debería ser una razón ya que, en nuestra opinión y según lo apuntado anteriormente, dicho carácter y finalidad públicos lo son *ope legis*, sin ir más lejos del mismo artículo 103.1 de la CE.

De hecho, así se desprende de la referida STC 166/1998, la cual no puede pronunciarse en términos más claros sobre este punto (F.J. 9): “*El Abogado del Estado también ha alegado que la inembargabilidad establecida por el art. 154.2 LHL posee una justificación autónoma, basada en la intangibilidad de los bienes y fondos públicos en atención a su destino, que no es otro que la satisfacción de intereses y finalidades públicas. Esta alegación ciertamente ha de compartirse con lo que respecta a ‘los derechos, fondos y valores’ de la Hacienda local, a los que se refiere el precepto legal antes mencionado. Estos, en efecto, son los ‘recursos financieros’ de la Entidad local, ya se trate de ‘dinero, valores o créditos’ resultantes de ‘operaciones tanto presupuestarias como extrapresupuestarias’, que constituyen la Tesorería de dicha Entidad. Y dado que tales recursos están preordenados en los presupuestos de la Entidad a concretos fines de interés general, es evidente que requieren una especial protección legal, tanto por su origen en lo que respecta a los ingresos de Derecho público –la contribución de todos al sostenimiento de los gastos públicos (art. 31.1 CE)- como por el destino al que han sido asignados por los representantes de la soberanía popular. Consideración que enlaza, de otra parte, con uno de los principios*

*que el art. 103 CE reconoce: El de la eficacia en la actuación de la Administración Pública. Principio a cuyo contenido ya hemos hecho referencia no sólo en relación con la organización y medios de una Administración Pública sino también con el estatuto general de su actividad como poder público y las potestades que le han sido atribuidas (SSTC 22/1984, 27/1987 y 178/1989). Al igual que con el principio de la ‘continuidad de los servicios públicos’, del que hemos dicho que puede servir de fundamento ‘a la exclusión de la ejecución forzosa respecto de bienes de titularidad pública’ (STC 107/1992, fundamento jurídico 3º).”*

Consiguientemente, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha desconoce la interpretación formulada por el TC sobre el carácter y finalidad público de los recursos financieros de toda Administración Pública. Ante ello, no extraña que dicha Sentencia tuviera un voto particular respecto del que, entendemos, se ciñe efectivamente a la doctrina constitucional motivo por el que entendemos que debería haber sido el fallo de la Sentencia.

En este voto particular, el Magistrado<sup>182</sup> afirma de manera rotunda que: (i) existe un principio de inembargabilidad de los fondos públicos o dinerarios, (ii) que los fondos de una Administración pública tienen carácter público y están destinados al giro y gestión pública, y que todo ello queda amparado por el hecho que (iii) la LPAP excluye el dinero del concepto de “*patrimonio*” lo que, en opinión del Magistrado, significa que “(…) *los fondos y dinero de la Administración pública, conformaría un “tertium genus” en la escala de la demanialidad; en principio excluido del régimen legal de los bienes patrimoniales; de alcance en cuanto a su giro y gestión por la nota de lo público; y, por lo tanto, inembargable; salvo prueba en contrario del que pretende su embargabilidad, de ostensible carácter ‘privado’. El régimen legal aboca dicha conclusión claramente garantista y protectora de los intereses públicos y del principio de eficacia administrativa (...)*”. Llegando a afirmar que la decisión de embargo de las cuentas bancarias adoptada por el organismo de recaudación tributaria

---

<sup>182</sup> Magistrado Don José Borrego López, Presidente de la Sección 1ª del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha.

provincial nacía “*sin base legal*”, lo cual es una manifestación grave y que determina que el embargo practicado se realizó al margen de la normativa aplicable<sup>183</sup>.

En esta tesitura, cabe hacer referencia a otra Sentencia recaída en la materia respecto a la que consideramos que pretender realizar un paso más allá respecto de la doctrina del TC, aunque basándose apriorísticamente en la misma y con un resultado, entendemos, cuestionable. Se trata de la Sentencia de la Sala Contenciosa Administrativa (Secc. 2ª) del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1999<sup>184</sup> en la que, en contra de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia que había considerado contrario a derecho el embargo de las cuentas bancarias del Instituto Catalán del Suelo, manifiesta lo siguiente (F.J. 5): *“La argumentación, además, contenida en la Sentencia recurrida respecto de la ‘inembargabilidad de los bienes, derechos, valores y fondos públicos (salvando el art. 132.1 de la Constitución)’ como obstáculo al reconocimiento de la posibilidad de utilización del procedimiento de apremio contra las cuentas corrientes del Institut Català del Sòl para la cobranza de los Impuestos Municipales al principio señalados, debe considerarse, asimismo, errónea, tan pronto se tenga en cuenta que, con arreglo a reiterada doctrina constitucional, ‘el privilegio de la inembargabilidad sólo alcanza a los bienes que estén destinados a la realización de actos ‘iure imperii’, pero no a aquellos destinados a la realización de actividades ‘iure gestionis, porque una interpretación de las normas que condujera a mantener la imposibilidad absoluta de ejecución de las Administraciones debía considerarse vulneradora del art. 24.1 de la Constitución –STC 107/1992, de 1 de julio-, y más aún cuando la Norma Fundamental –art. 132.1- sólo refiere a la inembargabilidad a los*

---

<sup>183</sup> Al hilo de esta tajante interpretación, se debe manifestar disconformidad con el comentario de VICENTE IGLESIAS, José Luis. *Análisis de los contratos bancarios y de seguros en la normativa de contratos de las administraciones públicas con especial referencia a las Corporaciones Locales*, publicación de la Revista Práctica Contratación Administrativa, Año 6, Núm. 49, enero 2006, editorial La Ley, pág. 46; en referencia a los saldos de las cuentas con excedentes de tesorería *“que pueden ser embargados en virtud de resolución administrativa o judicial, siempre y cuando dichos saldos no se hallen afectados al sostenimiento de un uso público o servicio público. A estos efectos, es más que interesante la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 228/1998, de 1 de diciembre.”* Precisamente, dicha Sentencia, posterior a la STC 166/1998, es coherente con ésta y reafirma el carácter inembargable de tales saldos en sus F.J. 3 y 4.

<sup>184</sup> Recurso de casación en interés de la ley nº 7747/1998, dictado contra la Sentencia de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 16 de diciembre de 1997, en el procedimiento ordinario nº 534/95, siendo parte actora el Instituto Catalán del Suelo, organismo autónomo de la Generalitat de Cataluña, contra el Organismo Autónomo Local de Gestión Tributaria de la Diputación Provincial de Barcelona (RCL 1999/1126).

*bienes de dominio público y a los comunales. Más recientemente, el mismo Supremo Intérprete de la Constitución admite la susceptibilidad de embargo de 'bienes patrimoniales no afectados a uso o servicio público –SSTC 166/1998 y 211/1998, de 27 de octubre- hasta el extremo de considerar inconstitucional en la primera de las dos sentencias acabadas de mencionar el último inciso, 'bienes en general', del apartado 2 del art. 154 de la Ley de Haciendas Locales, precisamente por la amplitud y generalidad de esta expresión y por no incluir la excepción al principio de inembargabilidad que dichos bienes en las expresadas condiciones significaban.”*

Ante lo cual se genera la duda de si el TS está equiparando el dinero público a un bien patrimonial aunque, sin perjuicio de ello, se hace notar que la distinción entre actos *iure imperii* e *iure gestionis* siquiera aparece mencionada en la STC 166/1998 de 15 de julio<sup>185</sup>, pero lo que es más grave, desde la perspectiva del respeto a la doctrina constitucional, es manifestar que oponer la inembargabilidad del dinero público para impedir un embargo es un error. Ello porque esta afirmación no tiene en consideración que dicha inembargabilidad está reconocida *ex lege*, tal y como el TC explica reiteradamente en su Sentencia de constante mención.

Luego, el TS, para justificar este argumento manifiesta que el propio TC ha excluido a “*bienes en general*” de la normativa porque se debe permitir el embargo de bienes patrimoniales no afectos. Esto último es rotundamente cierto, pero ello no significa que el TC esté diciendo que el dinero público se pueda embargar, ya que dice todo lo contrario. Por lo que resulta de difícil comprensión la argumentación del TS en este punto, a lo sumo parecería que quiere referirse a que el dinero puede no estar afecto a un servicio público, estando en estos casos destinado a actividades *iure gestionis*, casos en los que no sería embargable. Sin embargo, insistimos, ello choca frontalmente con la doctrina constitucional.

Sin perjuicio de la anterior argumentación del TS, en su Sentencia del recurso de casación en interés de la ley acabó dictando el siguiente fallo: “(...) *debemos declarar*

---

<sup>185</sup> La STC 166/1998 de 15 de julio únicamente se refiere a “*iure privato*” (Fundamento Jurídico 11 letra B), para hacer aludir al derecho privado, cuando trayendo a colación su STC 227/1988, se refiere a los supuestos en los que la Administración demanializa un determinado bien, sustrayéndolo del régimen privado que le aplicaría de otra manera y, con ello, los perjuicios o “*las reglas exorbitantes de las que son comunes en dicho tráfico*” como las denomina el propio TC.

*y declaramos sentar doctrina en el sentido de reconocer que las entidades locales, para la cobranza de tributos liquidados a Organismos Autónomos de carácter comercial de la Generalidad de Catalunya, y sin perjuicio de las exenciones que puedan serles aplicables, puedan utilizar el procedimiento de apremio y, dentro de él, decretar y practicar las diligencias de embargo que resulten pertinentes; y, asimismo, reconocer también la procedencia de la ejecución forzosa sobre los bienes patrimoniales de tales organismos que no estuvieren afectos a uso o servicio público, una vez cumplidas las prevenciones establecidas en la ley en punto a requerimiento de pago y notificaciones y con sujeción al procedimiento legalmente establecido”.*

Fallo respecto al que, considerando la opinión del TC, consideramos que resulta inaplicable toda vez que permite el embargo de cuentas bancarias de una Administración Pública cuando ésta no ha pagado su deuda pecuniaria cuando ya ha tenido un tiempo para hacerlo y se ha seguido el respectivo procedimiento. Y consideramos que ello no se debería aplicar, precisamente, porque iría no sólo en contra de la doctrina constitucional<sup>186</sup>, sino del ordenamiento jurídico actual. Sin perjuicio de ello, observamos el interés del TS de salvaguardar la posición jurídica del acreedor, en este caso del organismo de recaudación tributaria.

En relación con ello, se plantea otra cuestión y es la de si el ordenamiento jurídico ampara el incumplimiento *sine die* de la Administración Pública, en lo que se refiere a deudas pecuniarias, y la respuesta parece que debería ser afirmativa<sup>187</sup>.

---

<sup>186</sup> Se traen a colación las siguientes frases extraídas de la STC 166/1998, de 15 de julio, a efectos acreditativos: “(...) el legislador, por razones de «interés público y social» puede excluir «determinados bienes y derechos de la ejecución forzosa, declarándolos inembargables y prohibiendo, en su consecuencia, que el ejecutante proyecte su ejecución sobre los mismos, que podrían ser objeto de actividad ejecutiva de no mediar la prohibición» (STC 113/1989, fundamento jurídico 3º)” (F.J. 5); y, haciendo referencia al principio de legalidad presupuestaria, añade que “Y, por último, como ya se ha declarado en la STC 107/1992, fundamento jurídico 2º, que dicho principio, junto al de continuidad de los servicios públicos, constituye el fundamento de la exclusión de la ejecución forzosa respecto de bienes de titularidad pública.” (F.J. 7).

<sup>187</sup> BALLESTEROS MOFFA, Luis Ángel. *La inembargabilidad de bienes y fondos públicos como último obstáculo para el acreedor de la administración. La alargada sombra de la STC 166/1998, de 15 de julio (RTC 1998, 166). Comentario al Auto de la Audiencia Provincial de Teruel núm. 76/2004, de 27 de abril (AC 2004, 909), Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil núm. 2/2005, págs. 19 a 20 (BIB 2005\728); en donde, sin perjuicio de la elocuencia de su título, afirma lo siguiente “Si bien las fuerzas centripeta y centrífuga desplegadas por la STC 166/1998 han dado lugar a un semblante más amable que el resultante del anterior e indiferenciado «privilegium fisci», no puede desconocerse la rémora que para la justicia administrativa sigue representando la preservación a ultranza del dinero público, blindado aún más si cabe tras la Sentencia constitucional, a lo que se*



Ciertamente, el régimen normativo y jurisprudencial actual amparan este escenario el cual, a su vez, puede evocar a situaciones de inactividad legal de la Administración Pública, frente al perjuicio ilegal que estaría sufriendo el acreedor de dicha Administración<sup>188</sup>. Por lo tanto siendo el privilegio de inembargabilidad preponderante, quedarán en la práctica sacrificados el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva *ex* artículo 24 de la CE, o el cumplimiento de los principios de seguridad jurídica y de responsabilidad de los poderes públicos *ex* artículo 9.3 CE. En particular, sobre la vulneración del artículo 24 de la CE se ha afirmado que la Administración puede realmente “*obstaculizar el cobro del derecho pecuniario reconocido previamente por los tribunales a un particular*” y que los poderes públicos deberían llevar a cabo la efectividad de la resolución judicial a fin de evitar que las mismas sean “*meras declaraciones de intenciones*”<sup>189</sup>. Consiguientemente, no deja de resultar altamente sorprendente, y hasta cierto punto incomprensible, que el ordenamiento jurídico actual, para proteger el dinero público, pase por encima de otros derechos que merecen total protección dentro de un Estado de Derecho.

---

*suma ahora la inquietud derivada por las nuevas previsiones estatales y andaluzas en la materia, que no parecen coherentes siquiera con la «per se» generosa doctrina constitucional.”*

<sup>188</sup> Esta posibilidad no es nueva y que históricamente la Administración desatendía, acomodada por la normativa aplicable, sus obligaciones de pago. Así lo relata BALLESTEROS MOFFA, Luis Ángel. *Inembargabilidad de bienes y derechos de las Administraciones Públicas*, Colex, Madrid, 2000, págs. 39 a 40; que destaca que el privilegio de inembargabilidad respecto de los fondos estatales consagrado en la Real Orden de 28 de febrero de 1844, fue posteriormente extendido a los municipios a través de la Real Orden de 14 de junio de 1845 estableciendo que “*se tuviese por disposición y regla general en todos los casos de la misma especie*” generalizando así la tesis de la inembargabilidad de los fondos estatales para la Administración local: “*En efecto, tal como ha subrayado Santamaría Pastor, las diferentes obligaciones presupuestarias impuestas en esta época a las Administraciones locales en orden a formar un presupuesto e incluir en el mismo todos sus gastos e ingresos, quedaron incumplidas en numerosos casos (...). Los Ayuntamientos y Diputaciones, que venían arrastrando desde hacía tiempo una muy difícil situación económica, encontraron en esta nueva disciplina presupuestaria una buena vía de escape para el impago de sus deudas. Sabedores de la imposibilidad legal de proceder a pagos no previamente presupuestados, no eran incluidas sus deudas en los presupuestos, con el fin de poder amparar así su morosidad en esta falta de previsión presupuestaria. Ante esta situación, los acreedores acudieron a la vía judicial en reclamación de sus créditos, apareciendo por doquier ejecuciones judiciales de fondos municipales o provinciales. Ello hizo aún más grave la situación financiera de los Municipios y Provincias, muchos de los cuales se vieron en la obligación de entregar sus bienes de propios a los acreedores. Fue entonces cuando el Ministerio de la Gobernación dictó la Real Orden de 21 de enero de 1845, en virtud de la cual quedaron inmediatamente suspendidas todas las ejecuciones pendientes contra fondos municipales, reiterándose, a la vez, la obligación que tenían los Ayuntamientos de incluir todas sus deudas en los presupuestos (en concepto de gastos obligatorios).*”

<sup>189</sup> MUÑOZ MACHADO, Santiago (Dir.). *Tratado de Derecho Municipal*, Tomo III, editorial Iustel, 3ª edición, Madrid, 2011, págs. 3.009 a 3.010.

En esta tesitura, un sector muy amplio de la doctrina se muestra partidario de suprimir este privilegio el cual ha sido calificado por GARCÍA DE ENTERRÍA como “*asombroso fósil medieval*”, mientras que otro sector de la doctrina justifica su pervivencia por ser una garantía de la colectividad y de los intereses públicos, aunque algunos a pesar de defender su mantenimiento han abogado por su mejora legislativa en el sentido de que dicho mantenimiento vaya parejo de la aplicación de efectivas multas coercitivas, aplicación del delito de desobediencia penal, así como el mejoramiento de las técnicas presupuestarias para hacer efectivo el pago<sup>190</sup>.

Ante ello, por tanto, la cuestión a plantearse es si el ordenamiento jurídico debería amparar esta situación, que actualmente está amparando y que ha sido tradicionalmente objeto de visiones controvertidas<sup>191</sup>, ante lo que manifestamos que nos hallamos ante una circunstancia que debería ser objeto de revisión profunda por parte del legislador a fin de aunar lo determinado por la jurisprudencia constitucional con el establecimiento de un régimen legal más controlador de la actuación administrativa y del cumplimiento de sus obligaciones de pago. En la actualidad, ha

---

<sup>190</sup> Para un detallado análisis de las opiniones doctrinales *vid.* BALLESTEROS MOFFA, Luis Ángel. *Inembargabilidad de bienes y derechos de las Administraciones Públicas*, Colex, Madrid, 2000, págs. 345 a 349.

<sup>191</sup> Como visión contraria y desfavorable al privilegio, cabe destacar a RUIZ OJEDA, Alberto. *La ejecución de créditos pecuniarios contra entes públicos. La responsabilidad contractual de la Administración y el embargo de dinero público*, Monografías Civitas, Madrid, 1993, págs. 105 a 112; en donde realiza afirmaciones como las siguientes “*El privilegio de la inejecutabilidad de la Administración supone la quiebra del Estado de Derecho (...). El dinero público es perfectamente ejecutable, porque esa ejecución no perturba ningún servicio esencial, sino que da al dinero público precisamente el destino específico que la ley (concretada mediante sentencia ejecutoria) le asigna (...). Es inconcebible que se pretenda afirmar todavía con alcance general la inembargabilidad de los bienes y recursos públicos.*” Adicionalmente, el autor trae a colación el principio de enriquecimiento injusto de la Administración que pretende anular sus deudas por falta de crédito presupuestario, págs. 257 a 258: “*La referencia al enriquecimiento injusto, por ejemplo, por parte del TS implica la aplicación de un instituto cuya virtualidad reguladora del tráfico jurídico está reconocida en la generalidad de los sectores del ordenamiento, como la citada sentencia de 8 de febrero de 1983 hacía notar, y en el Derecho administrativo mismo. Al enriquecimiento injusto hicieron referencia LAFERRIÈRE y WALINE para combatir el postulado de la nulidad de obligaciones administrativas sin cobertura presupuestaria; tal afirmación “serait unique, et d’ailleurs impossible juridiquement, (...): c’est que le particulier qui fait des travaux ou fourni des marchandises ou des services à l’Etat resterait créancier quasi-contractuel de celui-ci. Il serait en droit de soutenir que, même en admettant que le marché qu’il a passé soit nul comme ayant été signé par le ministre au-delà de ses pouvoirs, l’Etat leui en droit le prix, parce que l’entrepreneur ou fournisseur a géré ses affaires, ou encore parce que ses travaux, ses services, ses fournitures out procuré à l’Etat un enrichissement sans cause. Il est contraire à l’équité qu’une personne quelconque, même l’Etat, s’enrichisse sans cause aux dépens d’autri.*” Debiéndose de tener en cuenta que es un estudio de la materia que tuvo el posterior desarrollo jurisprudencial que se ha explicado en el cuerpo del trabajo y, por tanto, son manifestaciones contrarias al privilegio pero también descontextualizadas o temporalmente lejanas respecto del momento actual, pero sin embargo interesantes.

sido el propio Estado que ha arbitrado recientemente un sistema de pago de sentencias judiciales firmes a través de Fondos estatales, lo cual permitirá que las EELL puedan controlar y poner al corriente de pagos deudas antiguas<sup>192</sup>.

Sin perjuicio de ello y de que cabe valorarlo muy positivamente, todo parece indicar que se trata de una medida temporal o transitoria (por la experiencia que tiene nuestro ordenamiento en materia de fondos, que han venido tradicionalmente a dar solución transitoria a problemáticas diversas como ha sido el caso, entre otros, del Fondo de Financiación de Pago a Proveedores<sup>193</sup>), aunque si se prolongara en el tiempo

---

<sup>192</sup> Se trata de la Ley Orgánica 6/2015. En su Disposición Final Primera, relativa a “*Financiación de la ejecución de sentencias firmes por parte de las Entidades Locales*”, y cuyo literal es el siguiente: “1. En los supuestos de ejecución de sentencias firmes de los Tribunales de Justicia, las entidades locales podrán incluir las necesidades financieras que sean precisas para dar cumplimiento a las obligaciones que se deriven de las mismas, en los compartimentos Fondo de Ordenación o Fondo de Impulso Económico, del Fondo de Financiación a Entidades locales, si se encuentran en las situaciones descritas en los artículos 39 o 50 del Real Decreto-ley 17/2014, de 26 de diciembre, de medidas de sostenibilidad financiera de las Comunidades Autónomas y Entidades locales y otras de carácter económico, siempre que se justifique la existencia de graves desfases de tesorería como consecuencia de aquella ejecución. A estos efectos se entenderá por entidad local la Administración General de la misma, y el resto de entidades, organismos y entes dependientes de aquélla, incluidos en el sector Administraciones Públicas, subsector Corporaciones Locales, de acuerdo con la definición y delimitación del Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea. 2. Las necesidades financieras citadas en el apartado anterior se incluirán en los compartimentos del Fondo de Financiación a Entidades Locales en los términos que acuerde la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, y, en su caso, deberán recogerse en los planes de ajuste que acompañen a las solicitudes de adhesión. 3. Las entidades locales que se acojan a la medida regulada en esta disposición están obligadas a dotar en el proyecto de presupuesto general del ejercicio 2016 el Fondo de Contingencia de ejecución presupuestaria por una cuantía equivalente al 1 por ciento de sus gastos no financieros con el fin de atender posibles obligaciones de pago derivadas de futuras sentencias firmes que dicten los Tribunales de Justicia o necesidades imprevistas e inaplazables. El cumplimiento de este requisito es condición necesaria para la adhesión a los compartimentos del Fondo de Financiación a Entidades Locales.” Se trata, por tanto, de una medida cuya articulación final depende del acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno en Asuntos Económicos y que, en todo caso, estará sujeta a la dotación anual del Fondo de Financiación de las Entidades Locales.

<sup>193</sup> Actualmente en liquidación, tanto para CCAA como EELL, según arts. 6.2 y 7.2 del Real Decreto-ley 17/2014, de 26 de diciembre, de medidas de sostenibilidad financiera de las comunidades autónomas y entidades locales y otras de carácter económico. Fue creado por el Real Decreto-ley 7/2012, de 9 de marzo, por el que se crea el fondo para la financiación de los pagos a proveedores; y fue objeto de tres fases sucesivas llegando a movilizar un total de 41.000 millones de euros, lo que permitió inyectar liquidez al sector privado o proveedores de las Administraciones Públicas, así como a reducir la morosidad de éstas y al sostenimiento de sus servicios públicos fundamentales. Finalmente, y como medida extraordinaria que era y haberse considerado por parte del Gobierno que el fondo ya había cumplido su finalidad, se acordó que la Administración General del Estado se subrogara en sus activos como paso previo a su extinción que fue acordada mediante Ley 13/2014, de 14 de julio, de transformación del fondo para la financiación de los pagos a proveedores. En puridad, esta Ley acuerda la liquidación del fondo referido a través del nuevo Fondo para la Financiación de Pagos a Proveedores 2, sin personalidad jurídica, el cual terminaría su vigencia cuando se hubiere producido dicha liquidación (en este sentido, su art. 8 disponía: “1. Se extingue y liquida el Fondo para la Financiación de los Pagos a Proveedores. 2. La liquidación tendrá lugar

sería lo ideal, ante lo que cabría abordar la cuestión a nivel normativo y establecer un régimen concreto.

Hallar una solución legal a la cuestión de la inactividad de las Administraciones Públicas ante obligaciones pecuniarias que tengan pendientes sería la vía idónea, y que evitaría la acumulación de pronunciamientos judiciales, como el analizado del TS en el caso del Instituto Catalán del Suelo, que podrían llegar a ser desiguales y conllevar elevadas dificultades prácticas<sup>194</sup>. Además de que debería ser evitable esperar a que sean los tribunales los que, por la vía jurisprudencial, tengan que crear una doctrina en la materia, con el tiempo que ello puede suponer y la frustración de los intereses de los acreedores que conllevará en todo caso.

En definitiva, la STC 166/1998 no altera, sino que mantiene, el denominado “*privilegium fisci*”, por lo que el dinero o recursos financieros de las EELL siguen escapando del alcance de la ejecución administrativa y del embargo judicial, tal y

---

*por la integración de todos los derechos y obligaciones del Fondo para la Financiación de los Pagos a Proveedores en la Administración General del Estado a través del Fondo para la Financiación de los Pagos a los Proveedores 2, salvo las obligaciones derivadas de operaciones de endeudamiento y la tesorería que se integran directamente en la Administración General del Estado en los términos previstos en el artículo 9. Esta integración tiene lugar en unidad de acto en el momento de entrada en vigor de esta Ley a favor de la Administración General del Estado quien le sucede universalmente en todos sus derechos y obligaciones.”). Finalmente, la referida Ley 13/2014 fue derogada por el RDLFF (disposición derogatoria única) porque el mismo creó el compartimento “Fondo en liquidación para la Financiación de los Pagos a Proveedores” en el que se adscribían las operaciones de crédito vigente a la entrada en vigor del RDLFF y formalizadas por CCAA y EELL con cargo al extinto Fondo para la Financiación de los Pagos a Proveedores 2.*

<sup>194</sup> Por ejemplo, lo sucedido a raíz de la Sentencia de la Sala Contenciosa-Administrativa (Secc. 4) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 40094/2010, de 26 de abril, en el recurso contencioso-administrativo núm. 1426/05 interpuesto por el Servicio Andaluz de Salud contra la Dirección General de Tributos de la Comunidad de Madrid; en la que, en ocasión del embargo de saldo de cuentas bancarias titularidad de la primera acordado por la segunda, el Tribunal Superior de Justicia acabó entendiendo que, por un lado, la normativa autonómica aplicable reconoce a la Comunidad de Madrid la prerrogativa de acudir a la vía de apremio para el cobro de sus ingresos (*ex* Ley 9/1990, de 8 de noviembre, reguladora de la Hacienda de la Comunidad de Madrid, art. 28) y que, por otro lado, ello sin perjuicio de que la normativa andaluza impida aplicar el apremio para seguir las obligaciones de la Comunidad Autónoma (*ex* la entonces vigente Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, art. 26.1); sobre cuya base el Tribunal desestima el recurso y añade que (F.J. 4): “*Por lo tanto, pudiera ser que nos encontráramos ante una colisión de normas autonómicas pero el principio especial de embargabilidad de determinados bienes hace que la cuenta embargada al no aparecer afecta al servicio público sea susceptible de la diligencia recurrida y por ello procede desestimar el presente recurso.*” Afirmaciones de este tipo deberían evitarse en nuestro ordenamiento jurídico, toda vez que generan confusión en todos los sentidos, tanto como respecto a la doctrina establecida por el interprete supremo de la CE, como por parte de las entidades bancarias que, en su voluntad de acatar las decisiones judiciales, puedan verse compelidas a ejecutar fallos cuyos fundamentos jurídicos sean cuestionables.

como ha sido tradicionalmente; y, además y con la novedad de que, dentro de este “*privilegium fisci*” se han añadido los bienes patrimoniales materialmente afectados a un uso o servicio público; siendo compartido por parte de la doctrina que, sin perjuicio de ser una Sentencia recaída sobre un asunto de ámbito local, sus conclusiones son extensibles al ámbito estatal y autonómico<sup>195</sup>.

Llegados a este punto, conviene plantear cuál es la situación de la entidad bancaria acreedora de un producto de activo que tenga concedido a una Administración Pública o entidad pública dependiente de la misma, y que esté en situación de impago. La vía ordinaria habitual privada, consistente en exigir el pago en vía extrajudicial primero y en vía judicial después, no funciona del todo. En este caso, sólo se podría intentar la exigencia en vía extrajudicial pero, en caso que el cliente público siguiera sin atender al pago, resulta que la entidad bancaria acreedora no podría iniciar un procedimiento judicial para conseguir el embargo de las cuentas del cliente público con saldo suficiente, porque esto sería contrario con el beneficio de la inembargabilidad.

Al respecto, es importante notar que la imposibilidad de poder solicitar un embargo de cuentas del cliente público deriva del tipo de deuda, esto es, un crédito dimanante de un contrato bancario. Sin embargo, según se ha explicado, cuando la deuda sea un tributo pendiente de pago de parte de una Administración pública a favor

---

<sup>195</sup> Así lo recoge MESEGUER YEBRA, Joaquín. *La quiebra de la inembargabilidad de los bienes patrimoniales de la Administración Pública*, Bosch Biblioteca Básica de Práctica Procesal, Barcelona, 2001, págs. 24 a 25. En cambio, BERMEJO VEGA, José. *Derecho Administrativo. Parte Especial*, editorial Thomson Civitas, 7ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2009, pág. 373; manifiesta que “*la LPAP ha perdido la oportunidad de regular el privilegio de la inembargabilidad con carácter general para todos los bienes y derechos patrimoniales. Resulta sorprendente que el artículo 30.3, que lo adapta a la doctrina constitucional, no tenga carácter general ni básico de acuerdo con la Disposición final 2ª (...). Por eso, la restricción del privilegio de la inembargabilidad se limita al ámbito del Patrimonio del Estado (artículos 30.3 LPAP y 23 LGP) y al patrimonio de las Entidades locales (artículo 173.2 TRLHL). Algunas leyes de patrimonio autonómicas siguen, por contraste, extendiendo el privilegio de inembargabilidad de los bienes patrimoniales con carácter absoluto, sin tener en cuenta la doctrina constitucional derivada de la STC 166/1998 (como la Ley de Patrimonio de Aragón de 2000, artículo 44).*” Cabe añadir que el artículo 44 de la Ley de Patrimonio de Aragón de 2000 establecía que “*Los bienes patrimoniales de la Comunidad Autónoma de Aragón son inembargables, no pudiendo dictarse sobre los mismos, ni sobre sus frutos, rentas o productos, providencia de embargo, ni despacharse mandamiento de ejecución, siendo de aplicación, por lo demás, lo establecido en la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón y disposiciones concordantes.*” Aunque la posterior Ley de 2011 limitaba el privilegio a los bienes patrimoniales (a los que denomina “*bienes de dominio privado*”) afectos, al igual que el vigente Decreto Legislativo de 2013 aunque añade “*bienes y derechos de dominio privado*”.

de otra, en estos casos la ley permite aplicar el procedimiento de apremio para la cobranza del crédito. Consiguientemente, no se puede negar que la posición de la entidad de crédito acreedora queda más que perjudicada dentro del ordenamiento jurídico, y en términos comparativos con la posición que tiene la Administración pública.

En base a cuanto antecede se puede apreciar, más si cabe, otra particularidad de la contratación bancaria por parte de las Administraciones Públicas y que sus fondos o dinero están amparados por el privilegio de la inembargabilidad. Es, como se ha dicho, un verdadero privilegio cuya supervivencia viene de antiguo<sup>196</sup> y que todo indica a que

---

<sup>196</sup> Desde una perspectiva histórica, es de relevancia la magnífica exposición de MARTÍNEZ CALVO, Juan. *La morosidad del sector público en el cumplimiento de sus obligaciones*, editorial Civitas Thomson Reuters, 1ª edición, Pamplona, 2012 (págs. 646 a 648); quien sitúa al punto de partida de privilegio en la Real Orden de 28 de febrero de 1844, de alcance estatal en donde se consagraba que no era competencia de los tribunales ejecutar el cobro de los créditos, aunque sí lo era su enjuiciamiento, trasladándose la misma idea más tarde a los municipios a través del Real Decreto de 12 de marzo de 1847. Igualmente, es de absoluto interés la introducción histórica ofrecida por BALLESTEROS MOFFA, Luis Ángel. *Inembargabilidad de bienes y derechos de las Administraciones Públicas*, Colex, Madrid, 2000, págs. 27 a 29; en donde afirma que, originariamente, el privilegio nació para proteger los fondos estatales y a fin de que no quedasen “*desatendidas y abandonadas las atenciones públicas más privilegiadas y perentorias*” en los términos de la Real Orden de 28 de febrero de 1844. Aunque el autor justifica pormenorizadamente que, detrás de la consagración del privilegio, había la intención de evitar que el poder judicial controlara al administrativo y, por ende, el destino de sus propios fondos: “*Tal y como ha estudiado Santamaría Pastor, esta prerrogativa surgió en un contexto histórico muy determinado, en el que todos los esfuerzos estaban dirigidos a justificar y conseguir la exención judicial de la Administración. En palabras literales de este autor, podría decirse que, tras la etapa progresista del general Espartero (1840-1843), existía una “auténtica obsesión por justificar la independencia recíproca de ejecutivo y judicial, pero cargando claramente las tintas a favor del primer término del binomino.*”. A lo que añade: “*Esta tendencia que habría que culminar con la aparición de la Administración pública tal como hoy se nos presenta, y por ello con el resurgimiento del Derecho administrativo, adoptó perfiles obsesivos cuando la identidad de la Administración pretendió obtenerse a través de la constatación de su independencia respecto al poder judicial. Los argumentos y causas teóricas a favor de una exención judicial de la Administración aparecieron por doquier (...). De entre estas razones doctrinales, en general diversas y variopintas, sobresale la que hacía referencia al entorpecimiento que sufría la acción administrativa como consecuencia de la constante y habitual intervención de los órganos judiciales desde el momento en que aquélla daba lugar a contiendas jurídicas. Dado el sistema de distribución de poder diseñado por los constituyentes de Cádiz entre asuntos gubernativos (competencia de la Administración) y asuntos contenciosos (propios de los Tribunales ordinarios), y reproducido en similares términos a la muerte de Fernando VII, la intervención judicial en el campo de la Administración era un hecho siempre que se planteara un conflicto jurídico. No es de extrañar, por tanto, la descripción como prácticamente caótica que de esta situación se hacía por los autores de la época, teniendo en cuenta la grave limitación que para la acción administrativa debía suponer la presencia de los Tribunales ordinarios siempre que algún particular decidiese oponerse a la misma.*” Finalmente, el mismo autor aclara que hubieron otras influencias en la aparición del privilegio (pág. 34): “*El que fuesen estas concretas circunstancias políticas e institucionales el verdadero móvil del privilegio de inejecución de fondos públicos no quiere decir, por otra parte, que no se dieran también otras causas secundarias que coadyuvaran a la aparición de este principio en nuestro Derecho. El fenómeno desamortizador, en concreto, unido al deseo por sanear la Hacienda pública supusieron, en efecto, dos importantes factores añadidos.*”

permanecerá en nuestro ordenamiento jurídico *a futuro*, sin perjuicio de los matices que pueda recibir, como ha sido a través de la tantas veces aludida en este apartado STC 166/1998 y que se valora positivamente su aportación; pero está fuera de cualquier discusión de que nos hallamos ante una verdadera autotutela como apunta BALLESTEROS<sup>197</sup> en lo relativo al uso y administración del dinero público que, únicamente su titular o propietario público, puede decidir, a diferencia de lo que sucede con sujetos sometidos al Derecho privado los cuales pueden ver como sus fondos o dinero son embargados por parte de sus acreedores en caso de impago de sus deudas en base al principio de responsabilidad patrimonial universal de todo deudor (*ex artículo 1911 CC*).

Ante esta potestad exorbitante, como corolario de lo anterior, se llega a la conclusión de que, por un lado, la protección del dinero público se ha configurado en términos absolutos y ello conlleva que en todo caso este dinero será no embargable y, por otro lado y como consecuencia de lo anterior, se puede afirmar que no queda garantizada la satisfacción del interés de otras partes en cobrar sus créditos de las Administraciones Públicas.

### **3. EL PATRIMONIO PÚBLICO**

#### **3.1. Introducción**

Una vez analizado el tratamiento específico del dinero público, procede a continuación analizar el correspondiente a los bienes que son titularidad de las Administraciones Públicas. Ello sin perjuicio de todo cuanto ya se haya anticipado en el apartado precedente, en ocasión del análisis del artículo 23.1 LGP y de que los bienes y derechos patrimoniales afectos al servicio público no pueden ser embargados.

---

<sup>197</sup> Así lo confirma en su tesis doctoral BALLESTEROS MOFFA, Luis Ángel. *Inembargabilidad de bienes y derechos de las Administraciones Públicas*, Colex, Madrid, 2000, pág. 20: “*Detrás de esta exención de embargo –aunque quizá habría que referirse a la misma en plural- se encierra una auténtica prerrogativa administrativa, desde el momento en que lo declarado inembargable a partir de ella es en exclusiva atención a la titularidad pública, lo que determina para los sujetos públicos beneficiarios la absoluta exoneración de la medida ejecutiva por antonomasia –como es la que incide sobre los bienes patrimoniales del ejecutado- generando así, como ningún otro supuesto de inembargabilidad lo hace, una grave quiebra en derechos tan fundamentales para un Estado de Derecho como son, por ejemplo, el de la tutela judicial efectiva o la seguridad jurídica. Como contrapartida, y en contraste a tal planteamiento, parecen entrar en juego otros elementos favorables, como serían, prima facie, la continuidad de los servicios públicos, la legalidad presupuestaria, o la misma teoría de la separación de poderes.*”

Pues bien, ante todo cabe partir precisamente de esta premisa, y es que los bienes patrimoniales únicamente se podrán embargar y, por tanto, dar en garantía en el marco de una financiación bancaria, si los mismos no están afectos a un servicio público. En cambio, en caso de hallarse afectos, los mismos son bienes que la estudiada LPAP impide que se ofrezcan como garantía a la entidad bancaria acreedora.

Así las cosas, la entidad financiera deberá de realizar las indagaciones y averiguaciones oportunas frente a su cliente público, tales como petición de información y detalle de la naturaleza jurídica del bien patrimonial, antes de aceptarlo como bien dado en garantía de una determinada operación financiera. Esta cuestión no es baladí, y es que por ser práctica habitual, la mayoría de las operaciones bancarias requieren del otorgamiento de garantías para que la entidad bancaria pueda aprobar la operación solicitada. El hecho que las Administraciones Públicas que tienen patrimonio bienes inmuebles patrimoniales, pero no pueden ofrecerlos en garantía de las operaciones, presenta una doble limitación: (i) por un lado, para la entidad financiera, la cual se halla ante una situación al menos diferente a la que está acostumbrada a encontrarse con clientes sometidos a Derecho privado, y es que en esta ocasión su cliente público tiene bienes, además muchos de ellos con notable valor económico, pero que son inservibles a estos efectos, y no sólo esto sino que dado un eventual supuesto de impago respecto del cliente público frente al banco, éste no podrá en ningún caso solicitar embargo de estos bienes o patrimonio de que es titular el cliente público, toda vez que estos bienes están afectados a un servicio público y, consiguientemente, protegidos por ley; y (ii) por otro lado, para el propio cliente público que puede tener necesidades de financiación, al no poder contar con autofinanciación en todo o en parte, y que al acudir al sector financiero a buscarla éste, por ser práctica habitual como se ha comentado, le haya requerido la aportación de garantías, circunstancia que es altamente incómoda para el cliente público ya que, en primer lugar, no puede dar en garantía sus saldos bancarios porque éstos gozan del estudiado *privilegium fisci* y, en segundo lugar, porque el patrimonio del que dispone, y que puede haber adquirido por vías muy diversas, puede estar afectado a un servicio público motivo por el que no lo puede dar en garantía porque le resulta un patrimonio indisponible a estos efectos.



Sin perjuicio de todo ello, ésta ha sido la voluntad del legislador, proteger a toda costa el interés público o interés general, que es al que debe servir en todo momento y en todo caso el sector público, tal y como consagra nuestra CE en su artículo 103.1. Por tanto y *a sensu contrario*, el cliente público únicamente podrá ofrecer a la entidad bancaria, en garantía de las operaciones de financiación que se pretendan conseguir, bienes patrimoniales que no se hallen afectos a ningún servicio público, *ergo*, debe tratarse de bienes patrimoniales que consten en el inventario del cliente público y que no tengan encomendada función ni servicio público de ningún tipo. En definitiva, deberá tratarse de bienes que tenga el cliente público en propiedad pero a los que no les dé ninguna finalidad pública, digamos por tanto que se tratará de bienes que la Administración se limita a ser su propietario y a gestionarlos y administrarlos. Ejemplos de este tipo de bienes podrían ser propiedades adquiridas por sucesión hereditaria, así como también aquellas adquiridas fruto de procesos de transformación urbanística y que han consistido en la parte proporcional de aprovechamiento urbanístico que correspondía a la Administración actuante.

### **3.2. Tipología y régimen jurídico**

Atendiendo al reparto competencial vigente en el Estado español, la cuestión relativa al patrimonio de las Administraciones Públicas se configura como una competencia estatal básica en el artículo 149.1.18ª CE dentro del *concepto* “*bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas*”. Por ello, en el ámbito estatal, cabe acudir a la LPAP en cuyo artículo 4.1 se realiza la clasificación entre bienes de dominio público o demaniales, y bienes de dominio privado o patrimoniales; siendo estos segundos los que son objeto de interés a efectos del presente estudio.

Para mayor detalle, es el artículo 7 de la LPAP el que define los bienes patrimoniales, y el artículo 8 el que enumera los principios que les resultan de aplicación. Todo ello en contraposición con los artículos 5 y 6 de la misma LPAP en donde se hace lo propio en relación con los bienes de dominio público o demaniales. Respecto de estos últimos, es oportuno formular una sucinta referencia ya que ello resultará de utilidad posteriormente en los términos que se explicará, a efectos meramente discursivos y de contextualización para la presente tesis en la medida que

ha sido una materia ampliamente estudiada por la doctrina en obras como la de PAREJO<sup>198</sup>.

### 3.2.1. Bienes demaniales

La naturaleza y estudio de los bienes demaniales se ha incardinado tradicionalmente en el análisis y configuración de la teoría del dominio público cuyos orígenes se remontan al Derecho romano y a la época medieval, aunque la más directa influencia histórica la ha recibido la teoría actual de la tradición francesa derivada del Código Civil de 1804. Luego, si bien se mantuvo la división de los bienes públicos entre los de dominio público y los que configuraban el patrimonio del ente público respectivo, fue en la Ley de Aguas de 1866 donde se utilizó por primera vez la expresión “*dominio público de la Nación*” en referencia a la titularidad pública, de la comunidad, en contraposición a la expresión del “*patrimonio privado del Estado*” que era los bienes atribuidos exclusivamente al Estado como personalidad gobernante de dichos bienes. La referida Ley de Aguas ya estableció que los bienes demaniales en ningún caso podían ser abandonados por la sociedad al interés o a la codicia individual sin ocasionar grandes perturbaciones al interés público<sup>199</sup>.

Nuestro CC contiene una regulación en la materia que ha sido objeto de estudio y críticas por parte de la doctrina como ha expresado ÁLVAREZ-GENDÍN<sup>200</sup>, ante lo que es

---

<sup>198</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano y PALOMAR OLMEDA, Alberto (Dirs). *Derecho de los Bienes Públicos*, Volúmenes 1 y 2, editorial Thomson Reuters Aranzadi, 2ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2013.

<sup>199</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, JULIO V. en “*La titularidad de los bienes del dominio público*”, Marcial Pons, Madrid, 1998, págs. 24-30.

<sup>200</sup> Se trata del artículo 339 del CC cuyo tenor es el siguiente: “*Son bienes de dominio público: 1.º Los destinados al uso público, como los caminos, canales, ríos, torrentes, puertos y puentes construidos por el Estado, las riberas, playas, radas y otros análogos. 2.º Los que pertenecen privativamente al Estado, sin ser de uso común, y están destinados a algún servicio público o al fomento de la riqueza nacional, como las murallas, fortalezas y demás obras de defensa del territorio, y las minas, mientras que no se otorgue su concesión.*”. Sobre esta regulación, ÁLVAREZ-GENDÍN, Sabino. *El dominio público. Su naturaleza jurídica*, editorial Bosch, 1ª edición, Barcelona, 1956, págs. 49 a 50; ha apuntado que “*Y volviendo a nuestro Código Civil diremos que su artículo 339 no es muy perfecto en su redacción (...). El concepto privativo debiera referirse a los patrimoniales, por ser éstos, como los propios de particulares, regidos por el Código Civil, aunque para su enajenación tengan alguna trabaja, verbi gracia, la exigencia de subasta, según la cuantía, de los que la Administración pretenda enajenar*”. Además, también se refiere al artículo 344 del CC diciendo que “*El art. 344 del mismo Código llama a los bienes de las provincias y de los pueblos como los caminos provinciales, plazas, calles, fuentes públicas, paseos y obras públicas de servicio general, de ‘uso público’, cuando debiera decir de ‘dominio público’ si bien de la Provincia, como Corporación pública, o de l Municipio, pues tienen la misma consideración jurídica que los de dominio público del Estado; omisión que deriva de transcribir o de tener como modelo el art. 432*

más indicado hacer directa referencia a la caracterización que, para los bienes demaniales o de dominio público<sup>201</sup>, realiza el artículo 6 de la vigente LPAP:

- a) Inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad.
- b) Adecuación y suficiencia de los bienes para servir al uso general o al servicio público a que estén destinados.
- c) Aplicación efectiva al uso general o al servicio público, sin más excepciones que las derivadas de razones de interés público debidamente justificadas.
- d) Dedicación preferente al uso común frente a su uso privativo.
- e) Ejercicio diligente de las prerrogativas que la presente Ley u otras especiales otorguen a las Administraciones públicas, garantizando su conservación e integridad.
- f) Identificación y control a través de inventarios o registros adecuados.
- g) Cooperación y colaboración entre las Administraciones públicas en el ejercicio de sus competencias.

---

*del viejo Código Civil italiano. [aclarando aquí el autor, en nota a pie de página, que “La denominación demaniale para los italianos se refiere al dominio público. Para los bienes de dominio privado o del Estado de la doctrina francesa usan la de ‘patrimoniales’]. Unos y otros son disfrutados, generalmente, por todo el mundo, con sujeción a las leyes, reglamentos y ordenanzas municipales (para los de los pueblos), y a unos y a otros se les aplica la inalienabilidad y la imprescriptibilidad y las demás notas características del dominio público. Incurre el párrafo primero del referido artículo, en el error de contraponer sólo los bienes de uso público a los patrimoniales a consecuencia del equívoco terminológico observado en el art. 343 que dice que los bienes de las provincias y de los pueblos se dividen en bienes de uso público y bienes patrimoniales, como si no hubiesen bienes de dominio público de la Administración local que no son de uso público.”*

<sup>201</sup> En la LPAP se definen como bienes que “siendo de titularidad pública, se encuentren afectados al uso general o al servicio público, así como aquellos que una ley otorgue expresamente el carácter de demaniales” (art. 5.1) y luego concreta que “Son bienes de dominio público estatal, en todo caso, los mencionados en el artículo 132.2 de la Constitución” (art. 5.2) así como también “Los inmuebles titularidad de la Administración General del Estado o de los organismos públicos vinculados a ella o dependientes de la misma en que se alojen servicios, oficinas o dependencias de sus órganos constitucionales del Estado” (art. 5.3). A su vez, el referido artículo 132.2 de la CE dispone que “Son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental.”

Las características de los bienes demaniales refuerzan precisamente la efectividad y aseguramiento de su finalidad, que no es otra que servir al interés público<sup>202</sup>, finalidad que viene de antiguo y que así se ha ido manteniendo a lo largo de los siglos en nuestro Derecho<sup>203</sup>. Consiguientemente, las características enumeradas son todas coherentes y congruentes con ello. En puridad, se podría afirmar que se trata de bienes blindados que ya no participan del concepto tradicional de propiedad civil ni de las facultades que la misma conlleva<sup>204</sup>, sino que son una suerte de patrimonio especial e impropio

---

<sup>202</sup> SALA ARQUER, José Manuel. *En torno al concepto de límites normales de la propiedad en Derecho público*, editorial Escuela Nacional de Administración Pública, 1ª edición, Madrid, 1976, pág. 61; en donde reconoce que “cuando la Administración decide que el destino de un bien determinado es relevante para el interés público, que ha de servir a un interés público, procede a su afectación en el sentido más estricto y preciso de la palabra, transformándolo en un bien de dominio público.”

<sup>203</sup> Como referencia histórica, resulta de notable interés la obra de ÁLVAREZ-GENDÍN, Sabino. *El dominio público. Su naturaleza jurídica*, editorial Bosch, 1ª edición, Barcelona, 1956, pág. 5; en donde inicia su exposición manifestando que el CC “no determina las circunstancias jurídicas del dominio público como lo hace alguna Ley extranjera (...) Por eso el Profesor Castán censura esta eficiencia del Código Civil”, y luego en pág. 6, basándose en el Derecho histórico y refiriéndose al acervo de la costumbre del Derecho público de algunos textos legislativos y doctrina que construyó, aclara de entrada que “Cualquier persona que utilice el dominio público lo hace a título general o público, jamás a título privado; de suerte que no puede dar ocasión a que se ejercite la usucapión, por cuya circunstancia nadie puede ceder lo que no es suyo, ni el órgano de la persona jurídica titular del dominio público, lo que es de todos, aunque a efectos administrativos y de conservación se confiere el atribuir la propiedad, el dominio, a una persona de Derecho público”. Luego, en pág. 13, haciendo un repaso de la regulación contenida en la materia en las Leyes de Partidas, el Fuero Juzgo, la Novísima Recopilación y algunas normas locales, hace hincapié en que “La propiedad pública en un principio se atribuía a la Corona –propiedad real- aunque este concepto tuviese un sentido institucional, pero carente de idea democrática; en cambio la de los pueblos no se encarnaba en persona individual alguna.”. El mismo autor cita a la doctrina no patria del siglo XIX que es muy elocuente al respecto en pág. 23: “Y comenta MACCARELL: ‘Nadie está, pues autorizado a llamarse propietario; a tal respecto la prescripción misma no podría prevalecer y –agrega- estos ríos y riberas no son susceptibles de enajenación porque están fuera del comercio (C.C. 1.598). En el dominio nacional comprende BATBIE, el dominio público, el dominio de la Corona y el dominio privado del Estado. El primero afectado a un servicio público, y que gozan los ciudadanos *uti singuli*; el segundo es el afectado a la dotación del Jefe de Estado; el tercero lo constituyen las propiedades que producen rentas y que se disfrutan como las de cualquier propietario. Para Batbie el dominio público es inalienable e imprescriptible, como todas las cosas que están fuera de comercio (art. 2.226 Cód. Napoleón), en tanto que el dominio privado es enajenable en las condiciones determinadas por la Ley y prescriptible como los bienes de particulares (art. 2.227, Cód. Nap.). (...). El dominio público para LAFERRIÈRE ‘es aquel sobre el cual –el Estado- ejerce un poder de administración, vigilancia, conservación, policía, jurisdicción en interés de todos, a fin de que cada uno pueda gozar libremente’, diferenciándolo del dominio del Estado propiamente dicho, que es como el de todo propietario, y su gestión es la que se tiene a título de propiedad, de donde se difiere la aplicación de la competencia administrativa o la judicial.” El mismo autor trae la colación la doctrina patria como COLMEIRO que proclamaba la doctrina de la desafectación de este modo en págs. 26 a 27: “Es consecuencia rigurosa de los principios sentados en tales bienes como éstos no se hallen en comercio general, ni pueden por lo mismo ser adquiridos por prescripción. Tampoco puede el Gobierno enajenarlos, primeramente porque son una propiedad nacional y en segundo lugar porque la suma movilidad de las necesidades del Estado es un obstáculo a todo abandono definitivo.”

<sup>204</sup> Al respecto, el artículo 348 del CC define a la propiedad como “el derecho a gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes”, en el sentido que el propietario

que, en todo caso, ostenta un carácter instrumental para permitir a las Administraciones Públicas poder cumplir sus finalidades y, por tanto, suponen una parte de los medios materiales y de soporte de que disponen aquellas para el cumplimiento de tales fines.

Indiscutiblemente, respecto de los bienes demaniales ha sido el legislador el que conscientemente ha optado por excluirlos del tráfico patrimonial y crear esta suerte única e incomparable de bienes, por este motivo diferentes y privilegiados<sup>205</sup>, cuya justificación no puede ser otra que la salvaguarda de los derechos de la colectividad. En este sentido, se deberá justificar convenientemente la desafectación de un bien demanial como ya indica SALA ARQUER<sup>206</sup> sobre la base de los motivos previstos legalmente y de manera totalmente justificada toda vez que la desafectación siempre debe ser expresa, siempre y cuando dichos bienes hayan dejado de ser necesarios para el interés público y ya no desempeñen una función pública. Hecha la desafectación, el bien en cuestión pasa a ostentar la condición de bien patrimonial. Asimismo, también está prevista la posibilidad legal de alterar el concreto destino público de un bien o derecho del Patrimonio del Estado, afectándolo simultáneamente a otro uso general, fin o servicio público, lo que se denomina “*mutación demanial*”<sup>207</sup>.

---

puede usar y vender la cosa de su propiedad; lo que no sucede con los bienes demaniales ya que, si bien es cierto que se pueden utilizar para el fin o servicio público correspondiente, los mismos son indisponibles. Es cierto que el artículo citado del CC es una reminiscencia del Código de Napoleón y, a su vez, del precedente derecho romano, y que el mismo actualmente debe de ser entendido en el contexto y normativa actual, y sin perjuicio de la función social del derecho de propiedad consagrada constitucionalmente (*ex art. 33.2 de la CE*); aunque no es menos cierto que incluso el concepto actual de derecho de propiedad no encaja con el derecho de propiedad que supone el de los bienes demaniales respecto de sus titulares del sector público.

<sup>205</sup> Sobre el carácter especial y privilegiado de los bienes demaniales cabe referir nuevamente ÁLVAREZ-GENDÍN, Sabino. *El dominio público. Su naturaleza jurídica*, editorial Bosch, 1ª edición, Barcelona, 1956, pág. 41; en donde manifiesta taxativamente que “*El dominio público es, en suma, una forma de propiedad especial privilegiada de los entes públicos, afectada a la utilidad pública, a un servicio público o al interés nacional y entre tanto no sujeto a la inalienabilidad o imprescriptibilidad como la propiedad privada, y aun favorecido por otras notas.*”. Luego, en pág. 34, invocando la caracterización de las cosas públicas según MAYER, recuerda que este autor las consideraba sometidas a un régimen privilegiado que debía establecerse restrictivamente.

<sup>206</sup> SALA ARQUER, José Manuel. *La desafectación de los bienes de dominio público*, editorial Instituto Nacional de Administración Pública, 1ª edición, Madrid, 1980, págs. 17 a 20.

<sup>207</sup> En los arts. 69 a 70 de la LPAP se regula la desafectación de los bienes y derechos de dominio público; y en los arts. 71-72 la mutación demanial.

Entre las distintas características de los bienes demaniales, antes enumeradas, revierte especial trascendencia la de ser bienes y cosas inembargables en el sentido que las mismas no se podrán, en ningún caso, sujetar como garantía (hipoteca, prenda, etc.), por lo que son bienes irrelevantes para el comercio y, por ello, se dice que están fuera del comercio<sup>208</sup> y los mismos no sirven para los negocios ni para ser considerados como bienes con valor económico pues los mismos, al no ser enajenables ni embargables, no se les puede atribuir valor económico alguno. Dada esta particularidad, aunque habitualmente todos los bienes son susceptibles de ser gravados con derechos reales, en ocasiones el interés primordial es público lo que provoca que, al no existir en el bien un interés particular predominante, el ordenamiento jurídico lo separa del tráfico jurídico normal, circunstancia que ha sido también estudiada por la jurisprudencia<sup>209</sup>.

Relacionado con lo anterior, la doctrina de principios del siglo XX discutió acerca de la posibilidad de imponer derechos reales sobre los bienes de dominio público a través del reconocimiento de los derechos derivados de una concesión

---

<sup>208</sup> En este sentido se ha pronunciado la doctrina. De nuevo, ÁLVAREZ-GENDÍN, Sabino. *El dominio público. Su naturaleza jurídica*, editorial Bosch, 1ª edición, Barcelona, 1956, pág. 28; apunta que “Al estar fuera de comercio para MELLADO los bienes públicos es que los considera que no pueden ser susceptibles de transmisión por venta o permuta, gravamen de carácter privado ni prescriptibles”. Y la misma idea recoge de BERTHÉLEMY quien “distinguía los bienes que pertenecen al uso de todos, por su origen o naturaleza como los cursos de aguas, o por su destino o afectación como los caminos. Decía que son porciones de territorio afectadas al uso de todos y no susceptibles de propiedad privada, y afirmaba que es preciso un régimen especial para estos bienes de dominio público, declarando la imposibilidad de propiedad privada sobre estos bienes, y que la Administración no es propietaria, pues no puede usar, abusar y gozar de la cosa, sino que ejerce su custodia. No sólo consideraba estos bienes inalienables, imprescriptibles, inembargables y no sujetos a gravamen de derechos reales, sino insusceptibles de expropiación.” Y luego afirma claramente que son bienes no hipotecables ni susceptibles de gravamen, págs. 43 a 44: “La doctrina moderna presenta, como notas o características del dominio público, las siguientes: 1.ª Inalienabilidad. 2.ª Imprescriptibilidad. 3.ª Inembargabilidad. 4.ª Inhipotecabilidad, o mejor no son hipotecables ni objeto de gravamen civil o de Derecho civil. Y 5.ª no pagan contribución.”

<sup>209</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V. *La titularidad de los bienes del dominio público*, editorial Marcial Pons, 1ª edición, Madrid, 1998, págs. 94 a 95; trae a colación la STC 227/1998 en cuya virtud “En efecto, la incorporación de un bien al dominio público supone no tanto una forma específica de apropiación por parte de los poderes públicos, sino una técnica dirigida primordialmente a excluir el bien afectado del tráfico jurídico privado, protegiéndolo de esta exclusión mediante una serie de reglas exorbitantes de las que son comunes en dicho tráfico iure privato. El bien de dominio público es así ante todo *res extra commercium*, y su afectación, que tiene esa eficacia esencial, puede perseguir distintos fines: típicamente, asegurar el uso público y su distribución pública mediante concesión de los aprovechamientos privativos, permitir la prestación de un servicio público, fomentar la riqueza nacional.” Y también la anterior STC 149/1991 en la que el TC reconoce que el carácter de bien demanial sería la última opción a escoger cuando no fuese posible lograr un procedimiento adecuado de gestión que fuese compatible con el interés particular que es necesario en todo derecho real.

administrativa: la denominada doctrina de los derechos reales administrativos. Al respecto, dicha doctrina entendía que sí pueden establecerse estos derechos reales siempre y cuando sean compatibles con la afección a la utilidad pública pero que los mismos son consustanciales al derecho de concesión y que en ningún caso conllevan que el bien demanial pierda este carácter. Algunos autores consideraron que el hecho que los bienes demaniales generaran rentas era algo improcedente<sup>210</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, a los efectos que interesa para la presente tesis, estos derechos reales administrativos no serían objeto de gravamen en el marco de una financiación bancaria con una Administración Pública ya que no es práctica habitual embargar un derecho de servidumbre toda vez que los mismos serían derechos parciales, y por tanto con valor parcial, de la concesión en cuestión y su ejecución separada de esta concesión podría resultar inviable en la práctica toda vez que, en los términos que se dirá, la concesión únicamente puede ser hipotecada pero no gravada de manera separada en cuanto a los diferentes derechos reales que contiene (sin perjuicio del gravamen de sus créditos futuros).

Dentro de esta categoría de bienes demaniales existen grupos concretos que el legislador ha considerado oportuno distinguir y otorgarles un tratamiento jurídico separado como es el caso del Patrimonio Nacional<sup>211</sup>. Sin embargo, una figura distinta

---

<sup>210</sup> Es el caso de HAURIUO, RIGAUD, MESTRE, ALIBERT, CORRADINI y PERONACI; citados por ÁLVAREZ-GENDÍN, Sabino. *El dominio público. Su naturaleza jurídica*, editorial Bosch, 1ª edición, Barcelona, 1956, págs. 53 a 66.

<sup>211</sup> Ley 23/1982, de 16 de junio, reguladora del Patrimonio Nacional. La misma considera que tienen esta calificación jurídica los bienes “*de titularidad del Estado afectados al uso y servicio del Rey y de los miembros de la Real Familia para el ejercicio de la alta representación que la Constitución y las leyes les atribuyen.*” (art. 2), añadiéndose que, cuando sea compatible con su afectación, se podrán adoptar “*medidas conducentes al uso de los mismos con fines culturales, científicos y docentes (art. 3.1.). Estos bienes se caracterizan por ser “inalienables, imprescriptibles e inembargables” y “gozarán del mismo régimen de exenciones tributarias que los bienes de dominio público del Estado, y deberán ser inscritos en el Registro de la Propiedad como de titularidad estatal.*” (art. 6.2). Este Ley fue desarrollada por el Real Decreto 496/1987, de 18 de marzo, en el que se reitera el triple privilegio de este tipo de bienes (art. 6), a la vez que se precisa que les resulta de aplicación supletoria la normativa estatal en materia de patrimonio, y a los bienes que tengan valor o carácter histórico-artístico les será también de aplicación la legislación sobre Patrimonio Histórico (art. 11). Como mención histórica, el precedente de esta Ley resulta de interés: se trata de la Ley de 7 de marzo de 1940 (BOE núm. 68 de 8 de marzo de 1940 ), que fue la primera en materia de Patrimonio Nacional, la cual manifestaba en su encabezamiento que era una ley de “*reestableciendo a la plenitud de su tradicional significación los bienes constitutivos del antiguo Patrimonio de la Corona*”, justificando en el preámbulo de la Ley que “*Los bienes constitutivos del antiguo Patrimonio de la Corona estuvieron asignados al uso y servicio del Jefe del Estado, como la más elevada representación nacional. Al modificarse ésta con la República, la Ley de veintidós de marzo de mil novecientos treinta y dos los desvinculó de su antiguo y propio destino, dándoles*

es el Patrimonio Histórico Español<sup>212</sup>, cuyos bienes de titularidad privada gozan de una protección y régimen jurídico propio y específico en cumplimiento del mandato constitucional a los poderes públicos<sup>213</sup>.

Adicionalmente, cabe poner especial énfasis en una tercera categoría de bienes que son los bienes patrimoniales afectos a un servicio público ya que, según se expondrá en el apartado siguiente, también son bienes patrimoniales aquellos que se hallan

---

*aplicaciones varias, sin sentido útil unas, partidistas y sectarias otras. Recobrada por la Jefatura del Estado la plenitud de su tradicional significación debe volver el antiguo Patrimonio de la Corona a servir en el alto fin para que fue constituido.*” En cuanto a su régimen jurídico se deja meridianamente claro que son bienes “*cuya propiedad corresponde al Estado, son inalienables e imprescriptibles, y no podrán sujetarse a ningún gravamen real, ni a ninguna otra responsabilidad. No obstante, podrán enajenarse previa autorización por Decreto acordado en Consejo de Ministros y a condición de ingresar su importe en el Tesoro o ser dedicado al saneamiento y mejora de los bienes del Patrimonio, aquellos bienes inmuebles que carezcan de valor artístico o histórico y no sean aptos, por su naturaleza y la cuantía de sus productos, para ser mantenidos en el Patrimonio.*” (art. 5). Además de para el uso de la Corona, atendida la situación histórico-política del momento, se añadía expresamente lo siguiente “*Los bienes que integran el Patrimonio Nacional quedan adscritos en la parte en que sean adecuados, al uso y servicio del Jefe de Estado y no estarán sujetos a ninguna contribución ni carga pública.*” (art. 6). Esta Ley derogó a la anterior Ley de 22 de marzo de 1932 (Gaceta de Madrid núm. 84 de 24 de marzo de 1932) en cuya virtud se declaró como Patrimonio de la República a todos los bienes propiedad de la Corona hasta el momento, con algunas excepciones. Lo curioso de esta Ley es que no atribuye a dichos bienes el carácter de inalienables e inembargables por lo que, en base al literal de su redacción, no queda claro que así fuera. De hecho, la Ley establece que los bienes del Patrimonio de la República se tenían que destinar principalmente a fines de carácter científico, artístico, sanitario, docente, social y de turismo “*sin perjuicio del rendimiento económico que puedan proporcionar*” (art. 4) y más adelante alude expresamente al que el producto líquido obtenido de su administración se ingresaría en el Tesoro Público (art. 20), lo cual da a entender que estos bienes republicanos estaban dentro del comercio y, consiguientemente, podían haber sido objeto de embargo por falta de regulación jurídica sobre este punto. En cualquier caso, todos los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español no son susceptibles de ser tomados en garantía en el marco de una financiación bancaria.

<sup>212</sup> Al amparo de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, integra el Patrimonio Histórico Español los inmuebles y objetos muebles de interés artístico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico, así como el patrimonio documental y bibliográfico, los yacimientos y zonas arqueológicas, los sitios naturales, jardines y parques, que tengan valor artístico, histórico o antropológico; así como el Patrimonio Cultural Inmaterial (art. 1.2). En los términos regulados por la Ley, estos bienes deberán ser inventariados o declarados de interés cultural (art. 1.3), toda vez que la Ley establece distintos grados de protección: desde la máxima protección consistente en los bienes declarados de interés cultural, que se inscriben en el Registro General (arts. 12 y 18), pasando por los bienes no declarados de interés cultural pero que tienen cierta relevancia y se inscriben en el Inventario General y tienen un código de identificación (arts. 26.1 y 29), hasta los bienes de patrimonio histórico que es el grado mínimo de protección. Todos estos bienes son susceptibles de transmisión o enajenación a terceros con determinados requisitos de notificación, con el derecho preferente de tanteo y retracto a favor del Estado. Asimismo, también pueden ser objeto de gravamen y afectación como garantía en operaciones de financiación en los términos que se explicará en el Capítulo IV de la presente tesis.

<sup>213</sup> El artículo 46 de la CE dispone que “*Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio.*”



afectos a un servicio o función pública<sup>214</sup>. Por tanto, sin perjuicio de que a nivel organizativo de la Administración titular, dichos bienes sean considerados como patrimoniales, los mismos tienen un régimen equivalente al de los bienes demaniales por el motivo de que aquellos bienes deben gozar de la máxima protección posible ya que la pérdida de los mismos supondría un impacto directo al servicio o función pública en cuestión, lo cual redundaría en un perjuicio también directo a los ciudadanos y probablemente al funcionamiento de las instituciones. Siendo ello así, se ha considerado oportuno anticipar en este punto la circunstancia de que los bienes patrimoniales afectos tendrán el mismo tratamiento que los bienes demaniales.

Para terminar, un aspecto que tienen en común todos estos bienes demaniales, y que comparten con los bienes patrimoniales en los términos en que se dirá, es que los mismos deben ser debidamente inventariados a efectos de su control. Como es de suponer, en el marco de negociaciones financieras y en ocasión del análisis de las garantías a realizar por parte del banco, en ocasiones puede resultar relevante consultar a dichos inventarios a fin de descartar la procedencia del bien para la operación financiera de que se trate.

#### (i) Bienes privados afectados a un servicio público

En relación con lo anterior, es oportuno incluir aquí una referencia respecto de los bienes y derechos afectos al servicio público, y es el caso de aquellos bienes que

---

<sup>214</sup> En cuanto a los precedentes inmediatos de esta afectación, ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *La afectación de bienes al servicio público. Publicaciones de la Escuela Nacional de Administración Pública*, Alcalá de Henares, 1973, págs. 43 a 44; que se remite a la doctrina francesa citando a Proudhon del que afirma que “(...) recogiendo una tradición secular, afirma que l’*affectation d’un fonds à un service public est «un fait extérieur»: si ce fait cesse complètement, si, par exemple, l’assiette d’une ancienne route est cultivée comme un champ pendant plus de trente années depuis la cessation du service public; il n’y a plus d’affectation réelle à l’usage de tous; «il n’est pas besoin de déclaration expresse à cet égard.» Es la destination lo que le confiere la condición de domaine public, no su naturaleza: la forme –escribe LAFERRIÈRE– fait ici la réalité, «forma dat esse rei». Por ello –concluye con PROUDHON– l’affectation d’un fonds à un service public peut être abolie expressément ou tacitement”. Este criterio fue afirmado también por OTTO MAYER y recordado entre nosotros hace años por GARCÍA DE ENTERRÍA (...). En nuestro Derecho, además las palabras mismas del artículo 341 (‘cuando dejen de estar destinados...’ ‘parecen referirse precisamente a un simple resultado de hecho’, cosa que no excluye por supuesto una posible «determinación formal». Estas conclusiones, con alguna excepción aislada, han sido unánimemente aceptadas por la doctrina que admite la afectación y desafectación tácita de los bienes al uso o servicio público como una cuestión puramente fáctica.”*

son de titularidad privada pero que cumplen finalidades, como puede suceder en el caso de los bienes y derechos que integran una concesión administrativa.

Se trata de bienes que han sido afectados expresamente al servicio público en el sentido de que los mismos han sufrido una incorporación jurídica, no siendo suficiente la sola incorporación física, al servicio público en cuestión, previo consentimiento, expreso o presunto, del titular del bien afectado. Esta afectación ha sido calificada por la doctrina como un derecho real *in re aliena*, en tanto que afecta a la cosa concreta, de contenido positivo, específico y concreto y que puede ser calificado como *in faciendo*, además de ser esgrimible *erga omnes*. Su afectación o delimitación es la que, posteriormente, servirá para practicar la reversión de los bienes a la Administración Pública ya que como apunta ARIÑO<sup>215</sup> “*La reversión alcanza a la totalidad de los elementos que contribuyen a garantizar la continuidad en la prestación de un servicio público, y nuestro Tribunal Supremo ha venido a reiterar dicho criterio, extrayendo de él una consecuencia a la hora de previsión el alcance de la reversión: ésta –dice, en Sentencia de 22 de diciembre de 1954 (Az. 3150)- alcanzará no sólo a los bienes o «elementos que vitalizaban la concesión por encontrarse ya en curso de empleo utilitario bienes revertibles por adscripción» sino también a los que «ya estuvieren dispuestos para su empleo (bienes revertibles por destino)», aun cuando de hecho no hayan empezado a ser utilizados.*”

Precisamente, para proteger el interés público al que sirven, son bienes que: (i) son inamovibles respecto del servicio, (ii) su propietario pierde el *ius disponendi* (se prohíben las cesiones, enajenaciones, arrendamientos, etc.), (iii) el propietario adquiere la obligación de conservarlos y mantenerlos en buen estado bajo las órdenes de la Administración, (iv) la Administración tiene la acción de oficio para recuperar la posesión perdida sobre ellos, y (v) son bienes inembargables.

Se observa como, aún tratándose de bienes privados, los mismos comparten el beneficio de la inembargabilidad propio de los bienes demaniales y de los bienes patrimoniales afectos, habiéndose pronunciado al respecto de manera contundente tanto doctrina como jurisprudencia por considerar que, en base al servicio público al

---

<sup>215</sup> ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *La afectación de bienes al servicio público. Publicaciones de la Escuela Nacional de Administración Pública*, Alcalá de Henares, 1973, págs. 58 a 59.

que están adscritos, el embargo de los mismos frustraría la explotación de dicho servicio. En cualquier caso, aquí la cuestión no es proteger a su titular que es el concesionario (como sucede en el caso del beneficio de la inembargabilidad en los bienes públicos) sino que lo que se trata de proteger es el propio servicio y, por ende, a la propia sociedad; ante lo que cabe afirmar que no es un privilegio subjetivo sino funcional. Además, al respecto, la doctrina ha cuestionado si sería posible un embargo preventivo de estos bienes para el caso de que los mismos quedasen desafectados<sup>216</sup>.

### 3.2.2. Bienes patrimoniales

Partiendo de la caracterización y justificación de los bienes demaniales, se advierte que el régimen de los bienes patrimoniales supone un alejamiento contundente y más que notable respecto de aquéllos. Ello sin perjuicio de que, como se verá, los patrimoniales no llegan tampoco a situarse en la posición de los bienes inmuebles regulados en la normativa privada y, consiguientemente, son también una especie

---

<sup>216</sup> De nuevo, ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *La afectación de bienes al servicio público. Publicaciones de la Escuela Nacional de Administración Pública*, Alcalá de Henares, 1973, págs. 81 a 84; en donde apunta que “(...) es coherente y lógico que los bienes de servicio público sean inembargables, pues no puede pesar sobre ellos una afectación real de garantía, ya que están afectos con carácter previo al cumplimiento de un fin público de interés general, incompatible con afectaciones posteriores. La afectación, como derecho real, según es nota característica de éstos, excluye otros de la misma naturaleza y contenido opuesto sobre el mismo objeto”. Con carácter ejemplificativo trae a colación la Ley de Quiebras de las Compañías de Ferrocarriles de 12 de noviembre de 1869, en cuyo artículo 3 establecía “Por ninguna acción judicial ni administrativa podrá interrumpirse el servicio de explotación de vías férreas. En consecuencia, no podrá despacharse ni trabarse ejecución en las vías férreas abiertas al servicio público ni en sus estaciones, almacenes, terrenos, obras y edificios que a ellos correspondan, o que sean necesarios para su uso, ni en las locomotoras, carriles, vagones y demás efectos del material fijo y móvil destinados al movimiento de la línea”. Luego refiere al artículo 931 del Código de Comercio: “Por ninguna acción judicial ni administrativa podrá interrumpirse el servicio de explotación de ferrocarriles ni de ninguna otra obra pública.” Y, finalmente, concluye que “En definitiva, los bienes afectos son inembargables por la sencilla razón de que la afectación es ya en sí misma un a modo de embargo tácito preventivo anterior, en garantía, no de un crédito, sino de una actividad. Un nuevo embargo de realización de valor es imposible porque no es posible el reembolso de fines opuestos, aunque sea admisible, como ha señalado la doctrina procesal (GUASP) en los casos de embargo de la misma naturaleza. Todo ello es absolutamente lógico y coherente con la naturaleza de la afectación, que como queda dicho se incluye en el *genus commune* de los derechos reales de garantía; sólo que en el caso de la afectación no se garantiza un crédito, un valor dinerario, sino una actividad, para cuya realización se quiere asegurar la incorporación y aplicación del bien a una organización que tiende a conseguirla. La afectación tiene, como dice Forsthoff, ‘un efecto principalmente preventivo’, que trata de asegurar la adscripción a un fin contra toda intervención perturbadora.” En nota a pie de página, el autor cita a Forsthoff el cual transcribe una declaración que se incluía en los contratos de servicios públicos, en concreto, una declaración que aparecía en el Pliego de Condiciones del Servicio de Vapores-correos entre la Península y las islas de Puerto Rico y de Cuba, publicado en la Gaceta de 11 de octubre de 1866, y cuyo literal era: “los buques destinados a este servicio quedarán especialmente obligados y afectos al cumplimiento del presente contrato, sin que en ningún caso ni por ningún concepto se admita la preferencia de ninguna otra obligación ni crédito.”

propia y particular únicamente atribuible a las Administraciones Públicas sin parangón en el ámbito privado.

Los bienes patrimoniales son definidos en el artículo 7.1 de la LPAP de manera comparativa y con carácter residual respecto de los bienes demaniales: *“los que, siendo titularidad de las Administraciones públicas, no tengan el carácter de demaniales”*. Además, también son derechos de arrendamiento, valores y títulos representativos de acciones y participaciones en el capital de sociedades mercantiles o de obligaciones emitidas por éstas, así como contratos de futuros y opciones cuyo activo subyacente esté constituido por acciones o participaciones en entidades mercantiles, los derechos de propiedad incorporeal, y los derechos de cualquier naturaleza que se deriven de la titularidad de los bienes y derechos patrimoniales.

A estos bienes patrimoniales les resultan de aplicación unos concretos principios que deben guiar su gestión y administración, y que están determinados y tasados en el artículo 8.1 de la LPAP y que, por su relevancia y trascendencia para el presente estudio, se transcriben a continuación:

- a) Eficiencia y economía en su gestión.
- b) Eficacia y rentabilidad en la explotación de estos bienes y derechos.
- c) Publicidad, transparencia, concurrencia y objetividad en la adquisición, explotación y enajenación de estos bienes.
- d) Identificación y control a través de inventarios o registros adecuados.
- e) Colaboración y coordinación entre las diferentes Administraciones públicas, con el fin de optimizar la utilización y el rendimiento de sus bienes.

Se trata de unos bienes que, por un lado, los usos que se confieran a los mismos deben ser objeto de una licitación y, por otro lado, se tienen que incluir en inventarios o registros. Por tanto, en relación con las labores de averiguación antes mencionadas que debía de realizar la entidad financiera cuando se le ofreciera un bien patrimonial en garantía de una determinada operaciones, cabrá por tanto acudir al inventario o registro correspondiente en donde el bien en cuestión se halle inscrito, a fin de conocer su naturaleza, destino y demás características.

Dicho cuanto antecede, cabe aludir al régimen jurídico aplicable a tales bienes, a fin de conocer la normativa a la que se deberán sujetar en el marco de una operación de financiación bancaria a fin de ser dados en garantía a la entidad financiadora. Al respecto, el artículo 7.3 de la LPAP establece que la normativa será la propia LPAP y sus disposiciones de desarrollo y, supletoriamente, las normas de Derecho administrativo en materia de competencia para adoptar los respectivos actos administrativos y del procedimiento a seguir, mientras que se aplicará el Derecho privado en los restantes aspectos. De este modo, la eventual ejecución contra un bien patrimonial llegaría a tramitarse por la normativa privada de enjuiciamiento civil y ejecución hipotecaria.

En particular, interesa aquí el régimen de enajenación y gravamen de los bienes patrimoniales<sup>217</sup>. Al respecto, cabe acudir al artículo 30.3 de la LPAP en donde se contiene una regulación idéntica a la contenida para el ámbito local en los términos explicados anteriormente en el presente Capítulo, en el sentido de que no cabe embargo ni ejecución sobre bienes patrimoniales afectos al servicio público: *“Ningún tribunal ni autoridad administrativa podrá dictar providencia de embargo ni despachar mandamiento de ejecución contra los bienes y derechos patrimoniales cuando se encuentren materialmente afectados a un servicio público o a una función pública (...)”*. Por tanto, y sin ánimo de reiteración, cuando los bienes patrimoniales tengan este destino público o afectación al servicio público, los mismos, desde la perspectiva financiera, serán bienes equivalentes a los bienes demaniales anteriormente explicados<sup>218</sup>. En este caso, los bienes patrimoniales resultarán irrelevantes para la

---

<sup>217</sup> Interesa el régimen de enajenación y gravamen porque es el que se halla directamente relacionado con el establecimiento de garantías. En cuanto a la adquisición de los bienes es una cuestión menos trascendente para la negociación bancaria *a priori*. Sin perjuicio de ello, tal y como se explicará en el Capítulo IV de la tesis, en supuestos de bienes adquiridos por expropiación, las Administraciones Públicas adquieren siempre sus bienes libres de cargas (*ex art. 32.1 del TRLS*), lo que resulta especialmente en los casos en que dichos bienes hayan sido previamente hipotecados, pues la extinción de la carga real supone en principio la pérdida de dicha garantía real para la entidad financiera. Igualmente, adquieren libres de cargas fincas resultantes a favor de la Administración y también el aprovechamiento urbanístico (arts. 26.1 y 40.3 RHU).

<sup>218</sup> En la actualidad es crucial el matiz de si dichos bienes están afectados al servicio público y, por tanto, el concepto de afectación de la cosa al fin público. Esta regulación que hallamos actualmente ha sido fruto de una larga evolución doctrinal de lo que podríamos denominar el *“Derecho Patrimonial Público”* cuyo origen fue la base del Derecho Civil y, por ende, distinguir los bienes públicos en función de quien era su propietario o titular, pero no en función de cuál era su finalidad. Pasando, primero, por el Derecho romano y el canónico y, posteriormente, por la influencia de la doctrina alemana, se incluyó la idea de afectación y vinculación de ciertos bienes a finalidades

negociación respectiva y, salvo que el cliente bancario público aportase algún otro bien puramente patrimonial, sucedería que la entidad bancaria no contaría con garantía alguna de parte del cliente, lo que debería ser evaluado convenientemente por parte del correspondiente departamento de riesgos en el sentido de decidir conceder o no la operación solicitada por el cliente. A dicho fin, resulta imprescindible tener la seguridad de que el bien ofrecido por el deudor público es un bien patrimonial no afecto. Para ello, será preciso consultar al inventario patrimonial correspondiente al que alude la LPAP.

Con carácter complementario de lo anterior y para cerrar este apartado, es oportuno manifestar que, si bien hasta ahora el estudio realizado sobre los bienes y sus categorías, lo ha sido desde la perspectiva de la normativa estatal sobre patrimonio, las CCAA ostentan normativa propia en la materia cuya regulación es sustancialmente idéntica a la estatal en lo relativo a tipologías de bienes y respecto del carácter no embargable de los bienes demaniales y de los patrimoniales afectos al servicio público<sup>219</sup>.

---

públicas, sin perjuicio de que los mismos estuvieren en manos privadas. Al respecto, ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *La afectación de bienes al servicio público. Publicaciones de la Escuela Nacional de Administración Pública*, Alcalá de Henares, 1973, págs. 34 a 36; ha manifestado que “*El Derecho romano, sobretudo del Bajo Imperio, conoció interesantes manifestaciones de él. El Bajo Imperio nos ofrece un panorama que, en muchos aspectos recuerda el actual: «la imposibilidad de atender al gigantismo de las necesidades públicas (...) obliga a los emperadores a una cierta dejación de funciones en manos de personas e instituciones no públicas.» Muchas de estas actividades serán asumidas por la Iglesia, que empieza a recibir unas masas de bienes destinadas ad pias causas, respecto de las cuales los obispos no son sino nudi ministri. Entre esas tareas públicas que asume la Iglesia está en primer lugar la función benéfica, pero no sólo ésta, sino también a veces tareas de abastecimiento de productos (trigo, aceite, etc.), que se distribuyen por precio. Ahora bien, los bienes que integraban estos patrimonios se hallaban un tanto indefensos y con poca garantía, pues no eran res publicae, ni res divini iuris (salvo aquellos de que sea titular la Iglesia), por lo que «podían ser cedidos, transmitidos, vendidos o malversados». Se hacía necesario dar estabilidad a estos bienes y asegurar su destino colectivo (...); ello se conseguía mediante una norma legal que los declarara inalienables e inmunes. Este régimen de admisión condicionada de las ventas, con una serie de requisitos ad cautelam, constituirá un grado intermedio entre las res divini iuris (incomerciabilidad absoluta) y las cosas privadas (de libre comerciabilidad), que será justamente, como tendremos ocasión de decir, el régimen actual típico de los bienes afectos. Pero será en Derecho canónico donde se recojan y elaboren esas técnicas y soluciones jurídicas que el Derecho romano bajo-imperial arbitró para la protección de estos patrimonios afectados a la utilidad social. En especial, el Derecho canónico elaborará el concepto de destino o afectación de bienes a través de la deputatio ad cultum.*”

<sup>219</sup> Actualmente, las CCAA que disponen de normativa propia en materia de patrimonio y que regulan el carácter no embargable de los bienes demaniales y los patrimoniales afectados al servicio público, son: (i) Andalucía: Ley 4/1986, de 5 de mayo, de Patrimonio de Andalucía (arts. 20 y 68); (ii) Aragón: Decreto Legislativo 4/2013, de 17 de diciembre, del Texto Refundido de la Ley de

Y en el ámbito del derecho local, la normativa reguladora de su patrimonio y servicios es diversa, alguna es de carácter preconstitucional, a la vez que hay otras normas posteriores que han sido afectadas en este punto por la jurisprudencia el TC (como es, fundamentalmente, la STC 166/1998); de modo que el régimen jurídico actual está en la línea del estatal y autonómico en lo que se refiere a consagrar y proteger el carácter inembargable de los bienes pertenecientes a las entidades locales, cuando tengan carácter de bienes demaniales y de bienes patrimoniales afectados al dominio público<sup>220</sup>. Por lo tanto, queda claro que los bienes patrimoniales no afectados son perfectamente idóneos, no sólo para ser ofrecidos (y aceptados) en garantía en el marco de una operación de financiación bancaria, sino que lo son igualmente como para ser embargados por parte de un acreedor frente el cliente público cuando este resulte deudor del primero, actuando por tanto como efectivamente bienes del patrimonio del deudor público en salvaguarda del principio civil de responsabilidad patrimonial universal del deudor<sup>221</sup>.

Todo ello porque se trata de bienes que están dentro del comercio de la Administración Pública y, por ende, son susceptibles de arrendamiento, enajenación,

---

Patrimonio de Aragón (art. 18); (iii) Asturias: Ley 1/1991, de 21 de febrero, del Patrimonio de Asturias (art. 75); (iv) Islas Baleares: Ley 6/2001, de 11 de abril, de Patrimonio de las Islas Baleares (art. 10); (v) Canarias: Ley 6/2006, de 17 de julio, de Patrimonio de Canarias (art. 5); (vi) Cantabria: Ley 3/2006, de 18 de abril, de Patrimonio de Cantabria (art. 35); (vii) Castilla-La Mancha: Ley 6/1985, de 13 de noviembre, de Patrimonio de Castilla-La Mancha (art. 22); (viii) Castilla y León: Ley 11/2006, de 26 de octubre, de Patrimonio de Castilla y León (art. 19); (ix) Catalunya: Decreto Legislativo 1/2002, de 24 de diciembre, de Patrimonio de Catalunya (art. 17); (x) Comunidad Valenciana: Ley 14/2003, de 10 de abril, de Patrimonio de la Comunidad Valenciana (art. 5); (xi) Extremadura: Ley 2/2008, de 16 de junio, de Patrimonio de Extremadura (arts. 7 y 13); (xii) Galicia: Ley 5/2011, de 30 de septiembre, de Patrimonio de Galicia (art. 5); (xiii) La Rioja: Ley 11/2005, de 19 de octubre, de Patrimonio de La Rioja (art. 33); (xiv) Comunidad de Madrid: Ley 3/2001, de 21 de junio, de Patrimonio de Madrid (art. 10); (xv) Comunidad Foral de Navarra: Ley Foral 14/2007, de 4 de abril, de Patrimonio de Navarra (art. 59); (xvi) País Vasco: Decreto Legislativo 2/2007, de 6 de noviembre, del Texto Refundido de la Ley de Patrimonio de Euskadi (art. 13); y (xvii) Región de Murcia: Ley 3/1992, de 30 de julio, del Patrimonio de la Región de Murcia (art. 9).

<sup>220</sup> Al respecto, LBRL (art. 80) y RBCL (art. 5) proclaman el carácter inembargable de los bienes comunales y demás bienes de dominio público. Por otro lado, conforme comentado anteriormente, el carácter inembargable de los bienes patrimoniales locales no afectos a un servicio público se halla en el TRLHL (art. 173.2).

<sup>221</sup> Por todo lo explicado, afirmaciones como la de JARACH, Dino. *Finanzas Públicas. Esbozo de una teoría general*, Colección *Estudios de Finanzas Públicas y de Derecho Tributario*, editorial Cangallo S.A.C.I., Capital Federal (Argentina), 1ª edición, 1978, págs. 557 a 561; han quedado superadas: “*El patrimonio del Estado no representa una garantía para los acreedores, salvo casos de entidades estatales voluntariamente sujetas al derecho privado, porque se trata, en general, de bienes afectos al servicio público y fuera del comercio, por lo que no pueden estar sujetos a una eventual ejecución forzosa por parte de los acreedores.*”

permuta y cesión gratuita, así como por supuesto de gravamen; a la vez que los particulares pueden prescribir a su favor los bienes patrimoniales de acuerdo con las leyes<sup>222</sup>. Sin perjuicio de ello, no cabe olvidar que serán en la práctica una parte mínima del patrimonio de la Administración Pública, por lo que si bien existe posibilidad teórica para la entidad financiera de conseguir bienes en garantía, los mismos serán en la mayor parte de las ocasiones bienes minoritarios respecto del patrimonio total del deudor público.

### 3.2.3. Inventario General e inscripción registral

Las Administraciones Públicas están obligadas a inventariar los bienes y derechos que integran en su patrimonio, haciendo constar en el mismo, con el suficiente detalle, las menciones necesarias para su identificación y las que resulten precisas para reflejar la situación jurídica y el destino o uso a que están siendo dedicados; según el artículo 32.1 de la LPAP. Cabe tener en cuenta que, para los bienes que integran el Patrimonio del Estado, se ha creado el Inventario General de Bienes y Derechos del Estado (habitualmente denominado “*Inventario General*”) que está a cargo del Ministerio de Hacienda aunque su llevanza corresponde a la Dirección General de Patrimonio; sin perjuicio de los respectivos inventarios que puedan crearse

---

<sup>222</sup> Así lo confirma, sobre la base de la jurisprudencia recaída, BALLESTEROS MOFFA, Luis Ángel. *Inembargabilidad de bienes y derechos de las Administraciones Públicas*, Colex, Madrid, 2000, pág. 364; en donde insiste que “*el Tribunal Constitucional no hace más que aplicar este mismo planteamiento al concreto supuesto de los bienes patrimoniales materialmente no afectos, concluyendo en este caso, sin embargo, la inconstitucionalidad del privilegio respecto a los mismos, desde el momento en que su inembargabilidad no se considera ni justificada, ni en cualquier caso desproporcionada.*” Y luego, haciendo referencia a la STC 228/1998, dictada en un recurso de amparo que rechazó la práctica de embargo contra el Ayuntamiento de Umbrete, destaca el voto particular formulado por el Magistrado Cruz Villalón el cual defendía la libre inembargabilidad de los bienes locales desvinculados de finalidades públicas, por cuanto tal interpretación, se dice, no está “*incurra en arbitrariedad ni en error patente*”, pág. 367. En la misma línea, cabe destacar MESEGUER YEBRA, Joaquín. *La quiebra de la inembargabilidad de los bienes patrimoniales de la Administración Pública*, Bosch Biblioteca Básica de Práctica Procesal, Barcelona, 2001, págs. 22 a 23; sobre los motivos que justifican la plena sumisión al derecho privado de los bienes patrimoniales no afectos destacando que “*no son res extra commercium, sino objeto del tráfico privado, al igual que los bienes que integran el patrimonio de los particulares (...) no cabe olvidar otra finalidad inherente tanto al patrimonio de los Entes públicos como al de los sujetos privados, en cuanto conjunto de bienes, presentes y futuros: la de responder del cumplimiento de las obligaciones contraídas por su titular (art. 1.1911 CC). Por tanto, no está constitucionalmente justificado el excluir que los bienes pertenecientes al patrimonio de las Entidades locales, siempre que no estén materialmente afectados a un servicio público o una función pública, respondan de las obligaciones contraídas por la Corporación local con los particulares y, en concreto, de las declaradas en una sentencia judicial.*”



en virtud de la normativa autonómica y local para estos concretos ámbitos; según los artículos 32.2 y 4, y 33.1 de la LPAP.

Respecto de este Inventario General cabe precisar tres aspectos: (i) se inscribirán tanto los bienes demaniales como patrimoniales del Patrimonio del Estado, así como también “*los derechos reales sobre los mismos*”, entre otros extremos (art. 33.2.a); (ii) la inscripción de los bienes y derechos es una *conditio sine qua non* para poder realizar actos de gestión o disposición sobre los mismos (art. 35.1); y (iii) sorprendentemente, el legislador no ha otorgado al Inventario General la condición de registro público y ha considerado que los datos que figuran en el mismo constituyen información de apoyo para la gestión interna y la definición de políticas de la Administración General del Estado y de sus organismos públicos. Es por ello que la LPAP manifiesta expresamente que tales datos “*no surtirán efectos frente a terceros ni podrán ser utilizados para hacer valer derechos frente a la Administración General del Estado y sus organismos públicos*”, lo cual genera una posición incómoda a la vez que insegura para las entidades bancarias en ocasión de operaciones financieras en las que el cliente público ofrezca en garantía a un determinado bien patrimonial, o supuestos de impago por parte del deudor público en los que se esté realizado un análisis del patrimonio de dicho deudor.

Conforme a la LPAP la información que la entidad financiera puede obtener del Inventario General no podrá ser utilizada para hacer valer derechos frente a su deudor, aspecto que en realidad parece incongruente y lesionador del concreto derecho subjetivo que ostenta aquella entidad financiera toda vez que la información de este Inventario General, precisamente por el hecho de que el mismo es custodiado y formado por la propia Administración Pública, debería de ostentar información totalmente fiable respecto de los bienes de su misma propiedad. Entonces, en puridad, no se comprende por qué el legislador ha optado por considerar que la información de este Inventario General es información interna. En caso de que el motivo fuere que, estrictamente, la voluntad del legislador es que se trate de un auténtico registro interno de información para el sector público, entonces se podía haber configurado como un inventario exclusivo e interno del sector público, al que no debería tener acceso el sector privado. Sin embargo, llegados a este punto, se sobreentiende que, al no concurrir motivos que lo justifiquen, la Administración Pública debe observar la

transparencia y la persecución de los fines de interés general, y en este sentido no tienen más opción que enseñar o hacer pública esta información, sin perjuicio de que, como mayor blindaje, se haya configurado como una información que no vincula en ningún caso a dichos organismos. Esta falta de vinculación resulta incomprensible, circunstancia que hace pensar en una situación jurídica especial de la que goza aquí la Administración pública, además de que se ve agravada por el hecho de que no siempre las Administraciones se ocupan de mantener dicho inventario debidamente cumplimentado y actualizado<sup>223</sup>. A a modo de ejemplo, sobre la base de que en dicho Inventario constase un bien patrimonial libre de cargas y no afecto al servicio público, si el mismo fuere posteriormente hipotecado en garantía de una operación de endeudamiento celebrada por su Administración titular, o bien otra que actuase como fiador, y que luego, por las circunstancias que sean, apareciera información contradictoria sobre cuya base resultara que, en el momento en que se hipotecó, el bien estaba afectado a un fin público. Es un ejemplo quizá rebuscado, pero que persigue significar que el Inventario General, si no brinda información vinculante, es un arma de doble filo que, en caso de información incierta, incompleta o incorrecta, los perjuicios serán en todo caso para la parte privada que haya consultado<sup>224</sup> y utilizado esta información, y nunca para la Administración Pública respecto a la que el Inventario recoge información. Por suerte, y sin perjuicio de que la información del Inventario General debería ser fiable y vinculante (al menos ni que fuera durante un determinado tiempo desde el acceso a la misma).

---

<sup>223</sup> MESEGUER YEBRA, Joaquín. *La quiebra de la inembargabilidad de los bienes patrimoniales de la Administración Pública*, Bosch Biblioteca Básica de Práctica Procesal, Barcelona, 2001, págs. 23 a 24; en donde apunta las dificultades prácticas en las que se puede encontrar el administrado respecto del inventario: “*Mir Puigpelat aduce que, no obstante, formado el Inventario éste no especificará frecuentemente si el bien patrimonial de que se trate está afecto o no a un uso o servicio público, constituyendo la identificación de estos bienes un verdadero reto al no existir un acto de demanialización que revele su verdadera naturaleza. Por el contrario, Fanlo Loras cree que, en muchas ocasiones, las Corporaciones Locales buscarán el impago para provocar el embargo de un bien patrimonial, como vía de sortear las reglas administrativas ordinarias de disposición de bienes. A todo esto se añade que, tal como deja constancia el último informe del Defensor del Pueblo, se constata un elevado incumplimiento por parte de los Ayuntamientos de la obligación de confeccionar el inventario que comprenda la totalidad de sus bienes y derechos y de su rectificación anual (...).*”

<sup>224</sup> La LPAP remite a la regulación reglamentaria el acceso de los ciudadanos “*a los datos más relevantes del Inventario General de Bienes y Derechos del Estado.*” (art. 33.6). Esta regulación se contiene actualmente en el RLPAP.

A mayor abundamiento, cabe traer a colación que el desarrollo normativo del acceso al Inventario General sigue en la misma tónica restrictiva. En primer lugar y respecto del acceso por parte de los ciudadanos, establece la máxima de que el acceso está sujeto a principios de idoneidad, racionalidad, proporcionalidad y seguridad (artículo 45.1 del RLPAP). Además, la consulta que se formule, que se deberá dirigir a la Dirección General de Patrimonio del Estado o a la correspondiente Delegación del Ministerio de Hacienda, deberá concretar la petición que se realiza y la finalidad a la que vaya a ser destinada la información, sin perjuicio de que no se atenderán consultas que puedan perjudicar a la Defensa Nacional o la Seguridad del Estado o que tengan por objeto la obtención de datos de carácter personal (artículo 43.2 del RLPAP).

En cualquier caso, se reservan la facultad de no atender a la consulta cuando, a juicio de los órganos encargados de la consulta, se considere que no se cumplen los antes referidos principios de idoneidad, racionalidad, proporcionalidad y seguridad (artículo 45.2 del RLPAP); de modo que, al igual que en la LPAP, también en su normativa de desarrollo se conserva este privilegio de no atender a peticiones de información en relación con el Inventario, lo cual se podrá hacer simplemente justificando la opinión de los órganos administrativos de que la consulta recibida no cumple con todos o alguno de los cuatro principios señalados. Y, además, el RLPAP también conserva el blindaje administrativo respecto de la información proporcionada y su carácter no vinculante al establecer que *“La respuesta a las consultas que se formulen tendrá exclusivamente carácter informativo y reflejará los datos existentes en el Inventario General de Bienes y Derechos del Estado, en la fecha de su emisión. La información que ponga de manifiesto que un bien o derecho no consta en el Inventario General de Bienes y Derechos del Estado no implicará la ausencia o renuncia de derechos de la Administración General del Estado sobre el mismo”* (artículo 43.3 del RLPAP).

Afortunadamente, el Inventario General no es la única fuente en donde consultar acerca de la situación patrimonial de las Administraciones Públicas<sup>225</sup>, ya que la LPAP,

---

<sup>225</sup> Sobre otras fuentes de información, se formula un comentario a fin de demostrar la escasez de vías informativas para los particulares o una entidad financiera. En la actualidad existe el denominado *“Inventario de Entidades del Sector Público Estatal, Autonómico y Local”* (INVENTE), accesible a través de la web <http://www.igae.pap.minhap.gob.es/sitios/igae/ca-ES/invente/Paginas/inicio.aspx>. De su regulación contenida en la LRJSP (arts. 81 a 83) no se desprende que en el mismo se incluya

dentro de la obligación de las Administraciones Públicas, de proteger y defender su patrimonio, estable que *“procurarán su inscripción registral”* (art. 28.1 de la LPAP), para regular posteriormente dicha obligación y establecer de manera indudable que *“Las Administraciones públicas deben inscribir en los correspondientes registros los bienes y derechos de su patrimonio, ya sean demaniales o patrimoniales, que sean susceptibles de inscripción, así como todos los actos y contratos referidos a ellos que puedan tener acceso a dichos registros. No obstante, la inscripción será potestativa para las Administraciones públicas en el caso de arrendamientos inscribibles conforme a la legislación hipotecaria.”* (art. 36.1 de la LPAP)<sup>226</sup>, remitiéndose posteriormente a la normativa hipotecaria respecto de los detalles de la inscripción de los bienes (art. 37.1 de la LPAP). De entrada, cabe estar a lo previsto en el artículo 2.6 de la LH a cuyo tenor: *“En los Registros expresados en el artículo anterior se inscribirán: (...) 6º Los títulos de adquisición de los bienes inmuebles y derechos reales que pertenezcan al Estado, o a las Corporaciones civiles o eclesiásticas, con sujeción a lo establecido en las leyes o reglamentos.”*

---

información sobre los bienes titularidad de entidades públicas. En este registro público administrativo, que depende de la Intervención General del Estado, lo que se inscribe de cada ente es, al menos, su naturaleza jurídica, finalidad, fuentes de financiación, estructura de dominio en su caso, condición de medio propio, regímenes de contabilidad, presupuestario y de control, clasificación en términos de contabilidad nacional, así como la creación, transformación, fusión o extinción de dichas entidades. Se observa, sin embargo, que aún no conteniendo información sobre los bienes propiedad o adscritos a una Administración, sí contiene información relativa a las fuentes de financiación y al régimen de contabilidad que le aplica; extremos que pueden resultar de relevancia para la entidad financiera a fin de obtener más información sobre dicha entidad cuando sea su cliente bancario.

<sup>226</sup> GARCÍA GARCÍA, José Manuel. *Código de legislación inmobiliaria, hipotecaria y del registro mercantil*, editorial Thomson Civitas, 4ª edición, Madrid, 2004, pág. 1713; ha manifestado que *“La obligatoriedad de inscripción es una característica fundamental de los bienes del Estado frente a la inscripción voluntaria de los particulares. La razón es la obligación de defensa y protección del patrimonio a que se refiere el artículo 28 de esta Ley. Véase también la obligación de comunicación del Registrado en el supuesto del artículo 39 de esta Ley. Obsérvese que se alude a la obligación de inscripción no sólo de los bienes patrimoniales, sino también de los demaniales, en ambos casos siempre que sean susceptibles de inscripción, lo que hace referencia a los bienes inmuebles tratándose del Registro de la Propiedad, o a los bienes muebles inscribibles, tratándose del Registro de Bienes Muebles. Obsérvese el plazo que se concede para la inscripción de bienes demaniales en el Registro de la Propiedad por la Disposición transitoria 5.ª de esta Ley. Sobre el carácter potestativo de la inscripción de arrendamientos, sólo tiene explicación respecto a los supuestos que se encuentren dentro de los plazos mínimos obligatorios, pues pasados esos plazos, no afectan a tercero hipotecario, con lo que el arrendamiento podría ser extinguido a instancia de dicho tercero.”*

En desarrollo de ello, el RH se ocupa de los bienes titularidad de las Administraciones Públicas cuando establece el principio de la universalidad en materia registral en cuanto regula con la siguiente literalidad que *“Serán inscribibles los bienes inmuebles y los derechos reales sobre los mismos, sin distinción de la persona física o jurídica a que pertenezcan, y por tanto, los de las Administraciones públicas y los de las entidades civiles o eclesiásticas.”* (art. 4 RH)<sup>227</sup>. Asimismo, también prevé que *“Los bienes inmuebles de dominio público también podrán ser objeto de inscripción, conforme a su legislación especial”* (art. 5 RH)<sup>228</sup>. Sin perjuicio de ello, y por mandato de la Sentencia del TS de la Sala 3ª de 31 de enero de 2001, se suprimió el artículo 6 del RH que regulaba que *“Si un inmueble de propiedad privada adquiere la naturaleza de bien de dominio público, se hará constar esta circunstancia en la inscripción del título de expropiación, deslinde, cesión obligatoria o cualquier otro del que resulte tal condición.”*

Asimismo, la normativa hipotecaria también se ocupa de la manera como las entidades del sector público pueden acreditar la titularidad de sus bienes y derechos a nivel registral, incluso en los casos en que no dispongan de título previo<sup>229</sup>.

---

<sup>227</sup> Respecto de la regulación contenida en el art. 4 del RH es de relevancia el comentario formulado por GARCÍA GARCÍA, José Manuel. *Código de legislación inmobiliaria, hipotecaria y del registro mercantil*, editorial Thomson Civitas, 4ª edición, Madrid, 2004, pág. 339; al manifestar que esta regulación se incluyó por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, por el que se modifican determinados artículos del reglamento hipotecario; y que esta reforma *“consiste en una mayor precisión de la terminología sobre titulares registrales, al aludir a «persona física o jurídica», en lugar de «persona individual o colectiva», así como a las «Administraciones Públicas», lo que permite comprender no sólo al Estado, Provincia y Municipio, sino también a las Comunidades Autónomas y a los organismos autónomos. Concuerda con el artículo 2.6º de la Ley, pues aunque éste alude sólo al Estado, cabe interpretar un sentido amplio de «Estado» comprensivo de las «Administraciones Públicas»”*.

<sup>228</sup> En este punto también resulta interesante el comentario aportado por GARCÍA GARCÍA, José Manuel. *Código de legislación inmobiliaria, hipotecaria y del registro mercantil*, editorial Thomson Civitas, 4ª edición, Madrid, 2004, pág. 343; cuando también manifiesta que esta redacción se incluyó por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, por el que se modifican determinados artículos del reglamento hipotecario; a la vez que justifica que *“La reforma del precepto la explica la Exposición de Motivos del mismo diciendo que «se suprime por inconstitucional la prohibición de inscripción de los templos destinados al culto católico, y se admite, siguiendo las legislaciones especiales sobre Patrimonio del Estado y de las entidades locales, la posibilidad de inscripción de los bienes públicos con arreglo a su legislación especial». Por tanto, cabe inscripción no sólo de bienes patrimoniales, sino también de bienes demaniales y de los templos.”*

<sup>229</sup> Al respecto y para mayor detalle cabe estar a los artículos 206 de la LH, y 17, 18, 19 y 303 y siguientes RH.

En paralelo a todo lo anterior, cabe mencionar que en el ámbito de las CCAA sus normas propias reguladoras en materia de patrimonio, también han regulado la necesaria existencia de un Inventario de bienes<sup>230</sup>, el cual han configurado como un registro de acceso público y con un contenido similar al estatal, ante lo que se puede afirmar que tampoco se ha configurado al inventario autonómico de bienes de las Administraciones Autonómicas como un inventario que resulte obligatorio.

Por último, en el ámbito de las EELL cabe estar a la regulación contenida en el RBEL. Al respecto, éste establece la obligación de las EELL de inventariar “*todos sus bienes y derechos, cualquier que sea su naturaleza o forma de adquisición*”; a la vez que dispone la creación de inventarios separados para los bienes pertenecientes a entidades con personalidad propia y dependientes de las corporaciones locales (artículo 17). La peculiaridad es que este inventario tendrá los siguientes epígrafes: inmuebles; derechos reales; muebles de carácter histórico, artístico o de considerable valor económico; valores mobiliarios, créditos y derechos, de carácter personal de la corporación; vehículos; semovientes; muebles no comprendidos en los anteriores enunciados; y bienes y derechos revertibles (artículo 18).

Respecto de los bienes inmuebles, se deben de inscribir diversos extremos como son la naturaleza de dominio público o patrimonial, con expresión de si se trata de bienes de uso o de servicio público, patrimoniales o comunales; el destino y acuerdo que lo hubiere dispuesto, derechos reales que gravaren la finca, derechos personales

---

<sup>230</sup> A continuación se citan las normas autonómicas en materia de patrimonio en donde se regula la obligación de tener un inventario: (i) Andalucía: Ley 4/1986, de 5 de mayo, de Patrimonio de Andalucía (arts. 14-16); (ii) Aragón: Decreto Legislativo 4/2013, de 17 de diciembre, del Texto Refundido de la Ley de Patrimonio de Aragón (art. 68-71); (iii) Asturias: Ley 1/1991, de 21 de febrero, del Patrimonio de Asturias (art. 7-10); (iv) Islas Baleares: Ley 6/2001, de 11 de abril, de Patrimonio de las Islas Baleares (art. 16, 81-85); (v) Canarias: Ley 6/2006, de 17 de julio, de Patrimonio de Canarias (art. 9); (vi) Cantabria: Ley 3/2006, de 18 de abril, de Patrimonio de Cantabria (art. 11); (vii) Castilla-La Mancha: Ley 6/1985, de 13 de noviembre, de Patrimonio de Castilla-La Mancha (art. 10-12); (viii) Castilla y León: Ley 11/2006, de 26 de octubre, de Patrimonio de Castilla y León (art. 21-28); (ix) Catalunya: Decreto Legislativo 1/2002, de 24 de diciembre, de Patrimonio de Catalunya (art. 37); (x) Comunidad Valenciana: Ley 14/2003, de 10 de abril, de Patrimonio de la Comunidad Valenciana (art. 15-18); (xi) Extremadura: Ley 2/2008, de 16 de junio, de Patrimonio de Extremadura (arts. 16-20); (xii) Galicia: Ley 5/2011, de 30 de septiembre, de Patrimonio de Galicia (art. 92, 106-108); (xiii) La Rioja: Ley 11/2005, de 19 de octubre, de Patrimonio de La Rioja (art. 26-30); (xiv) Comunidad de Madrid: Ley 3/2001, de 21 de junio, de Patrimonio de Madrid (art. 8); (xv) Comunidad Foral de Navarra: Ley Foral 14/2007, de 4 de abril, de Patrimonio de Navarra (art. 47-51); (xvi) País Vasco: Decreto Legislativo 2/2007, de 6 de noviembre, del Texto Refundido de la Ley de Patrimonio de Euskadi (art. 15-17); y (xvii) Región de Murcia: Ley 3/1992, de 30 de julio, del Patrimonio de la Región de Murcia (art. 13-14).

constituidos en relación con la misma, valor que correspondería en venta al inmueble, etc. (artículo 20). Igualmente, en el inventario de derechos reales se incluirá, entre otros extremos, el inmueble sobre el que recayere el derecho real, el contenido del mismo, el título de adquisición y la naturaleza del derecho real (artículo 21). Todos estos extremos o características revisten una verdadera importancia para un particular, como a estos efectos sería una entidad financiera, que tenga por interés conocer las características de un determinado inmueble que se le está ofreciendo en garantía, esto es, precisaría saber la naturaleza del mismo, su destino y si tiene cargas que lo graven. Pues bien, de la lectura de la regulación contenida sobre el particular en el RBEL no se incluye mención alguna, que sin embargo sí que aparece en el art. 33.4 de la estudiada LPAP (además de en las diversas normativas autonómicas sobre patrimonio) relativa a que dicho inventario no tenga carácter público y que el mismo constituya una herramienta de apoyo para la Administración, y tampoco se incluye mención alguna en el sentido de que terceros no puedan utilizar esta información para hacer valer derechos frente otras Administraciones Públicas.

Además, cabe señalar que el artículo 33 de la LPAP no resulta de aplicación directa a las EELL toda vez que el mismo no se halla incluido en la Disposición Transitoria Segunda de la LPAP (*ex art. 2.2 de la LPAP*), y que en el resto de normativa de ámbito foral no se prevé expresamente una regulación igual o parecida a la del art. 33.4 de la LPAP.

Así, cabe afirmar que, visto que no existe regulación en contra, nada obsta a que un particular o una entidad bancaria se puedan dirigir a la Administración Local que corresponda, acreditando previamente su interés legítimo, para obtener el acceso al inventario de bienes que custodie dicha Administración Local y conocer detalles de bienes que, o bien el particular sea concesionario y desee acreditar aspectos del bien en cuestión frente a la entidad bancaria, o bien la propia entidad bancaria que dentro de sus trabajos de análisis de la operación desee obtener información actualizada y de primera mano acerca del bien que la propia Administración Local le esté ofreciendo en garantía, como sería el caso de un bien patrimonial que se ofrezca para hipotecar. Consiguientemente, acreditando el interés legítimo mediante un escrito razonado y/o la aportación de documentos que lo demuestren, parece que la Administración Local titular del inventario en cuestión no debería oponerse a la petición de acceso al mismo,

precisamente, porque en este caso no aplicaría la rigidez de la LPAP en el sentido de no considerar al inventario como un registro público y no apto para el acceso de terceros.

Por todo ello, la regulación local de los inventarios es aparentemente menos restrictiva que la estatal, en el sentido de que la primera no incluye tantas exenciones de responsabilidad a favor de la Administración Pública, lo cual llegado el caso puede ser utilizado por un interesado en tener acceso al mismo y a confiar en que la información contenida en dicho inventario sea cierta. Es cierto que el RBEL es una norma reglamentaria anterior a la vigente LPAP y a su RLPAP, pero no es menos cierto el hecho que a dicho RBEL no le resulta de aplicación el artículo 33 de la LPAP y de que no ha sido modificado ni adaptado al régimen estatal. Por todo ello, se afirma que contiene un régimen menos restrictivo que permite al tercero que acceda al mismo confiar en el contenido de dicho inventario, ello en base al propio principio de legalidad a cuyo amparo debe actuar la Administración Pública y, por tanto, en pleno acatamiento de las normas que guían su actuación (artículos 9 y 103 de la CE, y 3.1 de la LRJSP).





## **CAPÍTULO III**

### ***LOS CONTRATATOS DE FINANCIACIÓN BANCARIA VERSUS LOS CONTRATOS DE SERVICIOS BANCARIOS***

#### **1. TIPOLOGÍAS DE CONTRATOS Y RÉGIMEN JURÍDICO**

##### **1.1. Introducción**

En los dos Capítulos precedentes se han sentado aspectos introductorios necesarios para centrar el objeto de la presente tesis. A saber, por un lado se han concretado los contratos bancarios que eventualmente pueden contratar las Administraciones Públicas al hilo de la regulación contenida en el Derecho Bancario, público y privado. Luego se ha individualizado el colectivo de las Administraciones Públicas y su perímetro SEC, como parte subjetiva de la presente tesis y con la consideración de cliente bancario público, así como aludido al específico régimen jurídico que aplica a su dinero y bienes, en tanto que patrimonio del cliente bancario cuya relevancia es crucial a la hora de solicitar y obtener financiación de parte de una entidad financiera.

Sentadas las anteriores premisas, procede a continuación ahondar en la distinción, anteriormente apuntada, de los dos posibles tipos de contratos que una Administración Pública puede convenir con una entidad financiera, esto es, los contratos cuya finalidad es la obtención de fondos y financiación por un lado, y los contratos cuya finalidad es gestionar los ingresos y cobros de una Administración pública por otro. El estudio comparativo de ambos es lo que se abordará en el presente Capítulo III, a fin de definir con nitidez el marco jurídico aplicable a los contratos de financiación bancaria, como parte objetiva de la presente tesis, para su desarrollo en el posterior Capítulo IV.

En la actualidad, estas dos tipologías contractuales se hallan referidas en el TRLCSP, aunque en diferente medida e intensidad, según se explica a continuación.

## 1.2. Los contratos de financiación bancaria

Éste es el tipo de contratación que las Administraciones Públicas llevarán a cabo con el sector bancario a fin de obtener dinero a préstamo o crédito, así como también para la realización de operaciones con derivados financieros, esto es, contratación bancaria en mercado primario y mercado secundario. Por ello, es una contratación cuya esencia es la de obtener dinero de fuera del ámbito del sector público, por lo que se tratará de ingresos que no ha generado la Administración Pública contratante pero que, sin embargo y en contrapartida, dicha Administración deberá estar en disposición de poder devolver o restituir a la entidad financiera que se lo haya facilitado.

Dicho de otra manera, la Administración Pública solicitará financiación procedente del sector bancario privado cuando aquella no cuente con suficiente liquidez propia, para atender el cumplimiento de sus finalidades. Y ello sin perjuicio de la posibilidad que ostentan actualmente algunas Administraciones Públicas de obtener financiación procedente del propio sector público a través de fondos de financiación, aspecto al que se aludirá en el Capítulo IV<sup>231</sup>. En este párrafo se han apuntado varias ideas clave de este tipo de contratación, que se desarrollan a continuación.

El punto de partida para el análisis del régimen jurídico de los contratos de financiación bancaria es el artículo 4 del TRLCSP sobre “*Negocios y contratos excluidos*”. Como su título advierte, este artículo regula las contrataciones que no se rigen por esta Ley y, por tanto, que se hallan fuera de su ámbito de aplicación. Pues bien, dentro del ámbito de las exclusiones al TRLCSP el artículo 4, letra l) del TRLCSP prevé lo siguiente: “*1. Están excluidos del ámbito de la presente Ley los siguientes negocios y relaciones jurídicas: (...) l) Los contratos relativos a servicios financieros relacionados con la emisión, compra, venta y transferencia de valores o de otros instrumentos financieros, en particular las operaciones relativas a la gestión*

---

<sup>231</sup> Esta dualidad de posibilidades de financiación viene de antiguo, según se reconocía en la obra de GILBART, James William. *The history, principles and practice of banking*, editorial Bohn's Libraries, G. Bell and Sons Ltd., Volumen I, 1ª edición, Londres, 1911, pág. 10. Sobre la evolución del sistema bancario, el autor exponía que: “*Although the business of banking has probably always been carried on by private individuals before it has been carried on by a public company, yet most countries have found it useful to establish a public or national bank. Some of these banks have been founded for the purpose of facilitating commerce, others to serve the government.*”

*financiera del Estado, así como las operaciones destinadas a la obtención de fondos o capital por los entes, organismos y entidades del sector público, así como los servicios prestados por el Banco de España y las operaciones de tesorería.”*

Luego, muy importante, el mismo artículo añade un segundo párrafo en el que especifica que: *“2. Los contratos, negocios y relaciones jurídicas enumerados en el apartado anterior se regularán por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse.”*

Dado que los preceptos que se acaban de transcribir engloban diversos matices que merecen su debida consideración, a continuación se desarrolla el alcance de los mismos respecto a los contratos de financiación bancaria.

#### 1.2.1. Contratos de financiación excluidos

En concreto, el artículo 4.1) del TRLCSP incluye a los siguientes contratos dentro de la exclusión que formula:

- (i) Contratos relacionados con la emisión, compra, venta y transferencia de valores o de otros instrumentos financieros: alcanza a todas las operaciones en las que intervengan instrumentos financieros y derivados financieros.
- (ii) Operaciones relativas a la gestión financiera del Estado: alcanza a toda la actividad relacionada con la hacienda pública estatal y, por tanto, consistente en la organización de sus ingresos y deudas, entre otras, también vía financiación/endeudamiento con el sector financiero.
- (iii) Operaciones destinadas a la obtención de fondos o capital por los entes, organismos y entidades del sector público: ésta es la mención que requiere mayor análisis detallado. Por un lado, alude a la operación más característica de la financiación bancaria cual es la consistente en que el banco preste o entregue dinero a su cliente, ya sea vía préstamo o crédito. Aunque no se indique la concreta finalidad, se trata de obtenciones de fondos destinadas a sufragar gastos y/o inversiones públicas que se deben acometer necesariamente a favor del interés general y por estar dentro de las políticas aprobadas por la Administración Pública. Por ello, se trata de operaciones financieras

denominadas en el argot bancario “*a largo plazo*”, esto es, de duración superior a un año.

Y, por otro lado, merece mención especial de la frase “*por los entes, organismos y entidades del sector público*”, ante la que claramente se reduce el ámbito subjetivo de la exclusión. Y es que, cuando el artículo en su totalidad parece estar refiriéndose a un ámbito de exclusión objetivo, ya que lo define en base a tipologías contractuales que saca de su ámbito de aplicación, la aparición de esta frase, de finalidad indiscutiblemente subjetiva, deja claro que las operaciones de captación de fondos excluidas sólo serán las que contraten los entes, organismos y entidades del sector público. Por ello, quedarían fuera de la exclusión las Administraciones Públicas en sentido estricto, pues ésta parece que es la voluntad del legislador a juzgar por la redacción analizada.

Dado, por tanto, que del resto del TRLCSP no se desprende evidencia alguna de que ello deba ser de otro modo, debe entenderse que el artículo 4.1.1) del TRLCSP excluye de su ámbito de aplicación a todas las operaciones de obtención de fondos, con independencia de si las mismas han sido realizadas por un ente, organismo o entidad pública.

Cabe aquí apuntar que el TRLCSP transpuso la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro (en adelante, Directiva 2004/18/CE). En su artículo 16 se contenía la exclusión de los servicios “*d) relativos a servicios financieros relacionados con la emisión, compra, venta y transferencia de valores o de otros instrumentos financieros, en particular las operaciones destinadas a la obtención de fondos o capital por los poderes adjudicadores, así como los servicios prestados por los bancos centrales.*”

Nótese que el aspecto subjetivo considerado para la exclusión es “*poderes adjudicadores*”, concepto definido en el artículo 1.9 de la Directiva

2004/18/CE y comentado por GIMENO FELIU<sup>232</sup>, con regulación coincidente con el artículo 3.3 del TRLCSP, a cuyo tenor lo son: las Administraciones Públicas, los entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia y las asociaciones constituidas por los anteriores. Por lo tanto, en virtud de Directiva 2004/18/CE deberían quedar excluidos todos los contratos de préstamo concertados por Administraciones Públicas y por entes, organismos y entidades del sector público. Llegados a este punto se observa la incongruencia de transposición cometida sobre este punto lo que, a su vez, es fuente de conflictos en la práctica, tanto de parte de las Administraciones Públicas que pueden equivocarse o confundir el régimen jurídico verdaderamente aplicable, como de las entidades financieras que pueden tener inseguridad jurídica frente a las formas como los clientes públicos solicitan la financiación bancaria, y solo la forma de realizar las ofertas correspondientes. No obstante lo anterior, lo que resulta indiscutible es los principios de primacía (absoluta) del Derecho Comunitario<sup>233</sup>, ante el que la regulación del TRLCSP contraria a aquel debe ser inaplicable. Ello significa que las Administraciones Públicas en sentido estricto deberían convenir contratos de financiación, vía préstamo o crédito, sin sujeción directa al TRLCSP por considerarlos contratos excluidos.

Sin perjuicio de que éste sea el régimen vigente, se advierte que el artículo 10 del PLCS, cuyo estudio se aborda más adelante, excluye efectivamente a los contratos de préstamo sin formular ninguna limitación subjetiva: “*los contratos de préstamo y operaciones de tesorería, estén o no relacionados con la emisión, venta, compra o transferencia de valores o de otros instrumentos financieros.*” De modo que la regulación que sustituirá al TRLCSP excluye definitivamente a los contratos de préstamo de su ámbito de aplicación.

---

<sup>232</sup> GIMENO FELIU, José María. *El nuevo ámbito de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público: luces y sombras*, Revista de Administración Pública, número 176, mayo-agosto, editorial Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Madrid, 2008, págs. 9 a 54; sobre el alcance del concepto y sobre los requisitos para considerar que existe financiación pública de organismos públicos a la luz de la Directiva 2004/18/CE.

<sup>233</sup> Al respecto resulta ilustrativa la siguiente explicación sobre el principio no inscrito en los tratados de la Unión Europea, pero de creación jurisprudencial por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (consulta del 15/06/17): <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM:114548>

- (iv) Los servicios prestados por el Banco de España: incluye a todos los servicios, de tesorería y relativos a la Deuda Pública, que el Banco de España, como entidad reguladora superior del sistema financiero español, puede desarrollar y prestar frente al sector público, de conformidad con lo previsto en la LBE (especialmente, artículos 7, 13 y 14<sup>234</sup>).
- (v) Las operaciones de tesorería: finalmente, también se excluyen todas aquellas operaciones de financiación que sirven para atender los pagos inmediatos de caja, o tesorería, de cada Administración o entidad pública, o desfases transitorios de tesorería. Idiosincrásicamente, se trata de operaciones denominadas en el argot bancario “*a corto plazo*”, esto es, de duración inferior a un año y que atienden a estos gastos corrientes del ejercicio presupuestario anual o, en ocasiones, pueden consistir en el anticipo de los que la Administración va a recaudar durante el ejercicio<sup>235</sup>.

Por lo tanto, dentro del concepto de “*servicios financieros*” que es un concepto muy amplio, se engloban los relativos a la “*obtención de fondos o capital*” que éstos en particular están excluidos del ámbito de la Directiva 2004/18/CE y, por ende,

---

<sup>234</sup> En estos preceptos es donde la LBE regula los principios generales del Banco de España (artículo 7) que consisten fundamentalmente en mantener la estabilidad de precios y el cumplimiento de las funciones que ejerce en tanto miembro del SEBC (Sistema Europeo de Bancos Centrales), así como participar en el desarrollo de las funciones atribuidas a dicho SEBC entre las que se encuentran: a) Definir y ejecutar la política monetaria de la Comunidad, b) Realizar operaciones de cambio de divisas que sean coherentes con las disposiciones del artículo 109 del Tratado, c) Poseer y gestionar las reservas oficiales de divisas de los Estados miembros, d) Promover el buen funcionamiento del sistema de pagos, y e) Emitir los billetes de curso legal, entre otras. También los servicios de tesorería (artículo 13) que sean solicitados por las Comunidades Autónomas consistentes en el mantenimiento de las cuentas que sean necesarias, realizando por su cuenta ingresos y pagos y, en general, desarrollando cualquier otra actividad bancaria, tanto en el interior como en el exterior; incluida la remuneración de saldos si así se pacta. Y los relativos a la Deuda Pública a fin de facilitar los procedimientos de emisión, amortización y gestión, y también podrá ser titular de cuentas y entidad gestora del Mercado de Deuda Pública y abrir con el emisor cuentas de valores donde los suscriptores de Deuda Pública puedan mantenerla directamente anotada (artículo 14).

<sup>235</sup> Al respecto es oportuno referir el Informe 34/06, de 30 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado sobre “*Ausencia de limitaciones específicas derivadas de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas respecto a operaciones para financiar anticipos de subvenciones a entidades locales*”; aludido también por TORRES FERNÁNDEZ NIETO, Juan José (y otros). *Código de Contratos del Sector Público*, Colección Códigos con Jurisprudencia, editorial Aranzadi Thomson Reuters, 1ª edición, Pamplona, 2009, pág. 32. El Informe concluye que “*las operaciones de crédito o préstamo que ha de acudir la Diputación Provincial de Teruel para financiar anticipos a las entidades locales no le resultan limitaciones específicas derivadas de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, sino exclusivamente de los límites, condiciones y procedimiento de la regulación de Haciendas Locales.*”

deberían de haber quedado también excluidos del ámbito del TRLCSP. Consiguientemente, el resto de servicios financieros distintos de éstos y de los demás del artículo 4.1.1) del TRLCSP, sí que estarán incluidos en el ámbito objetivo de aplicación del TRLCSP. Para éstos, cabe hacer remisión a lo previsto en el artículo 20 del TRLCSP en cuya virtud los mismos serán considerados como contratos privados del sector público, al ser servicios incluidos en el apartado 6 del Anexo II del TRLCSP, al que luego se aludirá.

En todo caso, los contratos excluidos se regirán, a tenor del artículo 4.2 del TRLCSP “por sus normas especiales”. En el caso de los contratos de financiación se trata del CCo, las leyes mercantiles y toda la regulación vigente que aplique a la contratación bancaria, en suma, el Derecho mercantil y el Derecho bancario. Sin perjuicio

#### 1.2.2. Régimen de los contratos excluidos y principios del TRLCSP

Para determinar la normativa que deben regir los contratos bancarios excluidos del TRLCSP, cabe acudir precisamente al mismo TRLCSP. Así, conforme al artículo 4.2 del TRLCSP tales contratos “*se regularán por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse*”. Ante esta afirmación, es preciso distinguir dos aspectos fundamentales:

- (i) Por un lado, estos contratos de financiación se regirán por sus “*normas especiales*”. Más que especiales, cabe entender que se regirán por sus normas propias en el sentido de que serán aquellas que se ocupen de regular este tipo de contratos. En este caso y trayendo a colación todo lo explicado en los artículos anteriores, los contratos bancarios de financiación hallan su extensa y global regulación dentro de la rama del Derecho Mercantil conocida como “*Derecho Bancario*” y, en concreto, el antes referido como “*Derecho Bancario Privado*”. Este conjunto ordenado de normas, principios y usos mercantiles y bancarios son los que a día de hoy regulan la totalidad de los contratos de financiación que se celebren, ya sea con personas privadas o ya sea con personas públicas. *A priori*, es indiferente cuál sea el destinatario o cliente de estos contratos, ya que siempre serán de aplicación las normas del Derecho Bancario Privado para configurar estos contratos, para regular sus detalles, para



establecer los pactos financieros y para determinar sus garantías y momento de extinción.

De hecho, el propio TRLCSP así lo confirma al manifestar que los contratos de financiación bancaria se registrarán por el Derecho privado (bancario) de manera indirecta en su artículo 4.2, por todo lo que se puede afirmar que incluso el TRLCSP remite a las normas de Derecho privado mercantil la regulación de los contratos de financiación bancaria. Esta no es una cuestión baladí y demuestra como el legislador ha considerado la idiosincrasia y especialidad de estos contratos llegando incluso a la situación de que, sin perjuicio de que pueda ser cliente y destinatario de estos contratos una Administración Pública, ante ello el legislador sigue constante y respetuoso a las características reales y filosofía de estos contratos y, sin perjuicio de ello, sigue sin separarlos de su ámbito privado y mercantil. Ello, en la práctica, cabe entender que supone un evidente argumento de seguridad jurídica frente a las partes y frente a todos, en el sentido de que el contrato de financiación que un banco conceda a una Administración Pública seguirá siendo un contrato de financiación de la misma tipología y finalidad que el contrato de financiación que un banco pueda celebrar con una empresa o particular, como ya se ha introducido en el Capítulo I.

En cualquier caso, no puede olvidarse que, a pesar de ser contratos excluidos que se registrarán por el Derecho privado, no es menos cierto que una de las partes será una Administración Pública sujeta a Derecho público, lo que significa que los actos internos y necesarios que lleve a cabo la misma para el buen fin de la contratación de la financiación bancaria van a ser actos administrativos, verdaderos actos separables<sup>236</sup>.

---

<sup>236</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *La doctrina del precedente administrativo*, Revista de Administración Pública, número 98, mayo-agosto, editorial Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Madrid 1982, págs. 32 a 33; en donde aclara que es de aplicación en actuaciones de Derecho Privado en el marco de contratos administrativos entendiéndolo que en este caso el autor cuando alude a los “*contratos administrativos*” lo hace a la actividad contractual de la Administración en su globalidad (págs. 32-33): “(...) *En este punto es necesario hacer una precisión. Una cosa es que la doctrina del precedente no pueda ser aplicada al contrato administrativo en sí mismo considerado, al puro acuerdo de voluntades, y otra cosa bastante diferente es que sí deba aplicarse a aquellas actuaciones unilaterales de la Administración*

(ii) Por otro lado, que entre los extremos que deben de considerarse en la contratación bancaria con personas públicas, hay uno de fundamental que son los principios del propio TRLCSP, que deben utilizados para resolver las dudas y lagunas que se pudieran presentar en el marco de estas contratación. Por tanto, aquí se presenta un elemento distintivo que aparece cuando la contratación de financiación bancaria la lleva a cabo una Administración Pública, que no es otro que la aplicación de aquellos principios. Este sí es un verdadero aspecto diferencial que, huelga decirlo, en ningún caso aplicará cuando la contratación de dicha financiación la realice una persona privada, ya sea persona física o jurídica. Consiguientemente, nos hallamos ante una verdadera limitación a la autonomía de la voluntad impuesta por el legislador, situación ante la que dicha autonomía de la voluntad queda suplantada por lo que se podría denominar “*autonomía pública*”<sup>237</sup> o del legislador o del interés general que, con la voluntad de tutelar el interés superior que es la sostenibilidad financiera y adecuado destino de los recursos públicos, puede imponer (y sin que este verbo resulte exagerado ni improcedente) la aplicación de los principios de la contratación pública. Ello, según como se interprete, se podría considerar como una intervención de las normas especiales o normativa mercantil y bancaria por parte de las normas de la contratación pública. De

---

*conectadas en el contrato (decisión de contratar, ejercicio del ius variandi, rescisión, etc.) Estas actuaciones unilaterales conectadas con el contrato no son, en definitiva, sino actos administrativos. Se trata con esto simplemente de hacer el debido uso de la teoría de los actos separables. Lo dicho de los contratos administrativos puede decirse, asimismo, de las actuaciones de Derecho privado de la Administración, en virtud también de la teoría de los actos separables. La actividad de Derecho privado carece, por definición, del carácter exorbitante necesario para que pueda aplicarse la doctrina del precedente; los particulares no están obligados a actuar como en casos anteriores. Pero hay que diferenciar lo que es actuación de Derecho privado y lo que es acto administrativo conectado con ella; a este último sí le vincula el precedente.”*

<sup>237</sup> Esta, como denominamos, “*autonomía pública*” halla amparo legal en el artículo 25 del mismo TRLCSP sobre “*Libertad de pactos*”: “1. En los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración.” Se observa, pues, como este artículo hace un símil con el artículo 1.255 del CC aunque introduciendo aquí el límite, propio e idiosincrásico, de proteger al interés general. Es un principio, por tanto, condicionado al cumplimiento de otros, por lo que “*la distancia entre la libertad civil y la discrecionalidad administrativa incrementa sobremanera, desde luego en lo que afecta a la preparación y adjudicación de contratos íntegramente sometidos al TRLCSP.*” Así se expresa en YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (Dir.). *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias. Contratos públicos*, Tomo XIV, editorial Thomson Reuters Aranzadi, 1ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2014, pág. 63.

hecho, así es pero cabe entender que la supremacía del interés general, que siempre y en todo caso, ostenta un rango superior, justifica esta extensión hecha por el legislador de los principios de la contratación pública al ámbito de la contratación privada.

En particular, nótese que los principios son llamados por el artículo 4.2 para resolver dudas y lagunas y, por tanto, aspectos no regulados y aspectos que no tengan una interpretación pacífica. En cuanto a los aspectos no regulados o lagunas parecería que es procedente siempre y cuando se trate de aspectos que estén efectivamente regulados en el TRLCSP y que, en ningún caso, su aplicación provoque la desnaturalización del contrato en particular ni de sus trámites. Por ello, se entiende que tales principios aplicarán siempre y cuando en el marco de la contratación basada en normas mercantiles y bancarias de que se trate, hubiere algún aspecto no regulado en dichas normas mercantiles y bancarias pero que, sin embargo, sí estuviere regulado en el TRLCSP. De entrada, parece un supuesto poco probable la llamada del TRLCSP para colmar lagunas del derecho mercantil y bancario, aunque no se puede descartar y hay que tenerlo presente dado que así está regulado. Sin embargo, parece que sea de mayor probabilidad de aplicación la previsión de que los principios del TRLCSP sirvan para interpretar dudas que puedan surgir en estos contratos de financiación bancaria y aquí se pueden plantear conflictos entre, por poner un ejemplo, las normas privadas de interpretación de los contratos del CC<sup>238</sup> y los principios de la contratación pública, así como también las normas privadas o práctica habitual para la adjudicación de contratos, que son las leyes del mercado y la autonomía de la voluntad, con el principio de contratación pública de escoger la oferta económicamente más ventajosa.

Para concretar, los principios del TRLCSP que, por mandato de su artículo 4.2, son de aplicación a la contratación de financiación bancaria a favor del sector

---

<sup>238</sup> LETAI WEISSENBERG, Pedro. *Siete lecciones de derecho de contratos*, Colección IE Law School, editorial Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, 1ª edición, págs. 100 a 101; sobre la interpretación bilateral y conforme a CC de los contratos privados.

público se hallan recogidos en diversos artículos del TRLCSP<sup>239</sup> y son los siguientes:

- Libertad de acceso a las licitaciones.
- Publicidad y transparencia de los procedimientos.
- No discriminación e igualdad de trato entre los candidatos.
- Aseguramiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto.
- Eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y a la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer.
- Salvaguarda de la libre competencia.
- Selección de la oferta económicamente más ventajosa.
- Eficacia y eficiencia de la actuación administrativa.<sup>240</sup>

Estos principios proceden del Derecho Comunitario y se han ido introduciendo en el ordenamiento jurídico español a través de las diversas directivas que se han traspuesto en materia de contratación pública, por lo que son principios aplicados en todo el ámbito de la Unión Europea y, en todo caso, destinados defender y priorizar el interés general por encima del interés particular. Por esta razón son claramente principios de contratación pública cuya aplicación a la contratación privada parecería *a priori* un contrasentido. En la práctica es una cuestión delicada y habrá que ver caso por caso, si hay dudas cómo se

---

<sup>239</sup> En esencia, se trata de los principios consagrados en el artículo 1 del TRLCSP, pero también el artículo 139 sobre igualdad y transparencia, así como en los artículos 191 y 192, en materia de adjudicación.

<sup>240</sup> Se citan, los de eficacia y eficiencia, en la Disposición Adicional Decimosexta sobre el uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos regulados en el TRLCSP. Los principios de eficacia y eficiencia son, en puridad, principios general del Derecho Administrativo y, por ello, deben de guiar la actividad de los poderes públicos. Dada esta vocación general, ambos se hallan consagrados en el artículo 3 de la LRJSP.

resuelven las mismas. Por ejemplo, la contratación pública propugna la igualdad de trato y de acceso de los candidatos a las licitaciones, así como también la publicidad y libre concurrencia. Si una Administración Pública desea contratar una financiación a largo plazo vía préstamo y tiene dudas acerca de cómo tramitar esta contratación, que es de índole privada, deberían en teoría de llevar a cabo un procedimiento competitivo en el que se diera publicidad del objeto que desean contratar y hacerlo público y conocido a cuantos del sector pudieren tener interés a fin de que pudieren presentar sus respectivas ofertas. Luego, en caso que la Administración Pública, ante la diversidad de ofertas recibidas, tuvieren dudas acerca de cuál de ellas deberían escoger, en base a los principios de la contratación pública deberían decantarse por aquella que sea la económicamente más ventajosa.

Aunando los resultados de estas posibles dudas que en la práctica pudiera tener la Administración se llega al resultado de que dichas dudas habrían quedado despejadas y solucionadas, en realidad, con la convocatoria de un concurso público de financiación y, llegados a este punto surge la pregunta de si esto es lo que persigue el TRLCSP. En principio, parece una conclusión contradictoria con la propia regulación que, de entrada, excluye a los contratos de financiación bancaria de su ámbito de aplicación; pero luego, de surgir dudas y estimando que el alcance y calibre de las mismas estaría muy probablemente relacionadas con la voluntad pública de contratar la financiación en las condiciones más ventajosas desde un punto de vista económico, todo ello arroja el resultado de que no habría sido en puridad una contratación privada regida por sus normas especiales mercantiles y bancarias, sino que habría sido una apariencia de ello pero, de hecho, una contratación bajo el paraguas y principios públicos y, por ello, muy asemejada a una contratación pública. Habrían algunos elementos distintivos como seguramente el plazo de duración de la contratación, ya que siendo financiaciones a largo plazo durarían más de los cuatro años iniciales previstos para los contratos de servicios, pero en cualquier caso lo que se quiere significar es que esta contratación se habría encorsetado bajo las pautas de la contratación pública, y así predirigido y preestablecido por el propio TRLCSP.

Llegados a este escenario se observa que, a pesar de todo, la regulación actual sí que quiere de algún modo no olvidarse de las contrataciones excluidas de la TRLCSP y, por ello, sujetar las mismas *in extremis* a dicha Ley. De este modo, el legislador se asegura la aplicación de los principios de contratación pública incluso al ámbito de las contrataciones excluidas de su ámbito de aplicación. Ciertamente es que el interés público es finalmente el que se quiere tutelar y evitar cualquier vulneración del mismo, pero se puede afirmar que existe una clara disonancia o contradicción entre la regulación contenida en el artículo 4 del TRLCSP en donde, por un lado, se excluyen de su ámbito de aplicación a los contratos de financiación bancaria y, por otro lado, se remite su regulación a las normas de Derecho mercantil y bancario pero puntualizando que sus dudas o lagunas se resolverán con los principios del TRLCSP, siendo precisamente esta mención final la que provoca que en realidad los principios y los procedimientos de contratación del TRLCSP acaben aplicando muy directamente a la contratación de financiación bancaria por parte de personas públicas.

En base a lo anterior, la aplicación de los principios de contratación pública no es en puridad supletoria, sino que puede llegar a ser principal en casos en que la Administración o el organismo contratante tengan dudas *ex ante* a la contratación<sup>241</sup>.

Finalmente, para terminar el comentario sobre la aplicación de los principios de contratación pública a la contratación de financiación bancaria por parte de Administraciones, cabe hacer constar un detalle. Como se ha dicho, la aplicación de estos principios puede ser principal en el caso que el órgano

---

<sup>241</sup> En este sentido, se considera una afirmación excesiva la relativa a que “*en cuanto a la selección d la oferta más ventajosa, ni que decir que ésta es libre, puesto que no hay criterios de adjudicación en el sentido del TRLCAP*”, realizada por VICENTE IGLESIAS, José Luis. *Análisis de los contratos bancarios y de seguros en la normativa de contratos de las administraciones públicas con especial referencia a las Corporaciones Locales*, publicación de la Revista Práctica Contratación Administrativa, Año 6, Núm. 49, enero 2006, editorial La Ley, pág. 40. Aunque luego el autor lo matice luego añadiendo que “*pero la selección debe sujetarse, cuando menos, a los principios de buena administración, eficacia y eficiencia que deben presidir la actuación de cualquier Administración Pública*”, matiz que sería insuficiente ante la anterior afirmación categórica. En todo caso, el principio de oferta más ventajosa sigue motivando la adjudicación de contratos de financiación bancaria en el ámbito del sector público.

contratante decida desde el principio aplicar estos principios y la filosofía que los mismos conllevan y, por tanto, bajo los cauces de una pseudocontratación pública contrate una financiación bancaria. Otra cosa que cabe poner en relación son los contratos de servicios bancarios antes aludidos los cuales, como se explicará con detalle seguidamente, solamente rigen su fase de preparación y adjudicación por la regulación del TRLCSP, de modo que sólo les aplicarán los principios de dicho TRLCSP en estas fases, pero no luego durante la ejecución del contrato ni su extinción, momentos en los que aplica el Derecho privado, mercantil y bancario. Aunque, Esta circunstancia, también, arroja mayor cuestionamiento si cabe a la aplicación no supletoria de los principios de la contratación pública en el marco de la contratación de financiación bancaria por parte de la Administración Públicas.

### **1.3. Contratación de servicios bancarios**

Como contratación bancaria diferenciada de la anterior, está la contratación de los servicios bancarios que puede llevar a cabo la Administración Pública con una entidad financiera. Dichos servicios bancarios no tienen por objeto la financiación, siendo este el elemento diferencial respecto de los otros contratos bancarios antes explicados cuya única finalidad es la financiación del sector público o bien la contratación de otros instrumentos financieros relacionados con dicha financiación. Se trata de servicios prestados por una entidad financiera en cuya virtud ésta ejecuta ordenes de cobro y/o pago a favor y por cuenta de la Administración Pública solicitante del servicio.

Como ya se ha apuntado, la contratación de tales servicios bancarios se halla incluida en el TRLCSP. De hecho, el antes transcrito artículo 4 de esta Ley en ningún caso se refiere a dichos servicios, sino que lo que hace el TRLCSP es regularlos directamente como contratos privados del sector público y alude a los mismos en el artículo 20 sobre *“Contratos privados”* cuyo tenor literal es el siguiente: *“1. Tendrán la consideración de contratos privados los celebrados por los entes, organismos y entidades del sector público que no reúnan la condición de Administraciones Públicas. Igualmente, son contratos privados los celebrados por una Administración Pública que tengan por objeto servicios comprendidos en la categoría 6 del Anexo II, la creación e interpretación artística y literaria o espectáculos comprendidos en la*

*categoría 26 del mismo Anexo, y la suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos, así como cualesquiera otros contratos distintos de los contemplados en el apartado 1 del artículo anterior.”*

Llegados a este punto conviene aclarar que los contratos comprendidos en la categoría 6 del Anexo II del TRLCSP son los siguientes: *“Servicios financieros: a) servicios de seguros, b) servicios bancarios y de inversión (3)”*. En la nota (3) del TRLCSP se dice textualmente que: *“Exceptuando los servicios financieros relativos a la emisión, compra, venta y transferencia de títulos u otros instrumentos financieros, y los servicios prestados por los bancos estatales. Quedan también excluidos los servicios que consistan en la adquisición o el arrendamiento, independientemente del sistema de financiación, de terrenos, edificios ya existentes u otros bienes inmuebles, o relativos a derechos sobre estos bienes; no obstante, los servicios financieros prestados, bien al mismo tiempo, bien con anterioridad o posterioridad al contrato de adquisición o de arrendamiento, en cualquiera de sus formas, se regularán por lo dispuesto en la presente Directiva.”* En esta nota se puede apreciar, en lo manifestado en su primera frase, que el TRLCSP insiste en el hecho que las operaciones con instrumentos financieros están excluidas del ámbito de aplicación de la Ley, así como también los servicios de los bancos centrales, entiéndase a nuestros efectos, los del Banco de España.

El régimen jurídico aplicable a los contratos privados, conforme al artículo 20.2 del TRLCS, será el Derecho público para las fases de preparación y adjudicación, y el Derecho privado para las fases de efectos y extinción. Según ha apuntado PAREJO<sup>242</sup>, respecto de estas últimas fases, *“lo tradicional en el derecho español era que aquí se aplicase con exclusividad el derecho privado”*, a lo que añade que *“al no existir un interés público preponderante para los ciudadanos, la lógica imponía emplear las normas del Código Civil o Código de Comercio que se aplicarían a cualquier otra relación contractual entre particulares. Esas normas no se aplicaban en ningún caso como derecho supletorio sino como derecho directa y únicamente aplicable.”*

---

<sup>242</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano y PALOMAR OLMEDA, Alberto (Dirs.). *El nuevo marco de la contratación pública*, editorial Bosch, 1ª edición, Barcelona, 2012, pág. 40.



Conforme con lo anterior, los contratos de servicios bancarios serán siempre contratos privados del TRLCSP, con independencia de que los haya celebrado una Administración Pública o bien un ente, entidad u organismo del sector público distinto a una Administración Pública como ha apuntado ESCRHUELA<sup>243</sup>.

A mayor abundamiento, el TRLCSP confirma nuevamente que los servicios bancarios son contratos privados, y no contratos administrativos, en su artículo 19 sobre “*Contratos administrativos*”, cuyo literal es el que sigue: “*1. Tendrán carácter administrativo los contratos siguientes, siempre que se celebren por una Administración Pública: a) Los contratos de obra, concesión de obra pública, gestión de servicios públicos, suministro, y servicios, así como los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado. No obstante, los contratos de servicios comprendidos en la categoría 6 del Anexo II y los que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos comprendidos en la categoría 26 del mismo Anexo no tendrán carácter administrativo.*”

Hechas estas matizaciones, se desprende que el legislador, consciente y voluntariamente, ha dejado a los contratos de servicios bancarios fuera del conjunto de contratos de servicios que regula el TRLCSP, y como un grupo de servicios que siempre serán de carácter privado.

Llegados a este punto queda en evidencia la voluntad del legislador para con los contratos de contenido bancario que celebren las Administraciones Públicas: excluir a los contratos de financiación, pero incluir a los contratos de servicios bancarios. Existe, por tanto, una clara dualidad contractual y de regímenes aplicables para las dos caras de una misma moneda, que es la relación banco o entidad financiera con el sector público. Siendo concedores de esta doble y paralela regulación, resultará del todo esencial e imprescindible distinguir claramente el tipo de contrato de que se trate en cada caso, a fin de poderle aplicar el régimen jurídico correcto. Ello sin perjuicio de que, como se ha explicado, las dificultades prácticas con las que se puede encontrar la contratación de financiación toda vez que el TRLCSP remite a su propia regulación

---

<sup>243</sup> ESCRHUELA MORALES, Francisco Javier. *La contratación del sector público. Especial referencia a los contratos de suministro y de servicios*, editorial La Ley, 4ª edición, Madrid, 2012, págs. 1529.

para resolver dudas y lagunas cuando inicialmente la ha excluido de su ámbito de aplicación.

### 1.3.1. Preferencia por el procedimiento negociado

Sin perjuicio de la exclusión de los contratos de financiación del ámbito del TRLCSP, en la medida que supletoriamente la Administración Pública pueda aplicar los principios de la ley, para dicho escenario se considera de utilidad hacer referencia al procedimiento negociado que es el que se aplica mayoritariamente para licitar servicios bancarios.

De entre las tres tipologías (abierto, restringido y negociado), el TRLCSP ha establecido el procedimiento negociado como la forma de licitación habitual o por defecto de los servicios bancarios. Así el artículo 174 dispone que *“Además de en los casos previstos en el artículo 170, los contratos de servicios podrán adjudicarse por procedimiento negociado en los siguientes supuestos: a) Cuando debido a las características de la prestación, especialmente en los contratos que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual y en los comprendidos en la categoría 6 del Anexo II, no sea posible establecer sus condiciones con la precisión necesaria para adjudicarlo por procedimiento abierto o restringido.”* Se trata de un claro supuesto de llamada del legislador a la categoría de los contratos de servicios bancarios para ser licitados a través de un procedimiento negociado, considerando por tanto la tipología contractual. Y, también, el legislador ha considerado la situación habitual de que en estos contratos no es *“posible establecer sus condiciones con la precisión necesaria”* para adjudicarlo a través de un procedimiento abierto o restringido.

La razón de ello es que los servicios bancarios habitualmente los servicios bancarios deben ser objeto de concreción en cada caso a fin de ajustarse a las necesidades de la Administración Pública solicitante, y puede suceder que el órgano de contratación no pueda emitir un listado y características concreto de este servicio en el momento de publicar la licitación (tipología de las cuentas a abrir, disponibilidades y operativa de cada una de ellas, importes de las cuentas y a gestionar diariamente, vías de pagos y cobros a gestionar, periodicidad y formularios de envíos de ficheros, atención al cliente, gestión de incidencias, etc). Por este motivo es el caso paradigmático de contrato cuyas prestaciones deben ser objeto de negociación entre

ambas partes a fin de que el órgano de contratación pueda finalmente obtener ofertas óptimas y ajustadas a sus necesidades<sup>244</sup>. Consiguientemente y hecha esta negociación, será cuando las entidades financieras licitadoras podrán ofertar su precio y ajustarlo al tipo de servicio concreto que necesite el órgano de contratación. Ambas circunstancias, características técnicas y operativas por un lado y precio por otro, son las “condiciones” a las que alude el transcrito artículo 174.a) del TRLCSP. Nótese que estas condiciones podrían ser también las condiciones financieras en un contrato de financiación, por lo que en estos casos el procedimiento negociado sería la vía supletoria a seguir por parte del órgano de contratación en caso de que éste optase por una aplicación supletoria del TRLCSP para adjudicar el contrato.

### 1.3.2. Régimen de publicidad en el procedimiento negociado

Respecto de los contratos de servicios incluidos en las categorías 1 a 16 del Anexo II, el artículo 141.1.c) del TRLCSP exige con carácter general que los órganos de contratación publiquen un anuncio de información cuando el valor estimado del contrato “*sea igual o superior a 750.000 euros.*” Luego, para los procedimientos negociados seguidos por imperativo del artículo 174.a) del TRLCSP, el artículo 177.1 dispone que “*el órgano de contratación deberá publicar un anuncio de licitación en la forma prevista en el artículo 142*”. Éste último artículo exige anuncio de la licitación (i) en el Boletín Oficial del Estado, si son Administraciones o entes públicos del ámbito estatal, o (ii) en los diarios y boletines oficiales autonómicos o provinciales, si se trata de Administraciones o entes públicos del ámbito autonómico o local. En este segundo grupo, el TRLCSP no lo establece de manera imperativa sino de manera dispositiva al decir “*se podrá sustituir la publicación en el «Boletín Oficial del Estado» por la que se realice en los diarios o boletines oficiales autonómicos o provinciales.*” Con carácter adicional a esta publicación, en el caso que el contrato esté sujeto a regulación armonizada, el anuncio también se deberá publicar en el “*Diario Oficial de la Unión Europea*”.

---

<sup>244</sup> En todo caso, la negociación se deberá ajustar a lo previsto en los artículos 169.1, 176 y 178 del TRLCSP: consultas del órgano de contratación a los candidatos, en base a los términos a negociar previstos en los pliegos, igual trato entre los licitadores y garantía de una competencia efectiva; y pudiendo finalmente proceder a la adjudicación en caso de haber obtenido, al menos, tres ofertas de empresas capacitadas para la prestación del servicio siempre que ello sea posible.

Finalmente y en todo caso, el anuncio de licitación se publicará en el perfil del contratante del órgano de contratación. De modo que el TRLCSP se ha ocupado de asegurar que las licitaciones tengan publicidad suficiente y que esta contratación sea conocida y pública.

Además de lo anterior, en sede de procedimiento negociado se establece un régimen de no publicidad para los casos no previstos en el artículo 177 del TRLCSP, según manifiesta el artículo 169.2 del mismo: *“En procedimiento negociado será objeto de publicidad previa en los casos previstos en el artículo 177, en los que será posible la presentación de ofertas en concurrencia por cualquier empresario interesado. En los restantes supuestos, no será necesario dar publicidad al procedimiento, asegurándose la concurrencia mediante el cumplimiento de lo previsto en el artículo 178.1”* Esta regulación distingue dos supuestos distintos de publicidad, que se analizan a continuación. Por un lado, los casos de procedimiento negociado referidos en el artículo 177 del TRLCSP, entre los que se incluye el supuesto del artículo 174.a), todos ellos se sujetan a publicidad, y por tanto es lo que ya se ha explicado en los anteriores párrafos. Pero, por otro lado, la frase final del fragmento transcrito permite no publicar la licitación todos los supuestos de procedimiento negociado que no estén dentro del artículo 177 y, para estos casos, se remite a una pseudopublicación que es la prevista en el artículo 178.1 y que consiste en *“En el procedimiento negociado será necesario solicitar ofertas, al menos, a tres empresas capacitadas para la realización del objeto del contrato, siempre que ello sea posible.”* Por lo tanto, este apartado lo único que exige es que se hayan solicitado y obtenido tres ofertas en el procedimiento negociado, nada más y nada de publicaciones en diarios oficiales.

Ante ello, los casos no previstos en el artículo 177 son los de las letras b, c, d, e del artículo 174. Por lo tanto, a estos cuatro supuestos no será necesario dar publicidad al procedimiento. Desde la perspectiva de los servicios bancarios, los casos de las letras b, c y d no parecen aplicables, sin embargo sí que lo puede ser el caso previsto en la letra e: *“En todo caso, cuando su valor estimado sea inferior a 100.000 euros.”* Este supuesto puede darse en la realidad de la contratación de servicios bancarios, especialmente si se tiene en consideración que, en casos en que se haya licitado el servicio bancario sin coste o sin precio, el órgano de contratación correspondiente

podría interpretar que, precisamente por el motivo del importe, tal licitación encaja con el supuesto de la letra e) del artículo 174 del TRLCSP y, consiguientemente, omitir toda forma de publicación y, en su lugar, optar por solicitar las tres ofertas a que alude el artículo 178.1 del TRLCSP.

Llegados a este punto, se pueden formular dos conclusiones sobre el régimen de la publicidad de los contratos de servicios bancarios bajo el TRLCSP: (i) por un lado, que la regulación de este régimen aparece notoriamente dispersa en la norma y, además, regulada en modo que no resulta directamente comprensible ya que realiza remisión a diversos artículos concatenados. Dicha falta de homogeneidad en la regulación puede resultar confusa, pero lo que es más destacable en perjuicio de la claridad de la norma, es que (ii), por otro lado, esconde en puridad supuestos liberados de cualquier tipo de publicidad de la licitación cuando el importe del contrato de servicios a licitar sea inferior a 100.000 euros. Y lo que resulta revelador es que, en la hipótesis de no sujetarse a precio alguno la licitación de servicios bancarios, ello provoca que el órgano de contratación no estime pertinente formular publicidad de tal licitación en base a los artículos 169.2 del TRLCSP, lo que provoca que se puedan estar licitando contratos de servicios bancarios sin sujetarse a los principios, esenciales y básicos de la contratación pública, de publicidad y transparencia; lo cual sería una práctica no deseada por el legislador y, por ello, contraria a la constitucional sumisión a la ley de las Administraciones Públicas.

### 1.3.3. Procedimiento abierto para “*contratos mixtos*”

Es relativamente frecuente en la práctica que el órgano de contratación utilice el procedimiento abierto para la licitación conjunta de servicios bancarios, que pueden incluir los de recaudación, y financiación bancaria<sup>245</sup>. Es una tipología contractual que

---

<sup>245</sup> Es el caso, por ejemplo, del “*proceso de selección de entidades de crédito colaboradoras en la prestación de los servicios de tesorería y recaudación de la Comunidad de Madrid*”, según anuncio publicado en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid núm. 106, de 6 de mayo de 2014; en donde se describía el objeto de los servicios del siguiente modo: “*Las entidades colaborarán en la recaudación de ingresos de la Comunidad de Madrid y concertarán, además, financiación a corto plazo. Dos de las entidades colaboradoras prestarán el servicio de recaudación y pagos y concertarán una financiación a corto plazo adicional. Se seleccionará, también, entre las entidades colaboradoras, a la entidad que prestará el servicio de recaudación de ingresos abonados mediante tarjeta de débito o crédito en terminales en el punto de venta (TPV). Las entidades colaboradoras seleccionadas prestarán además otros servicios bancarios y financieros adicionales.*” (consulta del

aglutina, por un lado, la cobertura de todas las necesidades técnicas y operativas de servicios bancarios que necesita una determinada Administración o ente público y, por otro lado, la puesta a su disposición de un determinado importe de crédito. Habitualmente puede tratarse de contratos licitados por las CCAA para dar cobertura a sus necesidades de tesorería de manera completa. En estos casos, el uso del procedimiento negociado podría ser adecuado en base al artículo 174.a) del TRLCSP antes citado y por no poder determinar a priori las condiciones de este servicio, pero por otro lado en la intencionalidad del órgano de contratación puede estar la de dar la máxima publicidad al contrato a fin de hallar la oferta más ventajosa posible.

Conforme al artículo 157 del TRLCSP, en el procedimiento abierto, *“todo empresario podrá presentar una proposición, quedando excluida toda negociación de los términos del contrato con los licitadores”*, lo cual es la base de todo procedimiento abierto y, en el caso analizado, supondría la imposibilidad *ab initio* de mantener conversaciones ni negociaciones respecto del objeto el contrato. Ello equivale a decir que, habiendo escogido el procedimiento abierto, el órgano de contratación debe de haber predeterminado con detalle y claridad las condiciones de los servicios bancarios objeto de licitación (además de las otras prestaciones que integren el objeto del contrato, habida cuenta que se están comentando contratos con diversas prestaciones), lo cual podría entrar en un aparente conflicto con el antes explicado artículo 174.a) del TRLCSP. Ello porque, por un lado, el TRLCSP establece la presunción de que los servicios bancarios es una categoría contractual en la que no siempre es posible determinar las condiciones del contrato con la precisión necesaria, lo cual halla como solución del legislador la posibilidad de licitarlos en un procedimiento negociado. Pero, desde el momento que una Administración licite un contrato que incluya servicios bancarios por un procedimiento abierto significa que la prestación de

---

día 15/06/17): [https://www.bocm.es/boletin/CM\\_Orden\\_BOCM/2014/05/06/BOCM-20140506-54.PDF](https://www.bocm.es/boletin/CM_Orden_BOCM/2014/05/06/BOCM-20140506-54.PDF)

También es el caso de la licitación para la *“prestación de los servicios que requieren la Tesorería Corporativa y las tesorerías de las Entidades Públicas de la Generalidad de Cataluña para operar de manera conjunta de acuerdo con un modelo de gestión de Cash-pooling”*, según anuncio publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea núm. 2017/S 105-211102, de 2 de junio de 2017, en donde se describía el objeto de los servicios del modo indicado aunque se excluía expresamente la recaudación al indicar que: *“De estos servicios se excluye la recaudación de ingresos y el confirming de la Tesorería Corporativa.”* (consulta del día 15/06/17): <http://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:211102-2017:TEXT:ES:HTML>

servicios bancarios está totalmente predeterminada. Se trata de un conflicto aparente toda vez que, en efecto, el órgano de contratación puede ya conocer de antemano el detalle de todos y cada uno de los servicios bancarios a licitar en base a su experiencia y a que ya haya licitado anteriormente el mismo contrato. Siendo ello así, la licitación conjunta bajo un procedimiento abierto es conforme a la legalidad siempre y cuando lo sean todos los extremos contenidos en el expediente de contratación.

Pero es que, además, la posibilidad de licitación conjunta que se está analizando ahora está amparada en el artículo 4.2 del TRLCSP, verdadera cláusula de cierre ya comentada con vocación de *vis atractiva* hacia la normativa de contratos de todos los contratos del sector público. Podría parecer una afirmación exagerada pero, en efecto, está habilitando a la Administración a licitar por el procedimiento abierto un contrato de financiación bancaria, por ejemplo, tal y como puede suceder en la práctica. Así, la Administración, en lugar de preguntar uno a uno a sus licitadores qué servicio le ofrecen y a qué precio, dicha Administración opta por predeterminar el contenido del contrato y su precio y lanzar luego una licitación abierta, aun cuando la parte de la financiación está excluida de la normativa de licitación pública. Esta actuación tiene un doble impacto: la eficiencia en la actuación administrativa cuando es necesario licitar varias categorías contractuales interrelacionadas, y la mayor seguridad jurídica tanto para la propia Administración como los licitadores que participen.

En cualquier caso y sin perjuicio de lo anterior, tampoco puede ignorarse el conflicto, aquí no aparente, que suscita en realidad el artículo 4.2 del TRLCSP en cuanto al margen de libertad que el legislador ha querido otorgar a los órganos de contratación, los cuales en puridad tendrán siempre a su disposición el TRLCSP, lo cual equivale a decir que siempre les aplicará el mismo, activa o pasivamente, por imperativo o como segunda *ratio*. La omnipresencia del TRLCSP en el marco de los contratos excluidos es una cuestión que no puede pasar por alto y que denota la preocupación del legislador de evitar que cualquier categoría contractual acabe íntegramente fuera del ámbito del TRLCSP.

Para terminar este apartado nótese que por motivos de cautela no se ha utilizado la alusión de “*contrato mixto*”, habiéndose optado por contrato global/dual o con prestaciones conjuntas. En el caso que nos ocupa sucede que, por un lado, servicios bancarios se sujetan al TRLCSP como contrato privado del sector público, y por otro

lado, financiación bancaria está excluida del TRLCSP como contrato privado excluido del ámbito del TRLCSP que se rige por el derecho privado y supletoriamente por el TRLCSP. Consiguientemente, el objeto dual supone que el mismo, en una parte, se deba regir por el TRLCSP y el Derecho privado y, en otra parte, por el Derecho privado y supletoriamente por el TRLCSP. En puridad, por tanto, son dos tipologías contractuales que no son en ningún caso contratos administrativos.

Y la definición de los contratos mixtos que ofrece el artículo 12 del TRLCSP se refiere a la combinación de prestaciones de contratos administrativos, al decir *“Cuando un contrato contenga prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase se atenderá en todo caso, para la determinación de las normas que deban observarse en su adjudicación, al carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico.”* Cabe apuntar que la alusión a *“un contrato”* se realiza en el artículo referido después que los artículos precedentes hayan conceptualizado los contratos administrativos de obras, concesión, suministro, servicios y de colaboración entre el sector público y el privado.

Luego, en el artículo 25.2 del TRLCSP, en sede de libertad de pactos, se aporta una nueva descripción del contrato mixto más amplia *“Sólo podrán fusionarse prestaciones correspondientes a diferentes contratos en un contrato mixto cuando esas prestaciones se encuentren directamente vinculadas entre sí y mantengan relaciones de complementariedad que exijan su consideración y tratamiento como una unidad funcional dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad o a la consecución de un fin institucional propio del ente, organismo o entidad contratante.”*

Por su lado, la doctrina administrativa ha puesto de manifiesto que el contrato mixto lo es respecto de prestaciones propias de diversos contratos administrativos, pero que no puede concebirse un contrato mixto que combine prestaciones de un contrato administrativo y de un contrato privado<sup>246</sup>. Éste no es el caso de los contratos

---

<sup>246</sup> En este sentido se ha pronunciado pronuncia el Informe 58/03, de 12 de marzo, de la Junta de Contratación Administrativa del Estado *“Determinación y régimen jurídico de los contratos mixtos”* en referencia al artículo 6 del TRLCAP, actual artículo 12 del TRLCSP. En concreto, manifestaba lo siguiente *“Lo hasta aquí expuesto permite perfilar el alcance del artículo 6 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas debiendo observarse en primer lugar que el mismo se refiere no solo a contratos mixtos de obras y suministro al que hacía referencia exclusiva el artículo 240 del Reglamento de 25 de noviembre de 1975, sino que se refiere a los tipos de contratos administrativos*



que se están estudiando ya que ninguno de ambos es un contrato administrativo y, de hecho, en alguna ocasión en la práctica pueden denominarse como mixtos a estas combinaciones de prestaciones.

De hecho, y aunque no sea una referencia habitual en la práctica, el TRLCSP parece permitir dichas combinaciones de prestaciones a la luz del supuesto regulado en su artículo 4.1.p) el cual podría ser utilizado análogamente al caso de la mezcla de servicios bancarios y financiación bancaria. Éste precepto excluye del ámbito del TRLCSP a los contratos sujetos a legislación patrimonial aunque permite incluir en los mismos prestaciones propias de contratos del sector público (no alude a contratos administrativos propiamente, de modo que los contratos privados de servicios estarían incluidos dentro de esta Sección 1ª) si se da alguna de las siguientes condiciones: (i) que su valor estimado no sea superior al 50% del total del negocio o bien (ii) que las prestaciones no tengan relación de vinculación y complementariedad con la prestación característica <sup>247</sup>.

Sobre esta base, cabe manifestar dos observaciones. Por un lado, por el concepto de “*valores negociables*” a que alude el artículo 4.1.p) del TRLCSP podría realizarse una aplicación analógica de su regulación a los contratos de servicios bancarios y de financiación, toda vez que la base de los valores negociables es el dinero y su tipología como contratos de la esfera bancaria, lo mismo que los contratos de servicios bancarios y de financiación. Y, por otro lado, en estos contratos difícilmente la prestación relativa a los servicios bancarios excederá del 50% del importe total del negocio

---

*sin que, por otra parte, el citado artículo 6 permita hablar de un contrato mixto de contrato privado y contrato administrativo, ya que la calificación del contrato como privado es previa y determina por sí sola el régimen jurídico aplicable al contrato, sin necesidad de acudir a la regla del artículo 6 de la Ley de ser la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico la que determina las reglas aplicables al contrato mixto.”*

<sup>247</sup> En particular, el artículo 4.1.p) del TRLCSP dispone que: “*Están excluidos del ámbito de la presente Ley los siguientes negocios y relaciones jurídicas: (...) p) Los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorporales, a no ser que recaigan sobre programas de ordenador y deban ser calificados como contratos de suministro o servicios, que tendrán siempre el carácter de contratos privados y se registrarán por la legislación patrimonial. En estos contratos no podrán incluirse prestaciones que sean propias de los contratos típicos regulados en la Sección 1ª, si el valor estimado de las mismas es superior al 50% del importe total del negocio o si no mantienen con la prestación característica del contrato patrimonial relaciones de vinculación y complementariedad en los términos previstos en el artículo 25; en estos dos supuestos, dichas prestaciones deberán ser objeto de contratación independiente con arreglo a lo establecido en esta Ley.”*

porque, sin perjuicio de que pueden haber casos en que los servicios bancarios no sean retribuidos como se ha explicado, los que son retribuidos lo son a importes bajos (sin perjuicio de los elevados volúmenes gestionados) siendo la financiación concedida de un importe muy notablemente superior al de aquellos servicios por las elevadas necesidades derivadas de la tesorería (normalmente de varios millones de euros)<sup>248</sup>. Ante ello, y haciendo esta aplicación analógica del supuesto regulado en el artículo 4.1.p) del TRLCSP al ámbito de los contratos combinados de servicios bancarios y de financiación, se puede afirmar que éstos podrían llegar a denominarse como contratos mixtos al amparo del TRLCSP.

Para terminar, cabe hacer referencia al régimen del PLCSP sobre contratos mixtos. A diferencia del régimen limitado regulado en el TRLCSP, el PLCSP resuelve la cuestión, no prevista en el TRLCSP pero sí declarada prohibida en la doctrina administrativa, sobre la posibilidad de combinar contratos regulados en la normativa de contratación del sector público con contratos excluidos en la misma. Éste es el caso de los contratos mixtos de servicios bancarios y financiación bancaria.

La novedad del PLCSP es que prevé el supuesto específico de *“cuando el contrato mixto contemple prestaciones de contratos regulados en esta Ley con prestaciones de otros contratos distintos de los regulados en la misma”*, para cuyo caso prevé dos posibilidades: (i) si las distintas prestaciones no son separables se atenderá al carácter de la prestación principal; y (ii) si las prestaciones son separables y se decide celebrar un único contrato, se aplicará lo dispuesto en esta ley (artículo 18.2 del PLCSP). En el caso que nos ocupa, los servicios bancarios y la financiación se deberían considerar como prestaciones separables en la medida que, de un lado, el servicio consiste en gestionar cobros y pagos del órgano de contratación y, de otro

---

<sup>248</sup> A efectos ejemplificativos, resulta ilustrativo el Pliego de cláusulas administrativas particulares y prescripciones técnicas particulares para la contratación de los servicios de las cajas generales de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía y otros servicios financieros complementarios (expediente 2/2015), en cuyo apartado III.5.3 se exige a la entidad adjudicataria un *“préstamo por plazo inferior a un año por importe anual de trescientos millones de euros (300.000.000,00 €), durante todos los años de vigencia del contrato y sus posibles prórrogas.”* Por lo que el importe de los servicios de cajas generales y servicios bancarios que se presten al amparo del contrato no serán en ningún caso superior a los trescientos millones de euros (consulta del día 15/06/17): <http://www.juntadeandalucia.es/contratacion/ContractNoticeDetail.action?code=2015-0000014095>

lado, la financiación que se exige lo es para atender pago en el corto plazo y, por tanto, por necesidades transitorias de tesorería. Todo cuando permite afirmar que son prestaciones no separables en realidad toda vez que la una y la otra contribuyen a la gestión general de la tesorería del órgano de contratación, aunque la prestación principal debería ser entendida como la de servicios bancarios, ya no hablando del importe económico de cada una de ellas (siendo la financiación seguramente la de mayor importe en la práctica), sino del hecho que el contrato en su conjunto atiende a las necesidades de cobros y pagos de todo tipo del órgano de contratación. Por lo que éste será el régimen jurídico aplicable a la preparación y adjudicación del contrato mixto (artículo 18.1 del PLCSP).

En esta tesitura, el PLCSP, además de aclarar el régimen jurídico aplicable en los términos que se acaban de exponer, también exige (tal y como hace el TRLCSP) las notas de la vinculación y complementariedad (artículos 18.1 y 34.2 del PLCSP), determinando finalmente los efectos, cumplimiento y extinción de dichos contratos mixtos en el artículo 122.2 a cuyo tenor, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares *“en el caso de contratos mixtos, se detallará el régimen jurídico aplicable a sus efectos, cumplimiento y extinción, atendiendo a las normas aplicables a las diferentes prestaciones fusionadas en ellos.”* De modo que, considerando que las prestaciones consistentes en los servicios bancarios y en la financiación bancaria ambas, en puridad, se rigen por el Derecho privado en materia de efectos y extinción, se concluye que aplicará también el Derecho privado en los efectos y extinción de tales contratos mixtos. Sólo en la excepción de que, por el importe, el contrato de servicios bancarios estuviere sujeto a regulación armonizada en cuyo caso, según lo comentado a tenor del artículo 26.2 del PLCSP, sucedería que (i) las condiciones especiales de ejecución, modificación, subcontratación y resolución de los contratos de servicios bancarios, se sujetaría al PLCSP, además de en lo relativo a su preparación y extinción; mientras que (ii) el contrato de financiación bancaria se regiría en todo por el Derecho Privado. En este supuesto, sucedería que, a pesar de haberse licitado como un contrato mixto, serían dos contratos en uno con regímenes jurídicos totalmente diferenciados: uno sujeto casi íntegramente al Derecho público (salvo en materia de interpretación) y el otro sujeto casi íntegramente al Derecho privado (salvo en lo relativo a la decisión de endeudamiento y compromiso de partida presupuestaria).

#### 1.3.4. Reflexión sobre la regulación armonizada

Comentario especial merecen los supuestos de contratación bajo regulación armonizada, para el caso que la Administración Pública optase por aplicar supletoriamente el TRLCSP para adjudicar un contrato de financiación, por el valor estimado de éste<sup>249</sup>. El legislador del TRLCSP contempla la posibilidad de que los contratos de servicios bancarios encajen en este supuesto, toda vez que su artículo 13 los incluye dentro de su ámbito de aplicación al decir que: “*Son contratos sujetos a regulación armonizada (...) y los de servicios comprendidos en las categorías 1 a 16 del Anexo II, cuyo valor estimado, calculado conforme a las reglas que se establecen en el artículo 88, sea igual o superior a las cuantías que se indican en los artículos siguientes, siempre que la entidad contratante tenga el carácter de poder adjudicador.*” Luego es el artículo 17 el que establece los siguientes umbrales<sup>250</sup>, iguales o máximos, para determinar si se trata de una contratación sujeta a regulación armonizada: 135.000 euros si serán contratos adjudicados por la Administración General del Estado, sus organismos autónomos, y 209.000 euros si serán adjudicados por entes, organismos o entidades del sector públicos distintos a la Administración General del Estado y sus organismos autónomos.

La lógica de esta regulación subyace, en la línea de la normativa europea de la que dimana, del importe del contrato y asumiendo de entrada que estos contratos tienen precio. Así, un contrato de servicios bancarios cuyo valor estimado estará integrado por la suma del importe de los honorarios, intereses, comisiones y otras formas de remuneración, se deberá sujetar a regulación armonizada si su importe es igual o superior a los dos importes mencionados y en función de si el órgano de contratación será o no la Administración del Estado y sus organismos autónomos.

---

<sup>249</sup> Tipología de contratación dimanante de la Directiva 2004/18/CE, anteriormente citada en este trabajo. Ahora resulta de interés mencionar que dicha directiva, en su artículo 9 en sede de determinación del valor estimado de los contratos de servicios, prevé lo siguiente en su apartado 8: “*Respecto de los contratos públicos de servicios, a los efectos del cálculo del importe estimado de los contratos, se tomará como base, en su caso, el siguiente importe: (...) ii) servicios bancarios y otros servicios financieros: los honorarios, las comisiones, los intereses y otras formas de remuneración.*”; redacción coincidente con la que actualmente contiene el TRLCSP.

<sup>250</sup> Según última actualización contenida en la Orden HAP/2846/2015, de 29 de diciembre, que publica los límites de los distintos tipos de contratos a efectos de la contratación del sector público a partir del 1 de enero de 2016 (Boletín Oficial del Estado núm. 313, pág. 124072).

## 2. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

Para explicar la evolución legislativa hasta la actual regulación contenida en el TRLCSP, se considera oportuno analizar la normativa de contratación pública desde la primera ley de contratos públicos de 1965, momento a partir del que se podrá obtener una perspectiva suficiente para abordar la cuestión de referencia, y hasta llegar a la última versión del PLCSP. Asimismo, con este estudio normativo, también se estudiarán las influencias que ha tenido las diversas normas comunitarias reguladoras de la materia.

### 2.1. LA LCE

Para empezar, la LCE consideraba a los contratos de préstamo y depósito como contratos administrativos y, por tanto, sujetos al mismo procedimiento de contratación que los contratos públicos típicos. Al respecto, el artículo 4.1 de la LCE establecía el régimen jurídico de los contratos a celebrar por las Administraciones Públicas, y se refería a los contratos de obra pública, gestión de servicios públicos y de suministro, respecto de los cuales establecía que su preparación, adjudicación, efectos y extinción se regirían por lo previsto en la LCE y sus disposiciones reglamentarias. En su defecto, por las restantes normas de Derecho Administrativo y, en defecto de ellas, por el Derecho Privado. Y en el 4.2 se preveía lo siguiente: *“2.ª Los contratos distintos de los anteriores, como los de contenido patrimonial, de préstamo, depósito, transporte, arrendamiento, sociedad y cualesquiera otros, que tengan carácter administrativo, por declararlo así una Ley, por su directa vinculación al desenvolvimiento regular de un servicio público o por revestir características intrínsecas que hagan precisa una especial tutela del interés público para el desarrollo del contrato, regirán, en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción, por sus normas administrativas especiales; en su defecto, y por analogía, por las disposiciones de la presente Ley relativas a los contratos de obras, gestión de servicios y suministros y, finalmente, por las demás normas de Derecho administrativo. En defecto de este último, serán de aplicación las normas de Derecho privado.”*

Luego, el artículo 4.3 se refería a los contratos no administrativos cuyo literal era: *“3.ª Los contratos a que se refiere la regla anterior que no tengan carácter administrativo, por no estar incluidos en los supuestos previstos en la misma, se*

*regirán: A) En cuanto a su preparación y adjudicación, por sus normas administrativas especiales y, en su defecto, por las disposiciones de la presente Ley sobre preparación y adjudicación de los contratos de obras, gestión de servicios y suministros, que se aplicarán por analogía a la figura contractual de que se trate. B) En cuanto a sus efectos y extinción, por las normas del Derecho privado que les sean aplicables en cada caso en defecto de sus normas especiales, si las hubiere.”*

De los apartados transcritos se observa que el legislador de la LCE se basó en la presunción de “*su directa vinculación al desenvolvimiento regular de un servicio público*” para considerar que los contratos de préstamo y depósito como contratos administrativos y, por ello, sujetos íntegramente a la LCE<sup>251</sup>. El motivo por el que se considera que el legislador se fijó en esta misma presunción fue porque, precisamente, citaba textualmente “*préstamo, depósito*” en dicho apartado, por lo que estaba pensando, entre otros, en estos contratos como tipologías vinculadas directamente al desenvolvimiento regular del servicio público. Y es que, en efecto, no se puede negar que los contratos de préstamo y depósito no estén vinculados al desenvolvimiento regular de los servicios públicos, toda vez que son el sustento económico para el desarrollo de las funciones públicas, no exclusivamente necesariamente (ya que los poderes públicos pueden contar con vías alternativas y propias de autofinanciación) pero, en sí mismos, sí que son contratos que cuando existen su fin no es otro que el de contribuir a la satisfacción de los intereses públicos.

Cabe además añadir que el referido artículo 4.2 de la LCE constituye un *numerus apertus* toda vez que, al enumerar categorías de contratos, como otros contratos

---

<sup>251</sup> Sin perjuicio de que la LCE contuviera esta regulación, no se debe olvidar el origen de esta Ley. Y es que la misma fue dictada por imperativo de su predecesora, la Ley 198/1963, de 28 de diciembre, de Bases de Contratos del Estado. Esta Ley autorizaba al Gobierno para dictar un texto articulado en el plazo de un año. La cuestión es que esta Ley, en su Base II sobre “*De los contratos del Estado en general*”, disponía textualmente lo siguiente: “*Los contratos del Estado que reconozcan un objeto diferente de los enumerados en la base I de esta Ley, como los de compra y venta de inmuebles, préstamo, depósito, transporte, arrendamiento, explotación patrimonial, laborales o cualquiera otros, se regirán por sus normas especiales, siendo de aplicación la presente Ley como Derecho supletorio en defecto del que se determine como tal en las disposiciones reguladoras de los referidos contratos.*” De modo que, la normativa de bases que daba cobertura a la LCE, venía a determinar que los contratos de préstamo y depósito se regieran por su normativa específica y, supletoriamente, por la Ley de Bases. Esta perspectiva no se trasladó a la LCE en donde, como se ha explicado, se consagró el carácter de contratos administrativos de los contratos de préstamo y depósito, alterándose por tanto el *desideratum* inicial del legislador. Sin perjuicio de que ello fue así, no es menos cierto que décadas más tarde la normativa de contratación pública recuperaría aquella filosofía iniciaría, al menos en parte.

administrativos diferentes de los tres típicos, deja claramente la enumeración abierta ya que la misma es del siguiente tenor “*Los contratos distintos de los anteriores, como los de...*”, esta mención de “*como los de*” es la que permite entender que el listado que sigue a continuación es indicativo pero no definitivo, ya que si el legislador hubiere deseado pronunciarse en términos concretos y cerrados habría hecho la enumeración sin permitir margen de maniobra, ni de interpretación ni de inserción de otras categorías contractuales habiéndolo configurado entonces como un verdadero *numerus clausus*. Siendo ello así, aunque la LCE se refiriera entonces a “*préstamos, depósitos*”, en puridad también estaba incluyendo otras tipologías de contratos bancarios como serían los créditos, arrendamientos financieros, etc. de hecho y al hilo de este punto, aparece otro elemento destacable de la regulación de la LCE y es la mención exclusiva a “*préstamo, depósito*”, que son categorías contractuales distintas, esto es, el préstamo es una tipología de contrato de financiación, mientras que el depósito es un contrato bancario que sirve de base para cualquier operación financiera pero que, estrictamente, se puede relacionar más directamente con lo que son los contratos de servicios bancarios. Por tanto, la mención de “*préstamo, depósito*” de la LCE puede ser interpretada como que la voluntad del legislador era la de incluir plenamente la actividad bancaria de las Administraciones Públicas bajo el paraguas de la propia LCE, ya fueren contratos de financiación o bien ya fueren contratos de servicios bancarios.

Éste era, por tanto el punto de partida que tuvo el poder legislativo de la época de la transición y de la democracia española, aunque no fue hasta 1995 que se elaboró y aprobó una nueva normativa en materia de contratación pública. Además, durante la vigencia de la LCE no hubo tampoco normativa de procedencia europea a considerar o bien que hubiera modificado lo previsto en la LCE.

En cambio, el artículo 4.3 de la LCE regulaba la categoría, entonces, de los “*contratos que no tengan carácter administrativo*”, hoy contratos privados, dentro del que se hubieran incluido los contratos de préstamo y crédito en caso que no hubieren sido expresamente llamados en su apartado segundo. Por lo que, existiendo este apartado tercero específico para contratos no administrativos, dado que los contratos de préstamo y depósito aparecían expresamente referidos en el artículo 4.2, se confirma que la voluntad del legislador era la de que los contratos de préstamo y

depósito fueran considerados como contratos administrativos, y no como contratos no administrativos.

Para cerrar el análisis de la LCE, cabe hacer referencia a otro detalle de magna importancia: la LCE, como todas las leyes que la han seguido, contenía un artículo sobre contratos excluidos de su ámbito de aplicación que era el artículo 2<sup>252</sup>. Este precepto, entre la enumeración de contratos que contenía, no hacía referencia alguna ni remota a contratos de tipología bancaria o asimilados, a diferencia de lo que harán las leyes posteriores. Por tanto, *a fortiori* cabe afirmar que la voluntad de la LCE era sujetar a los contratos bancarios dentro de su ámbito de aplicación.

## 2.2. LA LCAP

Entre la LCAP y la LCE hubo 30 años de diferencia, que fueron los que tuvo vigencia la LCE<sup>253</sup>. Como es de suponer, a lo largo de este largo lapso de tiempo se produjeron importantes cambios legislativos que tuvieron su reflejo en la LCAP. En inicio, entrada en vigor esta LCAP, la misma no hacía alusión alguna ni a los contratos de préstamo ni a los contratos de crédito. Ésta, únicamente formulaba una manifestación en el artículo 3.1 a fin de excluir una parte de los contratos bancarios,

---

<sup>252</sup> Sin ánimo de exhaustividad pero por la utilidad e ilustración que supone, se transcribe el artículo 2 de la LCE, de cuya transcripción se puede observar con toda nitidez que no contiene exclusión alguna a los contratos del ámbito bancario: *“No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, quedan fuera del ámbito de la presente Ley los siguientes contratos y negocios jurídicos de la Administración: 1. La relación de servicios y los contratos sobre personal regulados en la legislación sobre funcionarios y, en su caso, en la laboral. 2. Las relaciones jurídicas de prestación reglamentaria, entendiéndose por tales aquellos negocios que, bajo la forma de cualquier tipo contractual, se celebren entre la Administración y los particulares como consecuencia de la prestación de un servicio público que los administrados tienen la facultad de utilizar mediante el abono de una tarifa o tasa de aplicación general a personas indeterminadas. 3. Las operaciones que celebre la Administración con los particulares sobre bienes o derechos cuyo tráfico, resulte mediatizado en virtud de disposiciones legales, o sobre productos intervenidos, estancados o prohibidos. 4. Los convenios de cooperación que celebre la Administración con las Corporaciones Locales y otros entes de derecho público. 5. Los acuerdos que celebre el Estado con otros Estados extranjeros o con Entidades de derecho público internacional. 6. Los contratos del Estado que se celebren y ejecuten en territorio extranjero. 7. Los convenios de colaboración que, con arreglo a las normas específicas que los regulen, celebre la Administración con personas físicas o jurídicas de derecho privado, siempre que su objeto, no esté comprendido en los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales. 8. Los exceptuados expresamente por una Ley.”*

<sup>253</sup> La Exposición de Motivos de la LCAP destacaba la importancia que tuvo la LCE, en su apartado 1.3., al manifestar que *“(…) tuvo el propósito de agrupar en forma sistemática la legislación sobre contratación pública que hasta entonces aparecía dispersa e incompleta, con el evidente acierto de haber introducido importantes innovaciones en su objeto y de regular de manera más adecuada a su tiempo los contratos administrativos, en salvaguarda, tanto de los derechos e intereses del Estado, como de los contratistas.”*



bajo este tenor: “1. *Quedan fuera del ámbito de la presente 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.*” Como se puede observar, la exclusión únicamente alcanza a instrumentos financieros y a la actividad del Banco de España, pero no se dice nada acerca de los contratos de financiación ni de los contratos de servicios bancarios. Bajo esta regulación, por tanto, no quedaba claro cuál era el régimen aplicable a estas dos tipologías de contratos. De hecho, la LCAP entonces vigente no los incluía tampoco en la enumeración de contratos administrativos (artículo 3.1.) ante lo que cabía extraer que estas dos tipologías de contratos eran, por exclusión, contratos privados en base a lo previsto en su artículo 3 sobre “*Carácter administrativo y privado de los contratos*” que, después de referir cuáles eran contratos administrativos, establecía la siguiente cláusula residual: “3. *Los restantes contratos celebrados por la Administración tendrán la consideración de contratos privados y en particular, los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorpóreas y valores negociables.*”

Sin embargo, esta regulación tuvo poco tiempo de vigencia ya que quedó posteriormente modificada por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (en adelante, Ley 13/1996) y la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, por la que se modifica la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, Ley 53/1999). Por un lado, la Ley 13/1996 modificó (a través de su artículo 148) la redacción del antes transcrito artículo 3.1, dejando la exclusión de su letra k) regulada en estos términos: “*k) Los contratos relacionados con la compraventa y transferencia de valores negociables u 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 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.*” De esta nueva regulación se aprecia que el legislador añadió una segunda frase a la exclusión, en cuya virtud aclaraba y desarrollaba el alcance de esta exclusión despejando a partir de

entonces cualquier duda en lo relativo a los contratos de préstamo y de crédito, los cuales pasaban a quedar explícitamente excluidos del ámbito de aplicación de la LCAP<sup>254</sup>.

Y, por otro lado, la Ley 53/1999 también modificó la LCAP en diversos artículos a fin de trasladar al ordenamiento jurídico español el contenido de diversas directivas en materia de contratación pública, entre ellas y a los efectos que ahora interesan la Directiva 92/50/CEE del Consejo de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios (en adelante, Directiva 92/50/CE)<sup>255</sup>. La Directiva 92/50/CE se ocupaba de los contratos de servicios en general y, en particular, de los contratos de servicios bancarios (artículo 7.4 y Anexo I A.6) pero excluía de su ámbito de 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*” (artículo 1.a.vii)<sup>256</sup>.

---

<sup>254</sup> A esta exclusión de los contratos de préstamo derivada de la Ley 13/1996 se refiere el Informe 57/97, de 2 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado sobre “*Consulta en relación a quién debe autorizar con su firma la formalización de un contrato de préstamo en un Ayuntamiento*”.

<sup>255</sup> A través de la LCAP también se incorporaron al ordenamiento jurídico español otras directivas relativas a los contratos de obras y de suministro: la Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro; y la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras. Además, el texto de la LCAP tomó en consideración los aspectos relativos a la contratación pública resultantes del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo que entró en vigor el 1 de enero de 1994 y algunos derivados del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio (todo ello según la Exposición de Motivos de la LCAP).

<sup>256</sup> Así lo explicitaba el Preámbulo de la Directiva en unos de sus considerandos: “*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;*”. Cabe añadir que, posteriormente, la Directiva 92/50/CEE fue modificada por la Directiva 97/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 1997, por la que se modifican las Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE y 93/37/CEE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, de los contratos públicos de suministros y de los contratos públicos de obras, respectivamente; aunque dicha modificación no alteró la cuestión aquí estudiada y la Directiva 97/50 seguía manteniendo y manifestando la exclusión de “*los contratos públicos de servicios financieros de la categoría 6 del Anexo I A*” en su artículo 1 y considerando (4).

Considerando todo ello, la Ley 53/1999 introdujo las siguientes modificaciones en la LCAP: (a) en el artículo 5 relativo a “*Carácter administrativo y privado de los contratos*” excluye claramente a los contratos de servicios financieros del ámbito de los contratos administrativos; y (b) en el artículo 9 relativo al “*Régimen de los contratos privados*” añade un párrafo nuevo para abordar el régimen de los contratos de servicios bancarios.

Así, después de la Ley 53/1999, la consideración explícita de los contratos de servicios bancarios como contratos privados del sector público se deja clara en la nueva regulación otorgada al artículo 5 de la LCAP: “2. *Son contratos administrativos: a) Aquéllos cuyo objeto directo, conjunta o separadamente, sea la ejecución de obras, la gestión de servicios públicos y la realización de suministros, los de consultoría y asistencia o de servicios, excepto los contratos comprendidos en la categoría 6 del artículo 207 referente a contratos de seguros y bancarios y de inversiones (...).*” La misma claridad se trasladó a la nueva redacción del apartado 3 del artículo 5: “*Los restantes contratos celebrados por la Administración tendrán la consideración de contratos privados y, en particular, los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorpóreas y valores negociables, así como los contratos comprendidos en la categoría 6 del artículo 207 referente a contratos de seguros y bancarios y de inversiones (...).*” Luego, esta voluntad de clarificar que los contratos de servicios bancarios eran contratos privados del sector público, se manifestó también la introducción de un nuevo apartado 3 en el artículo 9 de la LCAP: “2. *Los contratos comprendidos en la categoría 6 del artículo 207 referente a contratos de seguros y bancarios y de inversiones (...) se adjudicarán conforme a las normas contenidas en los capítulos II y III del Título IV, Libro II, de esta Ley.*” A este punto cabe mencionar que la categoría 6 del artículo 207 de la LCAP se refiere a: “6. *Servicios financieros: a) Servicios de seguros. b) Servicios bancarios y de inversiones.*”

Por todo lo anterior, resulta indiscutible que la Ley 13/1996 y la Ley 53/1999 introdujeron, motivadas por el Derecho de la Unión Europea, una nueva y mejor regulación en la LCAP, clarificadora de la exclusión de los contratos de financiación, y de la inclusión y consideración como contratos privados del sector público de los contratos de servicios bancarios. Llegados a este punto, se confirma el giro

copernicano generado por el Derecho Comunitario que supuso, sin perjuicio de mantener la exclusión de los contratos de financiación, pasar de la considerar a los contratos de servicios bancarios como contratos privados o mercantiles, y ya no como contratos administrativos.

A este punto resulta sorprendente el Informe 31/96, de 30 de mayo de 1996, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado sobre “*Determinación del tipo de contrato aplicable a los contratos de servicios bancarios, de servicios de seguros, suministro de energía eléctrica, servicio de teléfono, actividades culturales y recreativas*”; que concluye que los contratos de préstamo y las pólizas de crédito son contratos administrativos en base a la Directiva 92/50/CEE y a que el artículo 5.2.a) de la LCAP considera administrativo los contratos de servicios y, en base al artículo 207.6 de la misma Ley, se incluyen los servicios financieros en su doble modalidad de servicios de seguros y de servicios bancarios y de inversiones. Al respecto, en primer lugar, cabe considerar que el Informe fue emitido durante la vigencia de la primera versión de la LCAP y antes de la Ley 13/1996 y la Ley 53/1999. Sin perjuicio de ello, en segundo lugar, cabe hacer notar que el Informe resulta desafortunado en cuanto confunde servicios bancarios con préstamo y crédito, siendo estos últimos los que fueron objeto de consulta. Ciertamente, el préstamo y el crédito no aparecían expresamente regulados en la primera versión de la LCAP, ni tampoco en la Directiva 92/50/CEE, pero sí que la LCAP excluía diversos instrumentos en su artículo 3.1.k), lo cual ya era indiciario, y lo mismo hacía la Directiva 92/50/CEE en su artículo 1.a.vii; por todo lo cual la Junta podía haber interpretado que, siendo el préstamo y el crédito contratos diferentes a los contratos de servicios bancarios, aquellos también estaban excluidos del ámbito de aplicación de la LCAP, como confirmarían las posteriores leyes de reforma. Pero parece que la Junta optó por crear la ficción de continuación del espíritu de la LCE bajo cuyo amparo, tal y como se ha explicado anteriormente, los contratos de préstamo y crédito eran contratos administrativos<sup>257</sup>.

---

<sup>257</sup> En el mismo sentido se pronuncia el posterior Informe 34/96, de 30 de mayo de 1996 sobre “*Consideración de los contratos bancarios de préstamo como contratos incluidos en el ámbito objetivo de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*”, en el que la Junta afirma es una interpretación forzada considerar que los contratos de préstamo son contratos privados, toda vez que el artículo 9.1 de la LCAP no alude a ellos y los mismos no son equivalentes a bienes inmuebles ni coinciden con las tipologías que enumera este artículo.

Entrando ahora en el detalle de la nueva regulación trasladada al LCAP, cabe analizar el ámbito de la exclusión contenida en la letra k) de su artículo 3.1. Y es que los términos en los que se pronuncia este precepto transcrito son claros ya que el mismo, primero se ocupa de definir el concepto de lo que considera excluido atendiendo a una referencia generalista y amplia: *“operaciones financieras de cualquier modalidad realizadas para financiar las necesidades previstas en las normas presupuestarias aplicables”*, y luego se ocupa de concretar los *“préstamos, créditos”* para disipar cualquier tipo de duda, aunque sin crear un *numerus clausus* sino un listado abierto y que admite e incluye otras modalidades de contratos bancarios bajo la alusión a *“otras de naturaleza análoga”*.

Consiguientemente, la LCAP deja patente que todos los contratos de financiación junto con los instrumentos derivados quedan fuera de su ámbito de aplicación, precisando en su apartado segundo que estos contratos se regirán por sus normas especiales pero que las dudas o lagunas que puedan aparecer deberán ser resueltas sobre la base de los principios de la propia LCAP: *“2. Los supuestos contemplados en el apartado anterior se regularán por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse”*. La idea de que las dudas y lagunas de los contratos excluidos se solucionen en base a la misma normativa que los excluye de su ámbito de aplicación, no procede de la LCAP sino que ya estaba presente en la LCE, y que también recoge el actual TRLCSP. Como se ha dicho anteriormente en el presente Capítulo, esta remisión se considera contradictoria e invasiva.

Además, cabe notar en este punto otro aspecto diferencial respecto de la LCE: como se ha indicado, el artículo 4.2 de la LCE consideraba contratos administrativos a los *“préstamos, depósitos”*. En los términos ya comentados y sin tratarse en ningún caso de un listado cerrado, los préstamos hacían referencia a la tipología de contratos bancarios de financiación y, según hemos comentado anteriormente, los depósitos aludían a los contratos de servicios bancarios, y no a los contratos de financiación. Pero que lo relevante era que la LCE trataba por igual a todos los contratos bancarios,

tanto a los de financiación como a los de servicios bancarios, toda vez que bajo el mismo artículo los consideraba a todos ellos como contratos administrativos.

Otro cambio muy relevante que aplica la LCAP (en su versión dada por la Ley 13/1996) es que ya no menciona a los “depósitos” junto a los contratos de financiación. Como se ha explicado, la LCAP alude a “préstamos, créditos y otros de naturaleza análoga”, de modo que: (i) sigue refiriéndose al préstamo como contrato de financiación, (ii) añade *ex novo* al crédito que también es un contrato de financiación, (iii) refiere a otros de naturaleza análoga que, en todo caso, deberán de ser contratos de financiación, y (iv) ya no alude al depósito que, según comentado, es el contrato base y fundamental para cualquier operación bancaria y contrato bancario, pero que es el contrato propio y paradigmático de los servicios bancarios.

Y es que los servicios bancarios, entendidos como el otro pilar de la contratación bancaria que pueden convenir las Administraciones Públicas, pasa a tener por vez primera un tratamiento propio en la legislación de contratación pública con la LCAP que cataloga a los servicios bancarios como contratos privados introduciendo una regulación muy clara. En principio parecería que sigue la filosofía de la LCE al introducir el tema de los contratos bancarios dentro de un artículo en donde regula los contratos administrativos pero, si bien es cierto que el artículo 5 regula los contratos administrativos, dentro de este mismo artículo el legislador ha incluido una clara excepción para los “contratos de seguros y bancarios y de inversiones” al excluirlos del grupo de los contratos administrativos. Por tanto, la LCAP deja claro que los contratos de servicios bancarios están fuera de los contratos administrativos, lo cual es también un aspecto rompedor respecto de la LCE, en donde se consideraba a los “depósitos” como contratos administrativos. La LCAP, además, va en contra de la LCE en lo relativo a la finalidad de estos contratos, ya que la LCE se fijaba en el hecho que tales contratos tuvieran una “directa vinculación al desenvolvimiento regular de un servicio público o por revestir características intrínsecas que hagan precisa una especial tutela del interés público para el desarrollo del contrato”, lo que utilizaba para justificar su carácter de contratos administrativos. La LCAP ni siquiera habla de ello en su artículo 5, simple y directamente los excluye del concepto de contratos administrativos. Sin perjuicio de ello, nótese que aquella directa vinculación al desenvolvimiento del servicio público es recuperada, la idea, en el ya transcrito

artículo 3 cuando alude a las operaciones financieras “*realizadas para financiar las necesidades previstas en las normas presupuestarias aplicables*” que, aún siendo frases con vocablos distintos, no se puede negar que ambas aluden a una misma realidad y finalidad hermenéutica, que es que el contrato en cuestión sea necesario para que la Administración Pública en cuestión pueda funcionar con normalidad, y no puede caber duda alguna que su financiación lo es. Pues bien, es novedoso el cambio que introduce la LCAP en este punto y ya no atiende a si los contratos de depósito o los servicios bancarios son necesarios para el desenvolvimiento regular de la Administración de que se trata, simplemente no considera a los servicios bancarios como contratos administrativos.

En cambio, la LCAP no excluye a los servicios bancarios de su ámbito de aplicación, pero tampoco los considera contratos administrativos. Y es que la LCAP declara expresamente a los mismos como contratos bancarios en el artículo 5.3. El régimen jurídico de los contratos bancarios del LCAP estaba definido en el artículo 9 del que resulta que los contratos de servicios bancarios se debía regir por la LCAP, pero que los efectos y extinción por el Derecho privado, esto es, por la normativa mercantil y bancaria que configura el Derecho Bancario Privado al que se ha hecho alusión en el Capítulo I de la tesis. Llegados a este punto, se puede afirmar que la LCAP fue la que estableció la clara sujeción de los contratos de servicios bancarios a la LCAP en las fases de preparación y adjudicación, pero no en las fases de efectos y extinción. En particular, sobre la adjudicación de los contratos de servicios bancarios, la remisión que hacía la LCAP a su Libro II, Título IV, Capítulos II y III; es oportuno precisar que dichos Capítulos (en la versión vigente a 1995 de la LCAP) regulaban, respectivamente, “*De las actuaciones administrativas preparatorias de estos contratos*” y “*De la publicidad dentro del ámbito de la Comunidad Europea y del procedimiento y formas de adjudicación de estos contratos*”. Ambos artículos se insertaban dentro del referido Título II relativo a “*De los contratos de consultoría y asistencia, de los servicios y de los trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración*”.

En concreto, su regulación se refería: (i) en el Capítulo II (cuyo único artículo era el 203) se exigía la incorporación de un informe del servicio interesado en la celebración del contrato justificando la insuficiencia, falta de adecuación o

conveniencia de no ampliación de los medios personales y materiales para cubrir las necesidades a satisfacer a través del contrato; y que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se estableciera el sistema de determinación del precio del contrato; y (ii) en el Capítulo III se regulaban los plazos de estos procedimientos de contratación (art. 208), se citan los tres procedimientos de ejecución aplicables (art. 209) y se detallan los casos concretos en que procederá la adjudicación por procedimiento negociado con y sin publicidad (arts. 210 y 211) en donde se hallaba el supuesto habilitante para utilizar el procedimiento negociado en la contratación de servicios bancarios. Respecto de esta última afirmación, era clara la manifestación contenida en el artículo 210 de la LCAP respecto de los servicios bancarios, bajo este literal: “1. El órgano de contratación podrá acordar la aplicación del procedimiento negociado respecto de los contratos en los que concurra alguna de las siguientes circunstancias, que deberán justificarse en el expediente: (...) b) Cuando la naturaleza del contrato, especialmente en los de carácter intelectual y en los comprendidos en la categoría 6 de las enumeradas en el artículo 207, no permita establecer sus condiciones para adjudicarlo por procedimiento abierto o restringido.” Siendo, precisamente, a través de esta manifestación que los contratos de servicios bancarios quedaron sometidos a un procedimiento de adjudicación negociado<sup>258</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, parecería que el legislador cometió una incongruencia pues al enumerar a estos contratos, calificados de privados como se ha dicho, en el artículo 206.6 de la LCAP en donde se enumeran contratos claramente administrativos<sup>259</sup>.

---

<sup>258</sup> Estos procedimientos de adjudicación estaban sujetos a publicidad en función de los importes del contrato. Ello estaba precisado en el propio artículo 210 de este modo: “2. En los supuestos a que se refiere el apartado anterior cuando la cuantía del contrato, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea igual o superior a 27.266.208 pesetas el órgano de contratación deberá publicar un anuncio en el ‘Diario Oficial de las Comunidades Europeas’, aplicándose los plazos previstos en el artículo 208.”

<sup>259</sup> MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Eva María. *El nuevo sistema legal francés en materia de contratación de las Administraciones Públicas. hacia la unidad de jurisdicción*. Revista de Administración Pública, número 158, mayo-agosto, editorial Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Madrid, 2002, págs. 466 a 467. Artículo en el que también se explica que, coetáneamente a la LCAP, el legislador francés optó por calificar de administrativos a los contratos de servicios financieros y de seguros “de forma incomprensible”, señala la autora.



Finalmente, en materia de competencia judicial, el apartado tercero del artículo 9 disponía que “3. *El orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en los contratos privados. No obstante, se considerarán actos jurídicos separables los que se dicten en relación con la preparación y adjudicación del contrato y, en consecuencia, podrán ser impugnados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de acuerdo con la normativa reguladora de dicha jurisdicción.*” Coherente con la consideración de los contratos de servicios bancarios como contratos privados, de sujetarlos a la jurisdicción civil en la parte que los mismos están excluidos de la LCAP, y sujetarlos a la jurisdicción contencioso-administrativa en la parte que están sujetos a aquella Ley. En este artículo se mantenía el concepto de los actos separables, introducida por vez primera en el Derecho Administrativo español por la LCE y de origen francés, que dio lugar posteriormente a la creación de una auténtica doctrina administrativa al respecto<sup>260</sup>.

Por ello, en base a este precepto, sucede que por vez primera, los contratos de servicios bancarios estaban sometidos a una doble fiscalización en función de la fase de contratación en la que apareciera la duda: la fase de preparación y adjudicación debía dirimirse bajo Derecho Administrativo y, por ello, sujeta al control posterior de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa<sup>261</sup>; mientras que la fase de ejecución y extinción del contrato debían sujetarse al Derecho privado y a la Jurisdicción Civil.

---

<sup>260</sup> Sobre el origen francés *vid.* MACERA-TIRAGALLO, Bernard Frank. *La teoría francesa de los actos separables y su importación por el Derecho público español*, editorial Cedecs, 1ª edición, Barcelona, 2001, págs.. 133 a 150 sobre la incorporación al Derecho español. También destaca la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 23 de enero de 1987 (RJ 1987/1978) que afirma lo siguiente (Fundamento de Derecho Tercero): “*En este sentido será de recordar que incluso cuando el resultado final de una actuación administrativa sea un contrato de Derecho privado, la formación de la voluntad de la Administración está sometida a normas de naturaleza jurídico-administrativa: el interés público, siempre presente en toda actuación de la Administración, exige que ésta observe en todo caso las reglas sobre competencia y procedimiento. Ha surgido así la doctrina de los actos separables que implica: A) Que aunque la voluntad administrativa desemboque en la perfección de un contrato privado su preparación y adjudicación está sometida al Derecho Administrativo – art. 4º, 3º, A) de la Ley de Contratos del Estado. B) Que, por consecuencia, corresponde a la Jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de las cuestiones que se susciten en relación con dichos actos preparatorios y de adjudicación –art. 1º de la Ley jurisdiccional y 14 del Reglamento General de Contratación del Estado-. Todos los contratos, pues, celebrados por la Administración, tanto administrativos como privados están sometidos, en cuanto a la competencia y procedimiento, a unas reglas comunes -las del Derecho Administrativo-, con comunidad también de Jurisdicción -la contencioso-administrativa-.*”

<sup>261</sup> En la precedente nota a pie de página, referente a la doctrina de los actos separables, la STS citada se remitía a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956, cuyo

A modo de resumen de todo cuanto antecede, fue con la LCAP que el legislador estableció la clara distinción de sujeción para estos contratos: (i) excluyendo a los contratos de financiación de su ámbito de aplicación, e (ii) incluyendo a los contratos de servicios bancarios dentro de su ámbito de aplicación pero considerándolos contratos privados del sector público, sujetando consiguientemente sus fases de preparación y adjudicación al Derecho Administrativo.

### 2.3. EL TRLCAP

La antes referida Ley 53/1999 autorizaba al Gobierno para que en el plazo de seis meses elaborase un texto refundido de la LCAP que incluyera todas las modificaciones de que la misma había sido objeto<sup>262</sup>. Además, también se utilizó el trámite para incorporar las modificaciones correspondientes a raíz de la introducción del euro<sup>263</sup>.

El TRLCAP mantuvo la exclusión de los contratos de financiación del sector público, también en la letra k) de su artículo 3; en idénticos términos que su predecesora la LCAP. Consiguientemente y a pesar de dicha exclusión, también prevé la aplicación supletoria del TRLCAP para solucionar dudas y lagunas en el artículo 3.2.

---

artículo 1 disponía que “1) *La Jurisdicción contencioso-administrativa conocerá de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración pública sujetos al Derecho administrativo y con las disposiciones de categoría inferior a la Ley.*” Siendo, por tanto, su alusión a los actos sujetos al Derecho Administrativo, cuando hacía referencia a los actos separables. Por su lado, la LJCA actual contiene la misma regulación en su artículo 1 aunque, fruto de la flexibilización de la técnica legislativa en este punto, ya no se refiere a “actos” sino a “actuación”: “1. *Los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho Administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la Ley y con los Decretos Legislativos cuando excedan los límites de la delegación.*”

<sup>262</sup> Anteriormente, la disposición transitoria decimoctava de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social; ya había instado al Gobierno a remitir al Congreso de los Diputados, en el plazo de seis meses, un proyecto de reforma de la LCAP en el que “entre otros aspectos, se tenga en cuenta las recomendaciones efectuadas por la Comisión Europea con fecha 12 de mayo de 1995, relativas a los plazos de pago en las transacciones comerciales.”

<sup>263</sup> Conforme a la Decisión de la Comisión (1999/C 379/08) por la que se indica el contravalor de los umbrales correspondientes a los contratos públicos de obras, suministros y servicios que será de aplicación a partir de 1 de enero de 2000, de conformidad con las Directivas 93/37/CEE, 93/36/CEE, 92/50/CEE y 93/38/CEE del Consejo (publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas número C 379, de 31 de diciembre de 1999); previsión luego reflejada en la Orden del Ministro de Hacienda de 10 de febrero de 2000.

Después, en referencia a los contratos de servicios bancarios, el TRLCAP mantiene la misma redacción que la LCAP y, por ello: (a) en el artículo 5.2.a) sigue excluyendo a los contratos de servicios bancarios del ámbito de los contratos administrativos; y en el artículo 5.3 dice claramente que los contratos de servicios bancarios son contratos privados; y luego (b) en el artículo 9.2, en sede de régimen jurídico de los contratos privados<sup>264</sup>, precisa también que los contratos de servicios bancarios se adjudicarán conforme a lo previsto en los Capítulos II y III, del Título IV del Libro II del TRLCAP. Por todo ello, se confirma que durante la vigencia del TRLCAP se mantuvo el mismo régimen y enfoque sobre contratos bancarios del sector público, que el establecido en la LCAP. En cierta medida ello no es extraño ya que en puridad el TRLCAP se limitaba a refundir la LCAP y sus modificaciones<sup>265</sup>.

Considerando lo anterior, no se han reproducido en este apartado los artículos respectivos del TRLCAP, por claridad expositiva, formulándose remisión a los correlativos ya transcritos en el apartado (ii) precedente de análisis de la LCAP.

#### **2.4. LA LCSP**

Finalmente, la LCSP supuso una evolución más a la normativa de contratación pública, especialmente motivada por la incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2004/18/CE. Esta Directiva mantiene la exclusión establecida por sus predecesoras (las Directivas 92/50/CEE y 97/52/CE) pero amplía y precisa el ámbito de la exclusión, en su artículo 16 sobre *“Exclusiones específicas”*, en estos términos: *“La presente Directiva no se aplicará a aquellos contratos públicos de servicios: (...) d) relativos a servicios financieros relacionados con la emisión, compra, venta y transferencia de valores o de otros instrumentos financieros, en particular las*

---

<sup>264</sup> El Informe 7/2006 de la Junta Superior de Contratación Administrativa, de 20 de noviembre de 2006 sobre *“Posibilidad de suscribir un contrato de factoring para el anticipo de pagos a contratistas. Regulación de los servicios financieros en la ley de contratos de las Administraciones Públicas”*, entre otros extremos pero en relación con los servicios financieros, declara expresamente que *“Nótese que la aplicación de la legislación de contratos o es hasta la adjudicación, por lo que la ejecución, modificación, extinción se rige por la normativa civil o mercantil que, en su caso, sea de aplicación.”*

<sup>265</sup> La única modificación producida es que, mientras que en la LCAP los contratos bancarios estaban relacionados en su artículo 207, con el TRLCAP dichos contratos pasan a estar relacionados en su artículo 206 pero en idénticos términos: *“6. Servicios financieros: a) Servicios de seguros. b) Servicios bancarios y de inversiones.”*

*operaciones destinadas a la obtención de fondos o capital por los poderes adjudicadores, así como los servicios prestados por los bancos centrales;”* ello de manera correlativa con lo previsto en el considerando 27 de la Directiva. Se observa, por tanto, que la Directiva añade el concepto de “*emisión*”, así como también “*las operaciones destinadas a la obtención de fondos o capital por los poderes adjudicadores*”.

Esta literalidad es la que trasciende al artículo 4.1.1) de la LCSP. Por tanto, a raíz de la Directiva 2004/18/CE, los contratos de financiación bancaria del sector público seguían quedando excluidos del ámbito de aplicación de la LCSP, a la vez que se precisaba con detalle que también están excluidos tanto las operaciones con instrumentos financieros como los servicios prestados por el Banco de España. El ámbito de la exclusión, por tanto, evolutivamente se ha incrementado y precisado con detalle sus confines.

Por otro lado, respecto de los contratos de servicios, la Directiva 2004/18/CE, en su artículo 20, dice que son aquellos que “*figuren en el anexo II A*” y que “*se adjudicarán con arreglo a los artículos 23 a 55.*” Al respecto de esta mención, cabe distinguir: (i) en el anexo II A, entre diversas tipologías de contratos de servicios, consta la “*6. Servicios financieros: a) Servicios de seguros. b) Servicios bancarios y de inversión (4).*” Precisamente, en el punto referido a servicios bancarios y de inversión la Directiva añade un pie de página (4) cuyo literal es el siguiente: “*Exceptuando los servicios financieros relativos a la emisión, compra, venta y transferencia de títulos u otros instrumentos financieros, y los servicios prestados por los bancos centrales. Quedan también excluidos los servicios que consistan en la adquisición o el arrendamiento, independientemente del sistema de financiación, de terrenos, edificios ya existentes u otros bienes inmuebles, o relativos a derechos sobre estos bienes; no obstante, los servicios financieros prestados bien al mismo tiempo, bien con anterioridad o posterioridad al contrato de adquisición o de arrendamiento, en cualquiera de sus formas, se regularán por lo dispuesto en la presente Directiva.*” Esta regulación es la más completa que ha habido a nivel comunitario sobre el ámbito de inclusión de los servicios bancarios a la normativa de contratación pública. Por otro lado, (ii) la Directiva se remite a los artículos 23 a 55, que contienen las normas

generales reguladoras de la preparación, procedimiento y adjudicación de los contratos públicos.

Dicha configuración se trasladó a la LCSP. Así, en su artículo 4.1 sobre “Negocios y contratos excluidos” la LCSP dispone que: “1. Están excluidos del ámbito de la presente Ley los siguientes negocios y relaciones jurídicas: (...) l) Los contratos relativos a servicios financieros relacionados con la emisión, compra, venta y transferencia de valores o de otros instrumentos financieros, en particular las operaciones relativas a la gestión financiera del Estado, así como las operaciones destinadas a la obtención de fondos o capital por los entes, organismos y entidades del sector público, así como los servicios prestados por el Banco de España ya las operaciones de tesorería.”<sup>266</sup>

Comparando esta transcripción con lo previsto en el artículo 4.1.k) del TRLCAP, se observan diversas diferencias: (i) el TRLCAP se refería primero a los contratos de “compraventa y transferencia de valores negociables u otros instrumentos financieros” y luego añadía a “los contratos relacionados con instrumentos financiados derivados concertados para cubrir los riesgos de tipo de interés y de cambio derivados de los anteriores”, mientras que la LCSP se refiere a esta parte como a los contratos relacionados con “la emisión, compra, venta y transferencia de valores o de otros instrumentos financieros”; (ii) el TRLCAP se refería a “operaciones financieras de cualquier modalidad”, mientras que la LCSP se refiere a “operaciones” aunque el mismo debe de entenderse como un concepto sinónimo al de “operaciones financieras”; (iii) el TRLCAP excluía las operaciones financieras que tuvieran por finalidad “financiar las necesidades previstas en las normas presupuestarias aplicables, tales como préstamos, créditos u otras de naturaleza análoga”, mientras que la LCSP incluía una idea más general al decir “las operaciones destinadas a la obtención de fondos o capital” y “las operaciones de tesorería”, sin por ello remitirse a la normativa presupuestaria, aunque la dicción de la

---

<sup>266</sup> De la época de vigencia de la LCSP, cabe mencionar el Informe 6/09 de la Junta Central de Contratación Administrativa del Estado, de 25 de septiembre de 2009, que reconoce como contrato privado la contratación de una sociedad gestora de entidades de capital riesgo; informe referido por CALVO Y RUATA, Pablo. *Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. Nuevas acotaciones, concordancias y criterios interpretativos*, editorial Civitas Thomson Reuters, 1ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2010, pág. 76.

LCSP es concorde con la legislación presupuestaria, y suprimiendo la confusión creada por el TRLCAP al contener una expresión de *numerus apertus* en los términos que se ha explicado anteriormente; (iv) la LCSP añade a la exclusión a “*las operaciones relativas a la gestión financiera del Estado*” con esta dicción, aunque esta realidad estaba igualmente subsumida en la redacción del TRLCSP; y (v), finalmente, ambas excluyen a los servicios prestados por el Banco de España.

Sin perjuicio de las diferencias expresivas utilizadas, la LCSP también recogía la supletoriedad de sus artículos para estos contratos excluidos de su ámbito de aplicación. En particular, en su artículo 4.2 preveía que “*2. Los contratos, negocios y relaciones jurídicas enumerados en el apartado anterior se regularán por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse.*” Nuevamente, la llamada del Derecho Administrativo al ámbito de la contratación bancaria con el sector público, llamamiento cuya discutible procedencia ha sido expuesta anteriormente.

Destaca la observación favorable de FERREIRO<sup>267</sup> a esta aplicación supletoria en el ámbito de la financiación local a cuyo respecto señala que “*adquieren un significado cuantitativo mucho mayor que en el ámbito estatal y que en ellos deben ser aplicados, claro está, los principios y normas generales que respecto a la contratación pública están en vigor tanto en nuestro ordenamiento como en toda la Unión Europea*”; afirmación que no compartimos en su totalidad por los motivos anteriormente expuestos acerca del excesivo carácter supletorio de la normativa de contratación pública sobre los contratos de financiación bancaria.

Habiendo manifestado la exclusión de los contratos de financiación con Administraciones Públicas del ámbito de aplicación de la LCSP, luego, tal y como hacía el TRLCAP, la LCSP se ocupa de los contratos de servicios bancarios. Siguiendo los pasos de la Directiva 2004/18/CE, el artículo 10 de la LCSP determina cuáles son los contratos públicos de servicios haciendo remisión a su Anexo II<sup>268</sup>.

---

<sup>267</sup> FERREIRO LAPATZA, José Juan. *Curso de Derecho Financiero Español. Instituciones*, editorial Marcial Pons, 25ª edición, Madrid, 2006, pág. 165.

<sup>268</sup> GIMENO FELIU, José María. *El ámbito objetivo de aplicación de la LCSP. Tipología contractual y negocios jurídicos excluidos*, Cuadernos de Derecho Local, número 22, editorial Fundación

Éste incluye los servicios bancarios que son objeto de estudio en su categoría sexta en la literalidad que ya es habitual: “6. *Servicios financieros: a) Servicios de seguros. b) Servicios bancarios y de inversión.*”

Hecho esto, la regulación de los contratos de servicios bancarios y su configuración como contratos privados del sector público se halla en el artículo 19 de la LCSP sobre “*Contratos administrativos*” en donde, nuevamente, se utiliza el artículo regulador de los contratos administrativos para excluirlos de su ámbito, bajo esta redacción: “1. *Tendrán carácter administrativo los contratos siguientes, siempre que se celebren por una Administración Pública: a) Los contratos de obra, concesión de obra pública, gestión de servicios públicos, suministro, y servicios, así como los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado. No obstante, los contratos de servicios comprendidos en la categoría 6 del Anexo II y los que tengan por objeto al creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos comprendidos en la categoría 26 del mismo Anexo no tendrán carácter administrativo.*”

De modo que la LCSP considera a los contratos de servicios contrarios, a *sensu contrario*, como contratos privados cuyo régimen regula después en su artículo 20 sobre “*Contratos privados*” en estos términos: “1. *Tendrán la consideración de contratos privados los celebrados por los entes, organismos y entidades del sector público que no reúnan la condición de Administraciones Públicas. Igualmente, son contratos privados los celebrados por una Administración Pública que tengan por objeto servicios comprendidos en la categoría 6 del Anexo II (...).*”

Y, luego, en su apartado 2, se ocupa de detallar el régimen jurídico de estos contratos: “2. *Los contratos privados se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por la presente Ley y sus*

---

Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2010, págs. 45 a 46; entiende que es contradictoria la exclusión de estos contratos con la regulación del artículo 10 de la LCSP. El mismo autor explicita que la exclusión “*habrá que extenderla exclusivamente para las modalidades de contratos de inversión que recoge el artículo 63 de la Ley del Mercado de Valores en aplicación del principio de primacía del Derecho Comunitario*” en GIMENO FELIU, José María. *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*, editorial Civitas Thomson Reuters, 1ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2010, págs. 89 a 90.

*disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En cuanto a sus efectos y extinción, estos contratos se regirán por el derecho privado.*” Finalmente, el TRLCSP sigue manteniendo la diferenciación entre legislaciones competentes en materia de contratos privados del sector público, dejando la revisión de los actos separables a la jurisdicción contenciosa-administrativa (artículo 21).

De la época de vigencia del TRLCSP es el Informe 5/2014 de 27 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya, sobre *“Naturaleza jurídica y régimen jurídico de los contratos de las administraciones públicas que tienen por objeto operaciones y cuentas corrientes bancarias.”* Este Informe, sobre la base de la Directiva 2004/18/CE, concluye con rotunda claridad al concluir que: (i) los contratos de préstamo y crédito están fuera del ámbito de la normativa de contratos y (ii) los contratos de servicios bancarios son contratos típicos de servicios de naturaleza privada<sup>269</sup>.

Anterior a éste aunque de la misma época, es el Informe 18/11 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, de 1 de marzo de 2012 sobre *“Aplicación de la prohibición de contratar en los procedimientos de adjudicación de los contratos relativos a servicios financieros”*, en el que se hace referencia a la exclusión prevista en el artículo 4.1.1) de la LCSP –la consulta se planteó durante la vigencia de la LCSP pero la Junta la resuelve en la vigencia del TRLCSP-. En concreto, en esta ocasión la Junta dictaminó con claridad la exclusión de los contratos

---

<sup>269</sup> La consulta que dio lugar al Informe 5/2014, de 27 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa lo fue respecto del ámbito de la contratación local. Sin perjuicio de ello, las conclusiones que alcanza son extensibles a todas las tipologías de Administraciones Públicas. A saber, la primera es la siguiente (traducción del catalán): *“Las operaciones de crédito concertadas por los entes, organismos o entidades del sector público en general, y por los entes locales en particular, son negocios jurídicos que están excluidos del ámbito de aplicación del TRLCSP. En consecuencia, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4.2 del mismo TRLCSP, los contratos que tengan por objeto operaciones de crédito se regulan por sus normas especiales, y se deben aplicar los principios del TRLCSP para resolver las dudas y lagunas que se puedan presentar.”* Y la segunda sobre los contratos de servicios bancarios (traducción del catalán): *“Los contratos de cuenta corriente bancaria suscritos por los entes, organismos o entidades del sector público en general, y por los entes locales en particular, son contratos de servicios privados la adjudicación y la preparación de los cuales se rige por sus normas específicas, en su defecto, por el Real decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de contratos del sector público, y sus disposiciones de desarrollo, y, supletoriamente, por las otras normas de derecho administrativo.”*



previstos en el artículo citado y, por tanto, la no aplicación a los mismos de las prohibiciones para contratar. Este dictamen resulta sorprendente por su claridad rotunda y por no caer en la aplicación supletoria de los principios de la contratación pública *ex* artículo 4.2 del TRLCSP, por lo que la Junta inaplica la normativa de contratación al supuesto aplicado, lo que se considera positivo en aras a preservar la efectiva exclusión de estos servicios financieros y operaciones de financiación del ámbito de aplicación del TRLCSP<sup>270</sup>.

De todo cuanto antecede se puede extraer que la evolución de la normativa pública estatal y comunitaria en materia de contratación, y en particular en materia de contratación bancaria con el sector público, ha sido una materia sujeta a cambios constantes. Estos cambios han pretendido delimitar cada vez más y mejor el ámbito dentro del que la normativa de contratación pública es competente para afectar a la contratación bancaria, pero esta delimitación lo ha sido sólo para los contratos de servicios bancarios. Sin embargo, respecto de los contratos de financiación bancaria en el ámbito del sector público los mismos han sido tradicionalmente excluidos del ámbito de regulación de las normas comunitarias y estatales, salvo en el marco de la LCE cuando estos contratos eran considerados contratos administrativos y, por ello, sujetos a la normativa de contratación pública; y a salvo también la regulación del vigente TRLCSP que parece decir, en contraposición con el Derecho Comunitario, que sólo se excluyen cuando los contratos sean convenidos por entes, organismos y entidades del sector público.

---

<sup>270</sup> El Informe 18/11, de 1 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, viene a justificar desde una doble perspectiva la exclusión de estos contratos y, en atención al caso consultado la inaplicación de las prohibiciones de contratar del TRLCSP: *“Desde un punto de vista lógico-jurídico, debemos atender al bloque de legalidad que constituye la misma ley de contratos públicos, en la actualidad, el TRLCSP. Puesto que se trata de contratos excluidos del TRLCSP, ya que las prohibiciones de contratar forman parte de esa regulación, la primera deducción lógica a la que podemos llegar es que no se les puede aplicar. La ley de contratos se considera como un todo, dentro del cual aparecen las causas de prohibición de contratar, por tanto, si no les resulta de aplicación la ley, tampoco una parte de ésta como es la regulación de las prohibiciones de contratar. Por otro lado, desde un punto de vista práctico, los contratos sobre los servicios financieros a que se refiere la consulta, se encuentran excluidos del TRLCSP, según declara éste. Al encontrarse excluidos, no existe la posibilidad de que una Administración pública pueda aplicar esas reglas para celebrar este tipo de contratos, por tanto, el hecho de que se pueda declarar una prohibición de contratar, cuyo efectos es evitar que el contratista sobre el que recaiga pueda contratar con la Administración pública, carece de sentido en estos casos en los que ya se trata de contratos que se rigen por el TRLCSP.”*

La configuración actual de los contratos bancarios del sector público es la contenida en el TRLCSP, en los términos que se ha explicado al principio del presente Capítulo: (i) contratos de financiación bancaria, excluidos del TRLCSP sin perjuicio de su aplicación supletoria para dudas y lagunas, y (ii) contratos de servicios bancarios, incluidos en el TRLCSP como contratos privados del sector público. A pesar de ello, dada la inercia evolutiva que impregna a toda la normativa de contratación pública, el vigente TRLCSP también está siendo objeto de adaptación a las nuevas directivas comunitarias, adaptación que también afecta a la manera de configurar y regular a estas tipologías contractuales.

## 2.5. EL PLCSP<sup>271</sup>

Según lo expuesto, el TRLCSP<sup>272</sup> va a ser próximamente derogado a fin de incorporar al ordenamiento jurídico español tres directivas: (i) la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (en adelante, Directiva 2014/24/UE); (ii) la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE (en adelante, Directiva 2014/25/UE); y la (iii) Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de

---

<sup>271</sup> A la fecha de elaboración del presente trabajo, la última versión del borrador del PLCSP en fase de tramitación parlamentaria se halla disponible en la web del Congreso de los Diputados en la versión de, en este enlace (consulta del día 15/06/17): [http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas/ProydeLey?\\_piref73\\_1335538\\_73\\_1335535\\_1335535.next\\_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW12&PIECE=IWA2&FMT=INITXD1S.fmt&FORM1=INITXLBA.fmt&DOCS=5-5&QUERY=121.cini.+no+%40fcie+no+concluido.fase](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas/ProydeLey?_piref73_1335538_73_1335535_1335535.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW12&PIECE=IWA2&FMT=INITXD1S.fmt&FORM1=INITXLBA.fmt&DOCS=5-5&QUERY=121.cini.+no+%40fcie+no+concluido.fase)

<sup>272</sup> Sin perjuicio de ello, no es menos cierto que el TRLCSP ha sido objeto de constantes modificaciones puntuales desde su entrada en vigor, tales como las que han tenido lugar en virtud de: (i) Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización; (ii) Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica; (iii) Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española; (iv) Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, de reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social; (v) Real Decreto-ley 10/2015, de 11 de septiembre, por el que se conceden créditos extraordinarios y suplementos de crédito en el presupuesto del Estado y se adoptan otras medidas en materia de empleo público y de estímulo de la economía; y la más reciente, la (vi) Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público.

2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (en adelante, Directiva 2014/23/UE)<sup>273</sup>.

### 2.5.1. Sobre la Directiva 2014/24/CE

De todas tres, la Directiva 2014/24/UE es la que ostenta mayor relevancia a los efectos que ahora interesan, lo cual ya se deduce por el hecho que deroga la anterior Directiva 2004/18/CE<sup>274</sup> cuya destacada importancia para la contratación bancaria del sector público se ha explicado en el presente Capítulo III. En concreto, la Directiva actual recupera lo previsto en la Directiva anterior en lo relativo a exclusiones de su ámbito de aplicación pero sigue en la labor de ofrecer una regulación más perfeccionada y de detalle. Fruto de ello, la exclusión de los contratos de financiación bancaria y de instrumentos financieros ha sido doblemente recogida en el artículo 10 de la Directiva 2014/24/UE sobre “*Exclusiones específicas relativas a los contratos de servicios*”, diciendo que “*La presente Directiva no se aplicará a aquellos contratos públicos de servicios para:*

(...)

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

---

<sup>273</sup> Según expone la Exposición Motivos del PLCSP, estas tres directivas han sido dictadas en el marco de la denominada “*Estrategia Europa 2020*”, que es una estrategia de la Unión Europea europea cuya finalidad es que en el plazo de 10 años, hasta 2020, los países de la Unión Europea superen la crisis y recuperen sus economías, palien las deficiencias de su modelo de crecimiento y creen las condiciones necesarias para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador. Todo ello para alcanzar cinco objetivos en los campos del empleo, la investigación y desarrollo, el clima y la energía, la educación, y la integración social y reducción de la pobreza. En el marco de esta estrategia se incardina el PLCSP, cuya Exposición de Motivos apunta a este respecto que “*la contratación pública desempeña un papel clave, puesto que se configura como uno de los instrumentos basados en el mercado interior que deben ser utilizados para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso con mayor racionalidad económica de los fondos públicos.*”

Para más información sobre la “*Estrategia Europa 2020*” (consulta del día 15/06/17): [http://ec.europa.eu/europe2020/europe-2020-in-a-nutshell/index\\_es.htm](http://ec.europa.eu/europe2020/europe-2020-in-a-nutshell/index_es.htm)

<sup>274</sup> Según el artículo 91 de la Directiva 2014/24/UE, la derogación tendrá efectos a partir del 18 de abril de 2016; que es correlativamente el plazo de que disponía el Estado Español para cumplir con la incorporación a su ordenamiento jurídico.

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

Se desprende de esta regulación que, por un lado, se siguen excluyendo a todos los instrumentos financieros y a los servicios de los bancos centrales, pero se incluyen unos matices interesantes: (i) la remisión a la Directiva 2004/39/CE, (ii) la referencia a operaciones con la Facilidad Europea de Estabilización y el Mecanismo Europeo de Estabilidad, y (iii) la referencia expresa a los préstamos; aspectos todos ellos que se analizarán separadamente a continuación.

*A) Remisión a la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo (Directiva 2004/39/CE)*

Se observa que la remisión a esta Directiva se hace por la referencia a los “*instrumentos financieros*”. Se interpreta, por tanto, que con esta remisión lo que ha pretendido el legislador europeo es que el concepto de instrumentos financieros al que alude el artículo 10.e) de la Directiva 2014/24/UE, concepto excluido de su ámbito de aplicación, sea un concepto coincidente con el de la Directiva 2004/39/CE.

Por tanto, a fin de conocer el alcance de este concepto, cabe acudir al artículo 4 de la Directiva 2004/39/CE sobre “*Definiciones*”, en cuyo apartado 17 se dispone lo siguiente: “*17) Instrumento financiero: los instrumentos especificados en la sección C del anexo I.*” Así, de la Sección C del anexo I de la Directiva de referencia enumera y define con exhaustividad los instrumentos financieros en estos términos: “*Sección C Instrumentos financieros:*

- (1) Valores*
- (2) Instrumentos del mercado monetario;*
- (3) Participaciones de organismos de inversión colectiva;*
- (4) Contratos de opciones, futuros, permutas (“swaps”), acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de derivados relacionados con valores, divisas, tipos de interés o rendimientos u otros contratos de derivados relacionados con valores, divisas, tipos de interés o rendimientos, u otros*

*instrumentos derivados, índices financieros o medidas financieras que puedan liquidarse en especie o en efectivo;*

- (5) Contratos de opciones, futuros, permutas (“swaps”), acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de derivados relacionados con materias primas que deban liquidarse en efectivo o que puedan liquidarse en efectivo a petición de una de las partes (por motivos distintos al incumplimiento o a otro suceso que lleve a la rescisión del contrato);*
- (6) Contratos de opciones, futuros, permutas (“swaps”) y otros contratos de derivados relacionados con materias primas que puedan liquidarse en especie, siempre que se negocien en un mercado regulado o SMN;*
- (7) Contratos de opciones, futuros, permutas (“swaps”), acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de derivados relacionados con materias primas que puedan ser liquidados mediante entrega física no mencionados en el punto 6 de la Sección C y no destinados a fines comerciales, que presentan las características de otros instrumentos financieros derivados, teniendo en cuenta, entre otras cosas, si se liquidan a través de cámaras de compensación reconocidas o son objeto de ajustes regulares de los márgenes de garantía;*
- (8) Instrumentos derivados para la transferencia del riesgo de crédito;*
- (9) Contratos financieros por diferencias;*
- (10) Contratos de opciones, futuros, permutas (“swaps”), acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de derivados relacionados con variables climáticas, gastos de transporte, autorizaciones de emisión o tipos de inflación y otras estadísticas económicas oficiales, que deban liquidarse en efectivo o que puedan liquidarse en efectivo a elección de una de las partes (por motivos distintos al incumplimiento o a otro suceso que lleve a la rescisión del contrato), así como cualquier otro contrato derivado relacionado con activos, derechos, obligaciones, índices y medidas no mencionados en la presente sección C, que presentan las características de otros instrumentos financieros derivados, teniendo en cuenta, entre otras cosas, si se negocian en un mercado regulado o SMN, se liquidan a través de cámaras de compensación reconocidas o son objeto de ajustes regulares de los márgenes de garantía.”*

El mismo artículo 4 de la Directiva 2004/39/CE también define a los valores en estos términos: “18) *Valores negociables: las categorías de valores que son negociables en el mercado de capitales, a excepción de los instrumentos de pago, como:*

- a) acciones de sociedades y otros valores equiparables a las acciones de sociedades, asociaciones u otras entidades y certificados de depósito representativos de acciones;*

b) obligaciones u otras formas de deuda titulizada, incluidos los certificados de depósito representativos de tales valores;

c) los demás valores que dan derecho a adquirir o a vender tales valores negociables o que dan lugar a una liquidación en efectivo, determinada por referencia a valores negociables, divisas, tipos de interés o rendimientos, materias primas u otros índices o medidas.”

De las anteriores enumeraciones queda determinado el ámbito de la exclusión a la que se refiere la Directiva 2014/24/UE en lo relativo a instrumentos financieros y valores negociables. Tipologías contractuales a los que se han referido en el Capítulo I.

#### *B) Referencia a la Facilidad Europea de Estabilización Financiera y el Mecanismo Europeo de Estabilidad*

Los dos son mecanismos de apoyo creados en el seno de la Unión Europea cuya finalidad es prestar apoyo financiero a los Estados miembros bajo determinados condicionantes. Respecto de la Facilidad Europea de Estabilización Financiera (en adelante, FEEF) o *European Financial Stability Facility*<sup>275</sup> (EFSF), cabe señalar que la misma es una sociedad anónima europea de carácter instrumental y temporal, integrada por los 17 Estados miembros y con capacidad de asistencia financiera hasta a 779.800 millones de euros, que fue creada por acuerdo del ECOFIN el 9 de mayo de 2010. El funcionamiento y finalidades de la FEEF se regulan en su Acuerdo Marco<sup>276</sup> por el que los Estados miembros firmantes establecieron los términos y condiciones para ser beneficiario de esta asistencia y los instrumentos que se utilizarían con la garantía a aportar por parte de los Estados miembros. Los instrumentos de asistencia que puede utilizar la FEEF con un Estado miembro son: préstamos (con desembolsos condicionados caso por caso), intervenciones en el mercado primario y/o secundario de deuda, líneas de crédito a Estados sin programa de ajuste pero en situación de crisis financiera, así como financiación para recapitalización de entidades financieras de un Estado.

---

<sup>275</sup> En su web se contiene una amplia descripción de su actividad (consulta del día 15/06/17): <https://www.esm.europa.eu/efsf-overview> A la fecha de cierre del presente trabajo, el Estado Español ha sido beneficiario de este mecanismo sin plan de ajuste (a diferencia de Grecia, Irlanda y Portugal que también lo han sido pero con plan de ajuste). Y el Estado español tiene un 12,75% del aval de la FEEF.

<sup>276</sup> La versión del Acuerdo Marco, o *Framework Agreement*, está disponible en este enlace en su versión original en inglés, que incluye las dos enmiendas de que fue objeto, por lo que se trata de una versión consolidada a efectos informativos (consulta del día 15/06/17): <https://www.esm.europa.eu/>

Por otro lado, el Mecanismo Europeo de Estabilidad<sup>277</sup> (en adelante, MEE) o *European Stability Mechanism* (ESM) que, a diferencia de la FEEF que era una sociedad mercantil, el MEE es una institución de derecho internacional formada por los 17 Estados miembros de la Unión Europea que son sus accionistas. Tiene un capital desembolsado de 80.000 millones de euros y tiene capacidad de préstamo de hasta 500.000 millones de euros.

El MEE fue creado por el Consejo Europeo en diciembre de 2010 y entró en vigor el 27 de septiembre de 2012, tiene carácter permanente y su finalidad es la resolución de crisis económicas en la zona euro, a cuyo fin es obtener fondos para conceder asistencia financiera a través de la emisión de instrumentos financieros, celebrar acuerdos con sus miembros, entidades financieras y terceros. En concreto, los instrumentos financieros que puede utilizar para la obtención de fondos son: préstamos convencionales, compra de deuda soberana en mercados primario y secundario, líneas de crédito para conceder préstamos al Estado miembro beneficiario o para compra de deuda soberana en el mercado primario, préstamos para recapitalización de entidades financieras de la zona euro cuando esté plenamente en vigor el mecanismo de supervisión bancaria único<sup>278</sup>.

### *C) Referencia expresa a los préstamos*

Finalmente, la Directiva 2014/24/UE excluye también a los préstamos y, por tanto, operaciones de financiación; precisando, además, que la exclusión se refiere tanto a si los mismos se han obtenido para financiar la emisión, venta, compra o transferencia de valores o de otros instrumentos financieros, como si no.

Considerando, por tanto, todas las exclusiones referidas, parece coherente que la Directiva 2014/24/UE haya excluido de su ámbito de aplicación tanto a los préstamos (debiéndose de entender, por extensión, comprendidas todas las formas de financiación

---

<sup>277</sup> En su web se contiene una amplia descripción de su actividad (consulta del día 15/06/17): <https://www.esm.europa.eu/>

<sup>278</sup> A la fecha de cierre del presente trabajo, el MEE ha proporcionado asistencia financiera a España, Chipre y Grecia. Respecto de España, esta asistencia tuvo por finalidad la recapitalización del sistema financiero español por valor de 43,2 billones de euros que fueron entregados al Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria a través de dos préstamos. Para mayor detalle, se incluye este enlace (consulta del día 15/06/17): <https://www.esm.europa.eu/assistance/spain/index.htm>

bancaria), porque los mismos han sido tradicionalmente excluidos del ámbito de la contratación pública, y también a los mecanismos de la FEEF y del MEE porque los mismos son mecanismos europeos de asistencia financiera con su regulación propia y específica y que están destinados a los Estados miembros y no a su aparato administrativo.

## 2.5.2. Sobre la nueva regulación del PLCSP

### A) Exclusiones

Sobre la base comunitaria apuntada, el artículo 9 del PLCSP regulad los “*Negocios y contratos relativos al ámbito financiero*” y recoge la exclusión en estos términos: “*Los contratos relativos a servicios financieros relacionados con la emisión, compra, venta o transferencia de valores o de otros instrumentos financieros en el sentido de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo. Asimismo, quedan excluidos los servicios prestados por el Banco de España y las operaciones realizadas con la Facilidad Europea de Estabilización Financiera y el Mecanismo Europeo de Estabilidad y los contratos de préstamo y operaciones de tesorería, estén o no relacionados con la emisión, venta, compra o transferencia de valores o de otros instrumentos financieros.*”

Esta exclusión presenta una redacción excesivamente extensa, sustancialmente idéntica a la contenida en la Directiva 2004/18/CE precedente, aunque presenta un mayor detalle de los conceptos excluidos, pero se considera que en ningún aso ambas Directivas entran en contradicción. Por ello, el PLCSP sigue excluyendo del ámbito de aplicación de la normativa de contratación pública: (i) los instrumentos financieros, (ii) los servicios prestados por el Banco de España, (iii) las operaciones de obtención de fondos, incluyendo como referencia a los “*contratos de préstamo y operaciones de tesorería*” (nótese, por tanto, operaciones de financiación a largo y a corto plazo), y precisando que se excluyen con independencia de si están relacionadas o no con instrumentos financieros, y finalmente (iv) añade *ex novo* la exclusión de las operaciones realizadas con el FEEF y el MEE.



La redacción de la exclusión parece coherente con lo que debe excluir y con lo que pide la Directiva. Queda claro todo lo que queda fuera de su ámbito de aplicación, sin perjuicio de que la redacción utilizada puede resultar redundante o extensa, especialmente cuando refiere a las directivas ya derogadas. Sin perjuicio de ello y considerando la evolución histórica de la normativa sobre contratación pública y las consiguientes modificaciones sufridas por la misma en el ordenamiento jurídico español se considera que la redacción sobre exclusiones contenida en el artículo 9 del PLCSP resuelve de manera satisfactoria la cuestión en aras a la seguridad jurídica, tanto de la propia Administración Pública y sus entidades que deben aplicar esta normativa, como de parte de las entidades financieras a fin de conocer el ámbito legal de actuación de la normativa de contratación pública. En especial, se considera de destacable utilidad la eliminación, respecto del artículo 4.1.1) del TRLCS, de la frase “...por los entes, organismos y entidades del sector público” ya que era una mención confusa y contraria al Derecho Comunitario en los términos ya comentados anteriormente; ahora con la redacción del PLCSP no se crea distinción alguna de modo que la exclusión es claramente objetiva, y no subjetiva como ha hecho el TRLCSP.

Por último, y siguiendo con la línea tradicional, también el PLCSP prevé su aplicación supletoria a los contratos que excluye, en su artículo 11 sobre “*Regulación de las relaciones jurídicas excluidas*” al decir que “*Los contratos, negocios y relaciones jurídicas enumerados en la presente Sección, se regularán por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse.*”

#### *B) Inclusiones*

En paralelo con todo lo anterior, están los servicios bancarios. La Directiva 2014/14/UE no alude a ellos, a diferencia de sus predecesoras que los citaban luego en sus anexos como contratos de servicios públicos. En esta ocasión, la Directiva 2014/24/UE ya no contiene anexo a dicho fin y la única mención que hace a los “*servicios bancarios*” se contiene en el artículo 5 sobre “*Métodos de cálculo del valor estimado de la contratación*” en cuyo apartado 13 se ocupa de traer a lo colación lo mismo que ya habían previsto sus predecesoras sobre la fijación del precio de los servicios bancarios y que, consiguientemente, no aporta nada nuevo, a saber: “*13. Respecto de los contratos públicos de servicios, la base de cálculo del valor estimado*

*del contrato será, según proceda, la siguiente: a) servicios de seguros: la prima y otras formas de remuneración; b) servicios bancarios y otros servicios financieros: los honorarios, las comisiones, los intereses y otras formas de remuneración.”*

Ahondando sobre esta cuestión, cabe recordar sin ir más lejos que la Directiva 2004/18/CE listaba a los servicios bancarios, como contratos públicos de servicios, en su anexo II por orden expresa de su artículo 1.2.d), anteriormente transcrito, en el que se regulaba que lo eran aquellos que, no siendo contratos de obra ni de suministro, estuvieran comprendidos en el anexo II. Y en este anexo II, en la categoría 6, es donde aparecían los servicios bancarios. Bajo la vigente Directiva 2014/24/UE la definición de los contratos públicos de servicios ha variado en base al tenor de su artículo 2.9, a saber: *“Contratos públicos de servicios: los contratos públicos cuyo objeto sea la prestación de servicios distintos de aquellos a los que se refiere el punto 6.”* Y, acudiendo al artículo 2.6 resulta que éste regula a los denominados *“Contratos públicos de obras”*<sup>279</sup>.

Consiguientemente, la vigente Directiva, lejos de contener un concepto detallado y exhaustivo de cuáles son los contratos de servicios que pueden contratar las Administraciones Públicas y sus entidades bajo la normativa de contratación pública, se limita a definirlos de manera negativa, distinguiéndolos a estos efectos únicamente de los contratos públicos de obras.

Ciertamente, son contratos diferentes los de obras y los de servicios públicos, aunque no se puede negar que el legislador, a pesar de que haya realizado esta definición hasta cierto punto fácil, podría ser a su vez una definición segura en el sentido que, al no mencionar específicamente los contratos de servicios que están excluidos, por extensión se entenderán incluidos a su ámbito todos los contratos de servicios que no aparezcan expresamente excluidos por la Directiva 2014/24/CE. Es,

---

<sup>279</sup> En este caso, la literalidad del artículo 2.6 es la siguiente: *“Contratos públicos de obras: los contratos públicos cuyo objeto sea uno de los siguientes: a) la ejecución, o bien, conjuntamente, el proyecto y la ejecución, de obras relativas a una de las actividades mencionadas en el anexo II; b) la ejecución, o bien, conjuntamente, el proyecto y la ejecución de una obra; c) la realización, por cualquier medio, de una obra que cumpla los requisitos fijados por el poder adjudicador que ejerza una influencia decisiva en el tipo o el proyecto de la obra.”* Definición en ningún caso coincidente con lo que sería un contrato de servicios.

en efecto, un cambio de enfoque y de técnica legislativa el escogido por el legislador comunitario que, en todo caso y como era de esperar, ha trascendido al PLCSP.

Por su lado, a diferencia de su predecesor el TRLCSP (artículo 10), el PLCSP no incluye ningún listado de categorías de los contratos de servicios, lo cual no deja de ser coherente con la Directiva que transpone. Así, define a los contratos de servicios en su artículo 17 como *“aquéllos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro, incluyendo aquéllos en que el empresario se obligue a ejecutar el servicios de forma sucesiva y por precio unitario. No podrán ser objeto de estos contratos los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.”* Lo que resulta diferencial respecto de la Directiva es que el PLCSP no los haya definido de manera negativa y por exclusión, adoptando el legislador español un concepto positivo del término.

No se puede negar que tal concepto incluye a los contratos de servicios bancarios, siendo prueba de ello lo que se regula luego en el artículo 101 del mismo PLCSP sobre *“Valor estimado”* al prever, en términos idénticos a la Directiva 2014/24/UE que: *“11. En los contratos de servicios, a los efectos del cálculo de su valor estimado, se tomarán como base, en su caso, las siguientes cantidades: a) En los servicios de seguros, la prima pagadera y otras formas de remuneración. b) En servicios bancarios y otros servicios financieros, los honorarios, las comisiones, los intereses y otras formas de remuneración.”*

Sin perjuicio de lo anterior, el PLCSP contiene otra diferencia sustancial respecto de la directiva que traspone, pero esta diferencia es a su vez coherente con la evolución legislativa habida en el ordenamiento jurídico español en la materia. Y es que el PLCSP se ocupa de dejar claro que los contratos de servicios bancarios son contratos privados del sector público, tal y como han venido haciendo sus predecesores desde la LCAP (a partir de la Ley 53/1999) hasta el TRLCSP.

A dicho fin, el PLCSP ha utilizado una ubicación y redacción muy afín a la utilizada en las versiones de sus antecesores, toda vez que su artículo 25 sobre *“Contratos administrativos”* prevé que: *“1. Tendrán carácter administrativo los contratos siguientes, siempre que se celebren por una Administración Pública:*

a) Los contratos de obra, concesión de obra, concesión de servicios, suministro y servicios. No obstante, tendrán carácter privado los siguientes contratos:

1º) Los contratos de servicios que tengan por objeto servicios financieros con número de referencia CPV de 66100000-1 a 66720000-3. Y los que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos con número de referencia CPV de 79995999-5 a 79995200-7, y de 92000000-1 a 92700000-8, excepto 92230000-2, 92231000-9 y 92232999-6. (...)"

A partir del PLCSP, los contratos de servicios bancarios son los referidos por el apartado 1º de la letra a) del artículo 25. En puridad, este precepto los refiere como "servicios financieros" pero luego ofrece la referencia CPV o "Vocabulario común de contratos públicos" (en adelante, CPV) que corresponde a este tipo de contratos. Estas referencias CPV dimanan del Reglamento (CE) nº 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de noviembre de 2002 por el que se aprueba el Vocabulario común de contratos públicos (CPV)<sup>280</sup>. Como se puede apreciar en la nota a pie de página

---

<sup>280</sup> Este Reglamento comunitario fue posteriormente modificado en dos ocasiones: (i) primero, por el Reglamento (CE) nº 2151/2003 de la Comisión de 16 de diciembre de 2003 por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se aprueba el Vocabulario común de los contratos públicos (CPV); y (ii) luego, por el Reglamento (CE) nº 213/2008 de la Comisión, de 28 de noviembre de 2007, que modifica el Reglamento (CE) nº 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se aprueba el Vocabulario común de contratos públicos (CPV), y las Directivas 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los procedimientos de los contratos públicos, en lo referente a la revisión del CPV. En virtud de este último, el listado corresponde a los epígrafes del 66100000-1 al 667220000-3 es el siguiente:

- 66100000-1 (3) Servicios bancarios y de inversión
- 66110000-4 (3) Servicios bancarios
- 66111000-1 (3) Servicios prestados por los bancos centrales
- 66112000-8 (3) Servicios de depósito de fondos
- 66113000-5 (3) Servicios de concesión de crédito
- 66113100-6 (3) Servicios de concesión de microcréditos
- 66114000-2 (3) Servicios de arrendamiento financiero
- 66115000-9 (3) Servicios de transferencias internacionales
- 66120000-7 (3) Servicios bancarios de inversiones y servicios relacionados
- 66121000-4 (3) Servicios de fusiones y adquisiciones
- 66122000-1 (3) Servicios de financiación de empresas y de capital riesgo
- 66130000-0 (3) Servicios de corretaje y servicios relativos a valores y mercancías
- 66131000-7 (3) Servicios de corretaje de valores
- 66131100-8 (3) Servicios de inversión en los fondos de jubilaciones
- 66132000-4 (3) Servicios de corretaje de mercancías
- 66133000-1 (3) Servicios de tramitación y liquidación
- 66140000-3 (3) Servicios de gestión de cartera
- 66141000-0 (3) Servicios de gestión de fondos de pensiones
- 66150000-6 (3) Servicios de administración de los mercados financieros
- 66151000-3 (3) Servicios operativos del mercado financiero
- 66151100-4 (3) Servicios de venta minorista electrónica
- 66152000-0 (3) Servicios de regulación del mercado financiero
- 66160000-9 (3) Servicios fiduciarios y de custodia

---

66161000-6 (3) Servicios fiduciarios  
66162000-3 (3) Servicios de custodia  
66170000-2 (3) Servicios de asesoramiento financiero, de procesamiento de transacciones financieras y de cámara de compensación  
66171000-9 (3) Servicios de asesoramiento financiero  
66172000-6 (3) Servicios de procesamiento de transacciones financieras y de cámara de compensación  
66180000-5 (3) Servicios de cambio de divisas  
66190000-8 (3) Servicios de corretaje de préstamos  
66500000-5 Servicios de seguros y pensiones  
66510000-8 Servicios de seguros  
66511000-5 Servicios de seguros de vida  
66512000-2 Servicios de seguros de accidentes y de enfermedad  
66512100-3 Servicios de seguros de accidentes  
66512200-4 Servicios de seguros de asistencia médica  
66512210-7 Servicios de seguro voluntario de asistencia médica  
66512220-0 Servicios de seguros médicos  
66513000-9 Servicios de seguros de defensa jurídica y de seguros a todo riesgo  
66513100-0 Servicios de seguros de defensa jurídica  
66513200-1 Servicios de seguros de todo riesgo para la construcción  
66514000-6 Seguros de flete y servicios de seguros relacionados con el transporte  
66514100-7 Seguros relacionados con el transporte  
66514110-0 Servicios de seguros de automóviles  
66514120-3 Servicios de seguro marítimo, de aviación y de transportes de otro tipo  
66514130-6 Servicios de seguros de ferrocarril  
66514140-9 Servicios de seguros de aeronaves  
66514150-2 Servicios de seguros de embarcaciones  
66514200-8 Servicios de seguros de fletes  
66515000-3 Servicios de seguros de daños  
66515100-4 Servicios de seguros de incendio  
66515200-5 Servicios de seguros de cosas  
66515300-6 Servicios de seguros contra inclemencias del tiempo y pérdida financiera  
66515400-7 Servicios de seguros contra las inclemencias del tiempo  
66515410-0 Servicios de seguros contra pérdidas financieras  
66515411-7 Servicios de seguros de pérdida pecuniaria  
66516000-0 Servicios de seguros de responsabilidad civil  
66516100-1 Servicios de seguros de responsabilidad civil de automóviles  
66516200-2 Servicios de seguros de responsabilidad civil de aeronaves  
66516300-3 Servicios de seguros de responsabilidad civil de embarcaciones  
66516400-4 Servicios de seguros de responsabilidad civil general  
66516500-5 Servicios de seguros de responsabilidad profesional  
66517000-7 Servicios de seguros de crédito y caución  
66517100-8 Servicios de seguros de crédito  
66517200-9 Servicios de seguros de caución  
66517300-0 Servicios de seguros de administración de riesgos  
66518000-4 Servicios de corretaje y de agencias de seguros  
66518100-5 Servicios de corretaje de seguros  
66518200-6 Servicios de compañías de seguros  
66518300-7 Servicios de peritaje de daños  
66519000-1 Servicios de seguros de ingeniería, complementarios, de liquidación de avería gruesa, de liquidación de siniestros, actuariales y de rescates  
66519100-2 Servicios de seguros de plataformas de petróleo o de gas  
66519200-3 Servicios de seguros de ingeniería  
66519300-4 Servicios de seguros complementarios  
66519310-7 Servicios de asesoramiento en materia de seguros  
66519400-5 Servicios de liquidación de avería gruesa  
66519500-6 Servicios de liquidación de siniestros

relativa a este Reglamento, existen diversas categorías de servicios financieros dentro de las que se distinguen entre aquellos servicios de tipología estrictamente bancaria o financiera, de aquellos otros de tipología de seguros.

Consiguientemente, el PLCSP subsume a los contratos de servicios bancarios dentro de su ámbito de aplicación. Relacionando esto con el hecho de que su artículo 25 los excluye a su vez de la tipología de los contratos administrativos, cabe afirmar que los contratos de servicios bancarios del sector público serán contratos privados. Así se justifica de la lectura del artículo 26.1 del PLCSP, el cual especifica lo siguiente: *“1. Tendrán la consideración de contratos privados:*

- a) Los que celebren las Administraciones Públicas cuyo objeto sea distinto de los referidos en las letras a) y b) del apartado primero del artículo anterior.*
- b) Los celebrados por entidades del sector público que siendo poder adjudicador no reúnan la condición de Administraciones Públicas.*
- c) Los celebrados por entidades del sector público que no reúnan la condición de poder adjudicador.”*

De modo que los contratos de servicios bancarios quedarían: (i) fuera de la letra a) del artículo 25.1 cuando sean realizados por Administraciones Públicas, y (ii) en el apartado (iii) del artículo 26.1 cuando no sean realizados por Administraciones

---

66519600-7 Servicios actuariales  
66519700-8 Servicios de gestión de rescates  
66520000-1 Servicios de pensiones  
66521000-8 Servicios de planes de pensiones individuales  
66522000-5 Servicios de pensiones de grupo  
66523000-2 Servicios de asesoramiento sobre fondos de pensiones  
66523100-3 Servicios de administración de fondos de pensiones  
66600000-6 Servicios de tesorería  
66700000-7 Servicios de reaseguro  
66710000-0 Servicios de reaseguro de vida  
66720000-3 Servicios de reaseguro de accidente y enfermedad

Adicionalmente, téngase en cuenta que la referencia en (3) que aparece al lado de algunas categorías de servicios financieros se refiere a: *“(3) Directiva 2004/18/CE: exceptuando los contratos de servicios financieros relativos a la emisión, compra, venta y transferencia de títulos o de otros instrumentos financieros, y los servicios prestados por los bancos centrales. Estarán también excluidos los contratos de adquisición o de arrendamiento, independientemente del sistema de financiación, de terrenos, edificios ya existentes u otros bienes inmuebles o relativos a derechos sobre estos bienes; no obstante, 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, se regularán por lo dispuesto en la presente Directiva. (...).”*

Públicas. quedando confirmado, por tanto, que son contratos privados también a la luz del PLCSP, cabe a continuación analizar el régimen jurídico aplicable.

El PLCSP, a diferencia de sus predecesores, se ocupa de regular con detalle el régimen jurídico aplicable a los contratos privados del sector público, en su artículo 26.2, en donde contiene una previsión específica para los contratos bancarios. Esto es, después de regular el régimen jurídico de los contratos privados celebrados por Administraciones Públicas, incluye una mención específica para los contratos de servicios bancarios que es la siguiente: *“No obstante lo establecido en el párrafo anterior, a los contratos mencionados en los números 1º y 2º de la letra a) del apartado primero del artículo anterior, les resultarán de aplicación, además del Libro Primero de la presente Ley, el Libro Segundo de la misma en cuanto a su preparación y adjudicación. En cuanto a sus efectos y extinción les serán aplicables las normas de Derecho Privado, salvo lo establecido en los artículos de esta Ley relativos a las condiciones especiales de ejecución, modificación, subcontratación y resolución de los contratos, que les serán de aplicación cuando el contrato esté sujeto a regulación armonizada.”*

A tenor de lo que se acaba de transcribir, queda patente el interés del legislador español por distinguir en todo momento la idiosincrasia de los contratos bancarios frente a las demás tipologías contractuales reguladas en el PLCSP. Además de ello, queda igualmente patente el interés especial del legislador en que los contratos bancarios tengan una cierta regulación la cual, a tenor de la dicción del artículo que se acaba de transcribir, es más interventora que la establecida por el TRLCSP, ello porque aquél no preveía sujeción en lo relativo a condiciones especiales de ejecución, modificación, subcontratación y resolución cuando estos contratos se sujeten a regulación armonizada.

De hecho, comparando este régimen específico para los contratos de servicios bancarios con el régimen general previsto para los contratos privados celebrados por Administraciones Públicas, se desprende que en el caso de los contratos de servicios bancarios la injerencia de la normativa de contratación pública es mayor, lo que se confirma con la lectura del apartado 2 del artículo 26: *“2. Los contratos privados que celebren las Administraciones Públicas se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por las Secciones 1ª y 2ª del Capítulo I*

*del Título I del Libro Segundo de la presente Ley con carácter general, y por sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En lo que respecta a sus efectos, modificación y extinción, estos contratos se regirán por el derecho privado.”*

Ciertamente, *prima facie* ya se confirma que, en cuanto a la preparación y adjudicación del contrato, el régimen aplicable es una parte del Libro II, mientras que en los contratos de servicios bancarios son los Libros I y II; y, en cuanto a los efectos y extinción, se remite al Derecho privado como ya se venía haciendo por las normativas precedentes, sin hacer distinción a si el contrato está sujeto a regulación armonizada, distinción que el PLCSP sí que hace en relación a los contratos de servicios bancarios. Posteriormente, en el Capítulo IV se profundizará sobre el contenido y peculiaridades de este régimen jurídico de estos contratos.

Como corolario de todo cuanto antecede y a modo de cierre del presente apartado, se constata que la evolución normativa en materia de contratación pública siempre ha afectado a los contratos bancarios de las Administraciones Públicas, ya fuere para excluirlos, no sin matices, de su ámbito de aplicación, o ya fuera para sujetarlos a su regulación pero otorgándoles un tratamiento específico, tradicionalmente motivado por el necesario acatamiento de la normativa comunitaria que se ocupado de legislar e innovar en materia de contratación pública. En este sentido, la evolución histórica demuestra la independencia que los contratos de financiación bancaria ostentan respecto de la normativa de contratación pública y como el Derecho privado y bancario es preponderante en estos casos, lo cual no deja de estar justificado por una plena lógica y coherencia habida cuenta que el prestador del servicio o contratista, la entidad financiera, es la que se sujeta a una normativa específica, el derecho bancario privado, que es la que tiene que aplicar en las operaciones financieras que realice, y ello sin perjuicio de que el cliente sea una Administración Pública o una entidad pública, a salvo en todo caso las especificidades legales que pudieran aplicar. Por otro lado, en cambio, la evolución normativa demuestra la preocupación del legislador, comunitario y patrio consiguientemente, de querer regular los contratos de servicios bancarios y delimitar sus confines.



Resulta, por tanto, una clara dualidad contractual y de régimen jurídico en relación con los contratos bancarios de las Administraciones Públicas, que se ha manifestado durante décadas en la normativa de contratación pública, y que la normativa actual sigue perpetuando. Esta dualidad supone, en todo caso, que tanto la entidad financiera como la Administración Pública deban de estar preparados de antemano para afrontar una dualidad de regímenes jurídicos diferentes en función de cuál sea el producto o servicio bancario que se pretenda contratar.

Como análisis de conjunto, por tanto, se desprende de lo anterior que el legislador ha decidido que a los contratos de servicios bancarios, que son contratos privados, únicamente les aplique el Derecho privado en la fase de ejecución y extinción, no siendo ello así si los contratos están sujetos a regulación armonizada. Por tanto, se puede producir la contradicción de que, siendo un contrato privado el contrato de servicios bancarios, el mismo acabe rigiéndose íntegramente por el Derecho público, *ergo*, como si de un contrato administrativo se tratara, a pesar de que el artículo 25 deja bien claro que no lo son. No es baladí recordar que las fases de preparación y adjudicación de estos contratos ya están de *facto* plenamente sujetas a la normativa de contratación pública (Libros I y II), por lo que no se puede negar que son una tipología contractual que, por configuración del legislador, está más próxima del régimen jurídico aplicable a los contratos administrativos que a los contratos privados del sector público.

### 2.5.3. Nuevo procedimiento negociado

El artículo 116.4 del PLCSP parte de la justificación adecuada de la elección del procedimiento, y el artículo 165.c) establece como supuesto para utilizar el procedimiento de licitación con negociación (que es la nueva denominación europea) el de *“Cuando el contrato no pueda adjudicarse sin negociaciones previas debido a circunstancias específicas vinculadas a la naturaleza, la complejidad o la configuración jurídica o financiera de la prestación que constituya su objeto, o por los riesgos inherentes a la misma”*, que se entiende que es el equivalente al actual artículo 174.a) del TRLCSP aunque con una redacción que parece más amplia y extensiva. No debería haber duda acerca de que la *“naturaleza”* y/o la *“configuración financiera”* son los elementos equivalentes para entender que los servicios bancarios tendrían acogida bajo este supuesto.

Además, el artículo 165.d) del PLCSP incluye el supuesto de los motivos técnicos *“Cuando el órgano de contratación no pueda establecer con la suficiente precisión las especificaciones técnicas por referencia a una norma, evaluación técnica europea, especificación técnica común o referencia técnica, en los términos establecidos en esta Ley.”* Podría ser otro supuesto habilitante para la licitación de servicios bancarios sólo para el caso de que el órgano de contratación se fijara en los aspectos técnicos y operativos particulares del servicio que deseara licitar aunque es un supuesto que difícilmente podría ser el habitual en la práctica ya que los aspectos relativos al precio serán igualmente determinantes para el órgano de contratación.

Parece, pues, que a la luz de la futura regulación que anticipa el PLCSP los servicios bancarios seguirían siendo licitados vía procedimiento negociado. Una destacable novedad derivada de ello es que, bajo los supuestos del artículo 165 del PLCSP (equivalentes a los supuestos del artículo 26 de la Directiva 2014/24/UE) la licitación requerirá siempre un previo anuncio de licitación, siendo por tanto únicamente los supuestos del artículo 166 del PLCSP los que serán sin publicidad (*ex* artículos 164.3 y 167.1 del PLCSP). Con esta nueva regulación quedará superada regulación confusa existente en los actuales artículos 169.2 y 177 del TRLCSP. En particular, el artículo 135 del PLCSP exige publicación en todo caso en el perfil del contratante y que incluya la información del Anexo III del PLCSP (equivalente al Anexo V de la Directiva 2014/24/UE). Si el órgano de contratación es la Administración General del Estado o un organismo perteneciente a la misma, también se deberá publicar en el Boletín Oficial del Estado. Y, en cuanto a la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea sólo se realizará en contratos sujetos a regulación armonizada, y en los que no lo estén sólo si el órgano de contratación así lo estima conveniente.

Por lo demás, el PLCSP incluye novedades derivadas del artículo 29 de la Directiva 2014/24/UE como: (i) el plazo mínimo para presentación de ofertas será de 30 días a partir de la fecha de envío del anuncio para contratos sujetos a regulación armonizada, y 15 días para los no sujetos *ex* artículos 167.2 y 159.1 (el artículo 159 del TRLCS establece mínimo de 15 para contratos no sujetos a regulación armonizada, y 52 para contratos sujetos); (ii) menciona expresamente que no se podrá negociar *“los requisitos mínimos ni los criterios de adjudicación”*; (iii) desarrolla cómo se articulará

la negociación y que se otorgará un plazo suficiente para presentar nuevas ofertas en caso que hayan habido cambios en las especificaciones técnicas y otra documentación de la contratación; (iv) desarrolla cómo se concluyen las negociaciones y que se establecerá un plazo común para la presentación de ofertas nuevas o revisadas; y (v) establece expresamente que, siempre y cuando estuviere advertido en el anuncio de licitación, *“podrán adjudicar el contrato sobre la base de las ofertas iniciales sin que medie negociación.”* Por todo lo que es una regulación más amplia y omnicomprendensiva que puede aportar mayor seguridad jurídica a la negociación como técnica de contratación que comparativamente goza de mayor libertad.

En opinión de GIMENO FELIU<sup>281</sup> *“las posibles ventajas de una mayor flexibilidad y una posible simplificación deben contraponerse con el aumento de los riesgos de favoritismo y, más en general, de que la mayor de que disfrutarán los poderes adjudicadores en el procedimiento negociado dé lugar a decisiones demasiado subjetivas.”* Ante ello, propone la creación de un “órgano técnico de asistencia”, no político, mediante el que se deje constancia del proceso de negociación y que en el seno de éste se utilicen medios electrónicos que registren los términos de la negociación realizada.

---

<sup>281</sup> GIMENO FELIU, José María. *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos*, editorial Thomson Reuters Aranzadi, 1ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2014, pág. 98.

## CAPÍTULO IV

# *PARTICULARIDADES DE LOS CONTRATOS DE FINANCIACIÓN BANCARIA CON ADMINISTRACIONES PÚBLICAS*

### 1. EL ENDEUDAMIENTO PÚBLICO COMO PREMISA

#### 1.1. El principio de legalidad y el carácter finalista del endeudamiento

Aludiendo a SAMUELSON<sup>282</sup>, el Gobierno de un país dispone de tres medios para financiar sus gastos, a saber “*los impuestos, los empréstitos (que devengan interés) y la emisión de dinero (que no devenga interés).*” Pues bien los denominados como “*empréstitos*” son el concepto general para denominar los préstamos, en suma, las operaciones de endeudamiento.

Así pues, al igual que sucede en la esfera privada en la que, al amparo de la autonomía de la voluntad las partes pueden acordar la celebración de contratos bancarios; también en el ámbito público se pueden celebrar tales contratos al amparo de la ley estrictamente, toda vez que el principio de legalidad impera en la esfera pública.

La primera manifestación de ello es lo previsto en el artículo 133.4 de la CE a cuyo tenor “*Las Administraciones públicas sólo podrán contraer obligaciones financieras y realizar gastos de acuerdo con las leyes.*” Esta sumisión a la ley en el ámbito financiero, cuya tradición es antigua según recuerda PLEITE<sup>283</sup>, permite hablar de un verdadero principio de legalidad financiera, establecido en el ordenamiento

---

<sup>282</sup> SAMUELSON, Paul A. *Curso de Economía Moderna. Una descripción analítica de la realidad económica*, traducción del inglés de José Luis Sampedro, editorial Aguilar, 5ª edición, Madrid, 1957, págs. 156 a 157.

<sup>283</sup> PLEITE GUADAMILLAS, Francisco. *El principio de legalidad en materia de deuda pública autonómica*. Parlamento y Constitución. Anuario, número 3, publicado por Cortes de Castilla La Mancha, 1999, pág. 136.

jurídico español sobre la base del imperio de la ley en el ejercicio de las potestades administrativas *ex* artículo 103 de la CE<sup>284</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior y citando a NEBREDA<sup>285</sup>, es cierto que la autonomía de la voluntad, como principio general del Derecho Civil, está presente en el ámbito de la contratación bancaria con Administraciones Públicas, además de que por imperativo del CC dicha autonomía también debe sujetarse a la ley, pero es importante destacar que opera en un contexto que no es idéntico al contexto estrictamente privado de la contratación bancaria.

El endeudamiento de las Administraciones Públicas es necesario, debiéndose utilizar un concepto amplio de endeudamiento como el referido por el Banco de España, en ocasión del Protocolo de Déficit Excesivo, y a cuyo tenor *“En el marco de la actividad económica de cualquier agente, los gastos (incluida la adquisición neta de activos financieros) que no se financian con los ingresos corrientes y de capital deben financiarse mediante la contracción neta de pasivos. Esta generación de pasivos se suele denominar deuda o endeudamiento, no obstante es necesario distinguir entre la contracción de pasivos en un período de tiempo (flujos) y el saldo en circulación de estos pasivos en un momento determinado (saldo). Por ello,*

---

<sup>284</sup> La exigencia de habilitación legal para la deuda pública es antigua y ha estado presente en la tradición constitucional española. A ella hace referencia el artículo de BASSOLS COMA, Martín. *La reforma del artículo 135 CE y la constitucionalización de la estabilidad presupuestaria: el proceso parlamentario de elaboración de la reforma constitucional*, publicado en la Revista Española de Derecho Administrativo, número 155, Madrid, 2012, pág. 21; en donde indica que *“En nuestro país, la problemática de la Deuda pública, interna y externa, y la garantía de su pago ha constituido un elemento condicionante de nuestra política económico-financiera (entre otros factores fue determinante del proceso de la Desamortización civil y eclesiástica) que explica, en gran medida, su reflejo constante en las diversas constituciones a partir del siglo XIX, no solo como plasmación del principio de legalidad presupuestaria en la emisión de la deuda y empréstitos públicos como materia sustraída definitivamente al Monarca y al ejecutivo, sino también como expresión de solvencia financiera del Estado a efectos de hacerla atractiva a inversiones nacionales y extranjeros a cuyo servicio o garantía se disponía o brindaba nada menos que a la Nación, hay que presumir como mera totalidad patrimonial pública o hacendística.”*

<sup>285</sup> Es clara la argumentación de NEBREDA PÉREZ, Joaquín María. *Manual de Derecho de la Contratación Privada y Pública*, Colección Manuales, editorial Iustel, 1ª edición, Madrid, 2005, págs. 318 a 319; a cuyo tenor *“Por lo que se refiere a la libertad de pactos de la Administración está limitada por su propia finalidad, el interés público y por sus típicas y esenciales normas de conducta, cuales son el ordenamiento jurídico y la buena administración, de modo que dentro del triángulo formado por el interés público, la ley y la correcta gestión, como no podía ser menos, la Administración tiene libertad de pacto, mientras que la autonomía de la voluntad, entre partes privadas, sólo está limitada y esto si es, ciertamente, un límite por la buena fe y lo que la ley imperativamente prohíbe.”*

*formalmente se denomina variación neta de pasivos a los flujos (operaciones del período), y deuda o endeudamiento o pasivos en circulación, a los saldos.*”<sup>286</sup>

Dicho endeudamiento es, a la vez, correlativo a la necesidad de obtener ingresos para atender al pago de las políticas públicas a cuyo ámbito pertenezca cada Administración Pública. Esto es, para el cumplimiento de las políticas públicas del Estado, la disponibilidad de recursos económicos para atenderlos es imprescindible y en ello se basa la actividad financiera del mismo como apunta JARACH<sup>287</sup>. Según MONTESQUIEU<sup>288</sup>, las rentas públicas deben fijarse para atender las “*necesidades reales*” del pueblo y no las “*imaginarias del Estado*”. En particular, el endeudamiento público será ineludible en el caso en que se produzca un déficit transitorio de caja así como cuando los ingresos públicos sean insuficientes para dar cobertura a la totalidad de los gastos públicos; y cuando se recurra al mismo por motivos de intervención económica del Estado en el mercado de capitales y en relación con la liquidez del sistema financiero, actuando así el “*Estado como banquero*” en alusión a BAYONA DE PEROGORDO<sup>289</sup>.

La financiación de tales gastos puede proceder, dicho en términos generales, de ingresos propios de origen público o bien ingresos de origen privado que hayan sido prestados. En este segundo bloque interviene el sector financiero en la esfera de lo público, concediendo financiación bancaria de carácter totalmente finalista y para la correcta realización de aquellos fines, objetivos y políticas públicas. Según entendió

---

<sup>286</sup> BANCO DE ESPAÑA. *Nota metodológica. La deuda de las Administraciones públicas (AAPP) elaborada según la metodología del protocolo de Déficit Excesivo (FDE)*, publicada en la página web (consulta del día 15/06/17): [http://www.bde.es/webbde/es/estadis/infoest/htmls/notamet\\_pde.pdf](http://www.bde.es/webbde/es/estadis/infoest/htmls/notamet_pde.pdf)

<sup>287</sup> JARACH, Dino. *Finanzas Públicas. Esbozo de una teoría general*, Colección *Estudios de Finanzas Públicas y de Derecho Tributario*, editorial Cangallo S.A.C.I., Capital Federal (Argentina), 1ª edición, 1978, págs. 52; afirma que “*Como la actividad financiera tiene como sujeto activo al Estado, cabe deducir que aquella responde a los fines políticos de éste, depende de sus decisiones y éstas, a su vez, dependen del tipo de Estado y de las fuerzas políticas y socio económicas que ejercen el poder estatal.*”

<sup>288</sup> MONTESQUIEU, en *El Espíritu de las Leyes*, traducción del francés de Siro García del Mazo, Tomo I, Biblioteca de Derecho y de Ciencias Sociales, editorial Librería General de Victoriano Suárez, 1ª edición, Madrid, 1906, págs. 308 a 309; se refiere también a las debilidades de los gobernantes, afirmando luego que “*No hay nada que la sabiduría y la prudencia deban regular con tanto cuidado como la porción que se quita y la que se deja a los súbditos.*”

<sup>289</sup> BAYONA DE PEROGORDO, Juan José y SOLER ROCH, María Teresa. *Temas de Derecho Presupuestario*, editorial Librería Compás, 1ª edición, Alicante, 1990, pág. 36.

SMITH<sup>290</sup>, sin perjuicio de la posibilidad del Estado para generar ingresos a través del establecimiento de tributos, un recurso alternativo a éste y con menor impacto sobre los ciudadanos, es acudir al préstamo y ésta ha sido la tendencia habitual de los Estados en los últimos siglos.

Además, el principio de legalidad financiera se manifiesta también en la necesaria aprobación de los presupuestos, y por ello de sus gastos y compromisos de pago, por ley. Esta exigencia supone una clara subordinación de las decisiones públicas emanadas por las Administraciones, así como del anteproyecto de presupuestos, a la última y suprema decisión del poder legislativo, lo que se ha definido también por BAYONA DE PEROGORDO<sup>291</sup> como “*sistema de poder compartido*”.

Ahondando en esta cuestión, BOHOYO<sup>292</sup> ha explicado la doble vertiente del principio de legalidad financiera como aquel conjunto de limitaciones del actuar administrativo que deberán ser consideradas. A saber, por un lado, para la obtención de ingresos públicos que supone “*una restricción de la Administración en cuanto a su capacidad de producción de normas jurídicas en virtud de las cuales pueda autohabilitarse para actuaciones posteriores*”. Y, por otro, para la realización de gastos públicos en el sentido que además de la legalidad formal se ha de cumplir “*la legalidad material de cobertura presupuestaria. De igual forma, todos los órganos con competencia financiera, en la vertiente del gasto público, está sometida a la autotutela del Consejo de Ministros y, por ello, sometido a un control interno de legalidad que vigilará toda la actuación generadora de gastos públicos y se*

---

<sup>290</sup> SMITH, Adam. *La Riqueza de las Naciones*, editorial Alianza, 3ª edición, Madrid, 2011, pág. 785; apunta que lo que “*por temor a la reacción del pueblo*” resulta que “*La facilidad del endeudamiento los libera de la incómoda situación a que esta falta de capacidad y de voluntad conduciría en otro caso.*”.

<sup>291</sup> BAYONA DE PEROGORDO, Juan José y SOLER ROCH, María Teresa. *Materiales de derecho financiero*, editorial Librería Compás, 3ª edición, Alicante, 1999, pág. 27. De los mismos autores se destaca la obra *Temas de Derecho Presupuestario*, editorial Librería Compás, 1ª edición, Alicante, 1990, págs. 47 a 60; en donde aluden a la crisis del principio por su debilitación tanto por las limitaciones en el procedimiento legislativo, como por el aumento de las competencias financieras del Gobierno y la extensión de su potestad reglamentaria en materia presupuestaria lo que le permite “*un amplia libertad de acción en detrimento de los principios de legalidad, especialidad, unidad y anualidad.*”

<sup>292</sup> BOHOYO CASTAÑAR, Francisco. *El principio de legalidad financiera como presupuesto de validez del acto administrativo*, editorial Instituto de Estudios Fiscales, 1ª edición, Madrid, 1986, pág. 283.

*superpondrá impidiendo la producción de aquellos actos que, a juicio de estos órganos de control interno, no se conformen con la legalidad vigente aplicable”.*

Aludiendo a la doctrina clásica apuntada por COSCIANI<sup>293</sup>, en nuestro ordenamiento jurídico corresponde a las Cortes Generales la aprobación de la Ley de Presupuestos, en virtud del artículo 134 de la CE, lo que queda confirmado luego en el artículo 27.1 de la LGP a cuyo tenor *“La gestión del sector público estatal está sometida al régimen de presupuesto anual aprobado por las Cortes Generales y enmarcado en los límites de un escenario plurianual.”*

Este endeudamiento, también denominado como *“Deuda Pública”* o *“Deuda del Estado”*<sup>294</sup> en términos genéricos, incluye a las operaciones de crédito (ex artículo 92 de la LGP), y sólo puede ser creada mediante ley, estableciéndose expresamente que *“la Ley de Presupuestos Generales del Estado establecerá el límite de la variación del saldo vivo de Deuda del Estado de cada ejercicio presupuestario, al que se ajustarán las operaciones financieras que impliquen creación de Deuda.”* En particular, el propio Banco de España ha afirmado que *“la deuda pública estará constituida por las obligaciones de las administraciones públicas en las siguientes categorías, conforme a las definiciones del SEC 2010: Efectivo y depósitos, títulos de deuda y préstamos.”*<sup>295</sup>

Ante todo ello queda patente la presencia constante del principio de la legalidad en materia presupuestaria y de endeudamiento público, requisito indispensable e ineludible por tanto que en el marco de la contratación bancaria con Administraciones Públicas, deberá de estar siempre presente y ser observado bajo sanción de nulidad de lo actuado en caso contrario (entiéndase nulidad por contrariedad a la ley, sin perjuicio

---

<sup>293</sup> COSCIANI, Cesare. *Ciencia de la Hacienda*, traducción del italiano de Julio Banacloche Pérez, editorial de Derecho Financiero editoriales de Derecho Reunidas, 1ª edición, Madrid, 1980, pág. 265; *“pretende vincular la actividad del poder ejecutivo a los límites financieros que el poder legislativo pone en la ley que aprueba el presupuesto”*.

<sup>294</sup> Se aporta una definición tradicional de *“deuda pública”* recogida por BUSTOS GISBERT, Antonio. *Lecciones de Hacienda Pública*, editorial Colex, 5ª edición, Madrid, 2010, pág. 495; *“Conjunto de préstamos concedidos a las administraciones públicas, que han sido documentados en títulos-valores, en virtud de los cuales aquellas se comprometen al pago periódico de unos intereses y, en su caso, a la devolución de los capitales prestados, a la que se denomina amortización.”*

<sup>295</sup> BANCO DE ESPAÑA. *Nota metodológica. La deuda de las Administraciones públicas (AAPP) elaborada según la metodología del protocolo de Déficit Excesivo (FDE)*, publicada en la página web (consulta del día 15-06-17): [http://www.bde.es/webbde/es/estadis/infoest/htmls/notamet\\_pde.pdf](http://www.bde.es/webbde/es/estadis/infoest/htmls/notamet_pde.pdf)



de que en el caso concreto se pudiese llegar a supuestos de nulidad de pleno Derecho por haberse podido prescindir del procedimiento legalmente establecido en la asunción de la concreta obligación o deuda).

Adicionalmente, el artículo 27 de la LGP especifica la afectación de los presupuestos aprobados por ley a las concretas finalidades públicas: “2. *Los créditos presupuestarios de la Administración General del Estado, sus organismos autónomos y de las entidades integrantes del sector público estatal con presupuesto limitativo se destinarán exclusivamente a la finalidad específica para la que hayan sido autorizados por la Ley de Presupuestos Generales del Estado o por las modificaciones realizadas conforme a esta Ley. El carácter limitativo y vinculante de dichos créditos será el correspondiente al nivel de especificación con que aparezcan en aquéllos.*” Y, además, el mismo artículo concreta luego que estas finalidades son las consistentes en satisfacer “*el conjunto de sus respectivas obligaciones*” en el apartado 3 del mismo artículo 27.3 de la LGP.

Esta regulación pone de expreso manifiesto el hecho que el dinero público, recogido en los respectivos presupuestos, está predeterminado a finalidades concretas a las que deberá ser destinado necesariamente como ha apuntado FERREIRO<sup>296</sup>, sin perjuicio de que haya modificación presupuestaria en los casos permitidos por las leyes.

## **1.2. Las obligaciones de la Hacienda Pública y el presupuesto**

La Hacienda Pública se halla integrada por el conjunto de derechos y obligaciones de contenido económico de una determinada Administración Pública o entidad pública. Según BOHOYO<sup>297</sup>, ésta sería la acepción objetiva que “*viene a ser el objeto de esa misma actividad financiera*” frente a la acepción subjetiva que “*viene a identificarse con el sujeto de la actividad financiera*”.

---

<sup>296</sup> FERREIRO LAPATZA, José Juan. *Instituciones de Derecho Financiero*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pág. 38 en estos términos: “*Y, en este sentido, reserva a la Ley no sólo y como acabamos de decir el establecimiento de los tributos, sino también, el endeudamiento del Estado, la regulación del Patrimonio del Estado y la aprobación de los Presupuestos a los que se debe sujetar el gasto público.*”

<sup>297</sup> BOHOYO CASTAÑAR, Francisco. *El principio de legalidad financiera como presupuesto de validez del acto administrativo*, editorial Instituto de Estudios Fiscales, 1ª edición, Madrid, 1986, pág. 51.

En particular, los derechos pueden ser de naturaleza pública (como es el caso de los tributos y demás derechos de contenido económico cuya titularidad corresponda a la Administración que deriven del ejercicio de potestades administrativas), o de naturaleza privada (como son los procedentes de relaciones jurídicas sujetas a Derecho privado).

En cambio, las obligaciones de la Hacienda Pública serán todas aquellas que hayan nacido “*de la Ley, los negocios jurídicos y de los actos o hechos que, según derecho, les generen*”, conforme a la definición del artículo 20 de la LGP. Siendo, precisamente, las obligaciones dimanantes de negocios jurídicos la tipología de obligaciones que van a asumir las Administraciones Públicas con las entidades financieras. Así, sobre la base de la LGP, se puede afirmar que los contratos de financiación bancaria que se acuerden generarán las correspondientes obligaciones de pago a cargo del concreto deudor público, siendo por tanto el contrato bancario un documento válido para la generación de obligaciones entre las partes.

En concreto y respecto de las operaciones financieras, se prevé expresamente en la LGP que: (i) por un lado, en la sección del Presupuesto General del Estado sobre “*Deuda del Estado*” se habilitarán los créditos para hacer frente a los reembolsos contractuales o anticipados y a los gastos financieros derivados de esta Deuda del Estado (artículo 95); y que (ii) se aplicarán por su importe íntegro al Presupuesto General del Estado el producto, la amortización y los gastos por intereses y por conceptos conexos de las operaciones de Deuda del Estado (artículo 96). Adicionalmente, la LGP también exige que el endeudamiento de los organismos públicos y las entidades públicas empresariales deberá estar previamente autorizado en la ley anual de presupuestos (artículo 111)<sup>298</sup>. Consiguientemente, el legislador ha sido

---

<sup>298</sup> A efectos ejemplificativos y considerando el escenario actual de prórroga presupuestaria, la vigente Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para 2016, en su Título V regula la Deuda del Estado en donde establece: (i) el incremento máximo de endeudamiento para 2016 previa autorización del Ministro de Economía y Finanzas (artículo 47), (ii) los endeudamientos máximos autorizados para los organismos públicos y entidades públicas empresariales, detallados en el Anexo III (artículo 48), con una regulación independiente para el endeudamiento de la entidad pública empresarial ADIF-Alta Velocidad (Disposición Adicional Cuadragésima Cuarta) y (iii) el importe máximo de los avales del Estado (artículo 51) y de entidades públicas empresariales y sociedades mercantiles (artículo 53). La prórroga presupuestaria actual, sin perjuicio de su aplicación automática *ex* artículos 134.4 de la CE y 38.1 de la LGP, está reconocida en la página web del Ministerio de Hacienda y Función Pública (consulta del día 15/06/17): <http://www.sepg.pap.minhafp.gob.es/sitios/sepg/es->

preciso en lo relativo a la previsión y dotación de los gastos financieros asumidos en virtud de operaciones financieras y a la vida de dichas operaciones.

Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 21.1 de la LGP recuerda la importancia del principio de legalidad en el marco de dichas obligaciones al manifestar que *“Las obligaciones de la Hacienda Pública estatal sólo son exigibles cuando resulten de la ejecución de los presupuestos, de conformidad con lo dispuesto en esta Ley, de sentencia judicial firme o de operaciones no presupuestarias legalmente autorizadas”*.

Adicionalmente, conforme a lo explicado en el Capítulo II, estas obligaciones ostentan un régimen jurídico particular y diferenciado en lo relativo a su exigibilidad. Se trata de obligaciones inembargables por mandato del artículo 23 de la LGP, lo que significa que no se podrán aplicar los medios privados habituales de persecución del pago de las obligaciones. Una vez más se halla remisión al principio de legalidad también en materia de cumplimiento forzoso de las obligaciones al manifestar lo siguiente en el artículo 23.3 de la LGP: *“El órgano administrativo encargado del cumplimiento acordará el pago con cargo al crédito correspondiente, en la forma y con los límites del respectivo presupuesto. Si para el pago fuese necesario realizar una modificación presupuestaria, deberá concluirse el procedimiento correspondiente dentro de los tres meses siguientes al día de la notificación de la resolución judicial.”*

A este punto, cabe destacar, frente a la exigibilidad de otras deudas, la prioridad de pago absoluta frente a otras deudas que ostenta la deuda pública, como característica definitoria. Así quedó establecido con la Reforma Constitucional del año 2011<sup>299</sup> al artículo 135.3 de la CE que, después de una nueva alusión al principio de

---

[ES/Presupuestos/PGE2016Prorroga/Paginas/PGE2016Prorroga.aspx](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas/ProydeLey?_piref73_1335538_73_1335535_1335535.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW12&PIECE=IWA2&FMT=INITXD1S.fmt&FORM1=INITXLBA.fmt&DOCS=1-I&QUERY=121.cini.+no+%40fcie+no+concluido.fase) Y también aparece mencionado en la Exposición de Motivos de la Orden HFP/114/2017, de 13 de febrero, por la que se dictan las normas para la elaboración de los Presupuestos Generales del Estado para 2017 (BOE núm. 38, de 14 de febrero de 2017). Sin perjuicio de ello, está en tramitación en el Congreso el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2017 (consulta del día 15/06/17): [http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas/ProydeLey?\\_piref73\\_1335538\\_73\\_1335535\\_1335535.next\\_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW12&PIECE=IWA2&FMT=INITXD1S.fmt&FORM1=INITXLBA.fmt&DOCS=1-I&QUERY=121.cini.+no+%40fcie+no+concluido.fase](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas/ProydeLey?_piref73_1335538_73_1335535_1335535.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW12&PIECE=IWA2&FMT=INITXD1S.fmt&FORM1=INITXLBA.fmt&DOCS=1-I&QUERY=121.cini.+no+%40fcie+no+concluido.fase).

<sup>299</sup> Ha sido la segunda reforma constitucional habida en España, articulada a través de la Reforma del artículo 135 de la Constitución, de 27 de septiembre de 2011, publicada en el Boletín Oficial del Estado núm. 233, de 27 de septiembre de 2011. En su Exposición de Motivos explicaba la justificación de esta reforma sobre la base de *“garantizar el principio de estabilidad presupuestaria, vinculado a todas las Administraciones Públicas en su consecución, reforzar el compromiso de*

legalidad, establece dicha prioridad: *“El Estado y las Comunidades Autónomas habrán de estar autorizados por ley para emitir deuda o contraer crédito. Los créditos para satisfacer los intereses y el capital de la deuda pública de las Administraciones se entenderán siempre incluidos en el estado de gastos de sus presupuestos y su pago gozará de prioridad absoluta. Estos créditos no podrán ser objeto de enmienda o modificación, mientras se ajusten a las condiciones de la ley de emisión.”*

Tal previsión se halla recogida en idénticos términos en el artículo 14 de la LOEPSF, y en la Disposición Adicional Cuarta de esta Ley en donde se insiste sobre la importancia de la obligación desde una doble perspectiva: (i) por un lado, obliga a las Administraciones Públicas a que, en sus planes de tesorería, pongan de manifiesto su capacidad para atender el pago de los vencimientos de deudas financieras *“con especial previsión de los pagos de intereses y capital de la deuda pública”*; y (ii) por otro lado, establece la presunción de que *“la situación de riesgo de incumplimiento del pago de los vencimientos de deuda financiera, apreciada por el Gobierno a propuesta del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, se considera que atenta gravemente al interés general procediéndose de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26.”* Y es el artículo 26 de la LOEPSF el que habilita al Estado para exigir a las CCAA o EELL incumplidoras la adopción de un acuerdo de no disponibilidad de

---

*España con la Unión Europea y, al mismo tiempo, garantizar la sostenibilidad económica y social de nuestro país.”*

Al respecto, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo. *La Reforma de la Constitución: una llamada a la responsabilidad*, Revista Española de Derecho Administrativo, número 153, Madrid, 2012, págs. 11 a 16; ofrece, por un lado, una versión muy crítica acerca del descontrol en materia de endeudamiento de que ha venido gozando el Estado y los políticos anteriormente (con frases como *“la vieja y arraigada costumbre de un Estado que se endeudaba sin contención-con motivo de las guerras, especialmente, pero con cualquier oportunidad más recientemente, así como el socorrido recurso a la devaluación de la moneda –con todas las alteraciones económicas que implicaba para la mayoría de ciudadanos que se empobrecían”*) y, por otro, alerta de la llamada a la responsabilidad de los gastos que conlleva esta reforma señalando que no sólo aplica al Estado sino a todas las Administraciones, indicando expresamente que cualquier incumplimiento de ello podrá ser objeto de sanción de parte de la Unión Europea.

También, ENÉRIZ OLAECHEA, Francisco Javier. *La reciente reforma de la constitución española: los principios de estabilidad presupuestaria y de limitación de la deuda pública*, Revista Aranzadi Doctrinal núm. 8/2011, parte Tribuna, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2011, págs. 87 a 103; en donde formula una amplia reflexión sobre antecedentes históricos y procedimiento, exponiendo el estado centralista existente en 1978 frente al posterior estado autonómico surgido posteriormente, seguido y termina concluyendo sobre la innecesariedad de la medida sobre la base de que el ordenamiento jurídico del momento ya permitía y establecía esta prioridad absoluta.

crédito inmediato y, en su defecto, medidas forzosas tendentes a la adopción del acuerdo pudiendo imponer las instrucciones que estime oportunas a todas las autoridades de las CCAA, o bien acordar la disolución de sus órganos de gobierno en el caso de las EELL.

Por lo que, cabe afirmar que, a pesar del privilegio de inembargabilidad del dinero público, como contrapartida al mismo el legislador ha establecido la obligación de pago prioritario en atención a la necesaria satisfacción de las necesidades e intereses públicos que son financiados mediante aquellos créditos, y en aras a de la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad económica.

Otra característica determinante y propia de las obligaciones de la Hacienda Pública en el ámbito de los contratos de financiación bancaria es la posibilidad de que las mismas sean obligaciones asumidas de antemano por varios años, como compromisos de gastos de carácter plurianual. Esta posibilidad se halla regulada en el artículo 47 de la LGP en donde se prevé que *“Podrán adquirirse compromisos de gastos que hayan de extenderse a ejercicios posteriores a aquel en que se autoricen, siempre que su ejecución se inicie en el propio ejercicio y que no superen los límites y anualidades fijados en el número siguiente.”*

Aunque, como régimen diferenciado del resto de obligaciones que se pueden sujetar a plurianualidades, se permite la creación de estos gastos sin límite temporal alguno al decir que: *“Estas limitaciones no serán de aplicación a los compromisos derivados de la carga financiera de la Deuda y de los arrendamientos de inmuebles, incluidos los contratos mixtos de arrendamiento y adquisición.”* Por su propia naturaleza, los contratos de financiación bancaria a largo plazo sí que extenderán su vigencia a lo largo de varios años durante los que el cliente público deberá amortizar progresivamente capital e intereses, por lo que esta obligación que se prolongará (a la vez que minorará, en un escenario evolutivo normal) en el tiempo deberá de haber sido calificada de antemano como compromiso plurianual para poder beneficiarse del régimen particular descrito.

Finalmente, son obligaciones cuya exigibilidad prescribe a los cuatro años a contar desde la fecha de la notificación, reconocimiento o liquidación de la respectiva obligación *ex* artículo 25 de la LGP, habiendo previsto expresamente el legislador que,

producida la prescripción, las obligaciones “*serán baja en las respectivas cuentas, previa tramitación del oportuno expediente*”, lo que para los contratos bancarios supondría la pérdida del derecho de la entidad financiera a reclamar el pago de las cuotas que estuvieran presupuestadas si no fueran reclamadas dentro del plazo de cuatro años. También, en materia de interrupción de la prescripción se aplicará el CC por remisión de la LGP, máximo exponente de norma de Derecho privado, para complementar el régimen jurídico de la prescripción de las obligaciones de la Hacienda Pública.

Por lo anterior, las obligaciones asumidas por clientes públicos en el marco de contratos de financiación bancaria constituirán verdaderas obligaciones de la Hacienda Pública. Como tales, para su validez, se precisará que las mismas queden convenientemente recogidas en el presupuesto de la concreta Administración de que se trate, tanto si suponen un compromiso de tipo plurianual como no.

### **1.3. Régimen jurídico de las operaciones de financiación**

#### 1.3.1. Ámbito estatal

La apelación al crédito bancario se halla expresamente recogida en las diversas normativas de ámbito estatal, autonómico y local; en todos los casos como opción para el sector público de obtener ingresos procedentes de operaciones financieras, ya sea en forma de créditos, préstamos o instrumentos financieros. En el ámbito estatal, la LGP parte de que la Deuda del Estado puede consistir tanto en emisiones de valores, operaciones de crédito (en moneda nacional o en divisas) y a través de instrumentos financieros.

Como características comunes a todas ellas cabe señalar que (i) son autorizadas por el Ministro de Economía (o por el Director General del Tesoro y Política Financiera o representante diplomático correspondiente, en caso de delegación); y (ii) se produce una llamada legal al Derecho privado en el artículo 98.3 a cuyo tenor “*Las operaciones relativas a la Deuda del Estado se realizarán en los mercados financieros conforme a las normas, reglas, técnicas, condiciones y cláusulas usuales en tales mercados, pudiendo acordar el sometimiento a arbitraje o la remisión a una*

*legislación o tribunales extranjeros, siempre que se observe lo dispuesto en el artículo 23 de esta ley.”*

De ello resulta que estos contratos de financiación bancaria se regirán por la normativa y usos habituales del mercado financiero, lo que supone una clara habilitación legislativa para la aplicación del Derecho privado, mercantil, bancario al ámbito de esta contratación con Administraciones Públicas. Además, esta posibilidad queda reiterada y, por tanto, confirmada, en el artículo 100.2 de la LGP en donde se declara que *“la concertación de aquellas operaciones que se documenten mediante contratos o instrumentos normalizados habituales en los mercados financieros se hará conforme a las reglas, técnicas, condiciones y cláusulas que sean usuales en los mismos.”* Esta alusión a los contratos normalizados es propia del sector bancario y financiero en donde, según comentado anteriormente en el Capítulo I, las entidades financieras predisponen los contratos bancarios a sus clientes a fin de que éstos, una vez fijados los pactos del caso concreto, procedan a su firma sin que medie negociación del resto de pactos estándares o habituales. Así, también en el ámbito de las Administraciones Públicas, las entidades financieras podrán predisponer sus contratos estándares o habituales toda vez que éstos contienen y representan las reglas, técnicas y condiciones y cláusulas que son usuales en el ámbito de la contratación bancaria.

A este punto cabe recordar lo comentado anteriormente en ocasión del TRLCSP en relación a la exclusión de su ámbito de los contratos consistentes en *“operaciones destinadas a la obtención de fondos o capital”* así como a las *“operaciones de tesorería”*, y que los mismos se regirán por sus *“normas especiales”* a tenor del artículo 4.2 del TRLCSP. Así las cosas, ya se puede afirmar que las normas especiales a las que llama este artículo son, por remisión de los artículos 98.3 y 100.2 de la LGP son las normas, reglas, pactos, condiciones, usos propios del sector bancario y financiero.

Por lo tanto, partiendo de que al cliente público se le aplicarán los mismos contratos bancarios que se aplican al cliente privado, se debe matizar esta afirmación añadiendo que habrá determinados pactos de la contratación bancaria habitual que resultarán incompatibles con normas de Derecho público, motivo por el que se deberán suprimir o adaptar; a la vez que podrá también suceder que haya pactos específicos que

se deban añadir *ex proceso* por la peculiaridad del cliente que es. Todo ello sin perjuicio de los acuerdos que deban preceder la formalización del concreto contrato bancario en atención a la tipología de sujeto público y al régimen jurídico público aplicable a la válida formación de su voluntad, también destinada a favorecer y proteger al interés público.

En el apartado 4.2 del presente Capítulo IV se analizan los pactos estándares de los contratos bancarios que precisan o pueden precisar adaptación cuando el cliente bancario o parte deudora es la Administración Pública.

Llegados a este punto, cabe formular dos precisiones adicionales. Por un lado, en relación al artículo 100.2 de la LGP, cabe especificar que el mismo llama al régimen y pactos propios de la práctica bancaria habitual con carácter subsidiario a lo que acaba de indicar anteriormente. Esto es, el artículo 100.1 dispone que *“La concertación de líneas de crédito u operaciones de préstamos en moneda nacional o en divisas se realizará de conformidad con los procedimientos que reglamentariamente se establezcan, en los que se garanticen los principios de objetividad, transparencia y publicidad adecuados al tipo de operación de que se trate.”* Por lo que en este punto el legislador ha formulado una regulación amplia y genérica para las operaciones de crédito remitiéndose a un futuro desarrollo reglamentario, que no existe, y a la vez que recuera la necesaria preservación de los principios de objetividad, transparencia y publicidad *“adecuados”*, mención esta última que en este caso actuará como concepto jurídico indeterminado que se deberá concretar en el caso particular de que se trate.

De esta afirmación genérica, puesta en relación con el antes citado artículo 4.2 del TRLCSP, la Administración Pública puede interpretar que, aunque las operaciones de crédito no deban ser objeto de licitación por ser negocios jurídicos excluidos del ámbito de aplicación del TRLCSP, deba licitar su contratación a fin de conseguir la mejor oferta a través de un procedimiento de contratación transparente. De aquí que en la práctica podría suceder que una línea de crédito o un préstamo sean objeto de un pseudolicitación en la que la Administración solicite diversas ofertas e entidades financieras, en lugar de realizar una contratación directa como se hace entre entidades financieras y clientes bancarios privados.



Esta cautela consistente en la realización de esta pseudolicitación puede ser compatible con todos los artículos analizados. Sin perjuicio de ello, a lo que alude el artículo 100.2 de la LGP es precisamente a que, fuera de estos extremos, en todo lo demás y, en particular, a los concretos pactos del contrato final, se le aplique el Derecho privado. Ante ello, se puede afirmar que el artículo 100 de la LGP engloba verdaderamente el carácter dual, público-privado, de los contratos bancarios de las Administraciones Públicas.

Finalmente, sólo falta indicar que la LGP también se ocupa de la regulación de los instrumentos bancarios que, aun siendo contratos bancarios para la práctica privada, es cierto que presentan dificultades añadidas por el hecho de muy frecuentemente aparecer a colación de un contrato financiero previo. En advertencia de ello, el legislador se ha ocupado de acotar su ámbito de utilización a que *“tendrán como finalidad tanto limitar el riesgo cambiario como limitar, diversificar o modificar el riesgo o el coste de la Deuda del Estado debido a la evolución de los tipos de interés, y a facilitar su colocación, negociación, administración y gestión”* (artículo 97.2). Y luego el legislador se ocupa de que sean operaciones concretas y detalladas en las que, siendo de permuta financiera (o *swap*, según indicado anteriormente) o de otra naturaleza; se precisen los riesgos de tipo de cambio que se pretenden limitar, el riesgo o coste de la Deuda del Estado debido a la evolución de los tipos de interés que se pretende limitar, diversificar o modificar y, si es el caso, se detallen las operaciones concretas de endeudamiento a las que estén asociadas.

### 1.3.2. Ámbito autonómico: régimen autorizatorio

El artículo 156 de la CE reconoce la autonomía financiera de las CCAA para el desarrollo y ejecución de sus competencias, que GALÁN<sup>300</sup> ha calificado como *“concepto clave del sistema constitucional de organización del Estado, y más allá, del entero sistema de distribución de poder”*. También, en el artículo 157.1.e) de la misma que las CCAA, entre sus recursos, contarán con *“el producto de las operaciones de*

---

<sup>300</sup> GALÁN GALÁN, Alfredo. *La potestad normativa autónoma local*, editorial Atelier, 1ª edición, Barcelona, 2001, pág. 41.

*crédito*”<sup>301</sup>. Sin embargo, no se refiere explícitamente a la posibilidad de contraer endeudamiento a través de operaciones de crédito con entidades financieras. Para ello cabe acudir al artículo 1 de la LOFCA cuyo objeto de regulación es precisamente la financiación de las CCAA y en cuyo artículo 4 se reitera nuevamente lo manifestado en el artículo 157 de la CE en materia de recursos de las CCAA. Como apunta MONASTERIO<sup>302</sup>, la LOFCA “*supuso una regulación del endeudamiento autonómico basada en reglas objetivas, puesto que si bien enunciaba el principio de coordinación en materia presupuestaria y de endeudamiento, no se pusieron en marcha acciones efectivas en este sentido*”.

También cabe estar a las previsiones de la LOEPSF, motivada por el Derecho Comunitario y que, en opinión de ÁLVAREZ CONDE<sup>303</sup> es una ley que “*representa no sólo de forma evidente, la implantación del objetivo del déficit cero sino también una pérdida notable de autonomía financiera para las Comunidades Autónomas.*”

Sobre la capacidad de las CCAA para contraer crédito, el artículo 13 de la LOFCA reconoce esta posibilidad en el marco del principio de prudencia financiera al que se aludirá posteriormente en este Capítulo, y al artículo 14 cuyo título propiamente es “*endeudamiento de las Comunidades Autónomas*”. En este último se prevé la posibilidad de que las CCAA puedan realizar tanto operaciones de plazo inferior a un año para “*cubrir sus necesidades transitorias de tesorería*”, como operaciones por plazo superior a un año siempre y cuando cumplan estos requisitos: “*a) que el importe total del crédito sea destinado exclusivamente a la realización de gastos de inversión. b) que el importe total de las anualidades de amortización, por capital e intereses, no exceda del veinticinco por ciento de los ingresos corrientes de la Comunidad Autónoma en el presupuesto del ejercicio.*” Por lo tanto, la LOFCA distingue

---

<sup>301</sup> Esta previsión ha sido incluida en los diversos Estatutos de Autonomía. Así, el artículo 202.3.i) del Estatuto de Autonomía de Catalunya, y el artículo 176.2.c) del Estatuto de Autonomía de Andalucía que lo refiere como “*recurso al crédito*”; entre otros.

<sup>302</sup> MONASTERIO ESCUDERO, Carlos. *El laberinto de la hacienda autonómica*, editorial Civitas Thomson Reuters, 1ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2010, pág. 196.

<sup>303</sup> ÁLVAREZ CONDE, Enrique; GARCÍA-MONCÓ, Alfonso y TUR AUSINA, Rosario. *Derecho Autonómico*, editorial Tecnos, 1ª edición, Madrid, 2013, pags. 424 a 427.

claramente entre las operaciones a corto plazo por razones de tesorería, y las operaciones a largo plazo para inversiones y con un límite cuantitativo máximo anual.

Respecto de estos dos tipos de operaciones, es preciso analizar su régimen autorizador, siendo esta una característica propia del endeudamiento de las CCAA (a diferencia del endeudamiento del Estado que viene directamente y anualmente recogido en la ley de presupuestos anual).

#### *A) Endeudamiento en el extranjero y emisión de deuda*

Por un lado, el artículo 14 de la LOFCA establece que las CCAA “*precisarán autorización del Estado para concertar operaciones de crédito en el extranjero y para la emisión de deuda o cualquier otra apelación de crédito público.*” Nótese que se trata de una exigencia de autorización *per se*, esto es, por motivos objetivos relativos al concreto tipo de endeudamiento, sin tener en cuenta ninguna circunstancia más para someterlas a autorización. Partiendo, por tanto, de este hecho objetivo para exigir autorización, la concesión de la misma tendrá en cuenta “*el cumplimiento de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera definidos en el artículo 2.uno.b) de la presente Ley.*” En particular, esta remisión al artículo 2.uno.b) de la LOFCA se convierte a su vez en una remisión a los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera también previstos en la LOEPSF.

Así, (i) según el artículo 3.2. de la LOEPSF, se entenderá por estabilidad presupuestaria de las Administraciones Públicas “*la situación de equilibrio o superávit estructural*”<sup>304</sup>, y para los organismos públicos y sociedades mercantiles públicas “*la posición de equilibrio financiera*”; mientras que (ii) según el artículo 4.2. de la

<sup>304</sup> La aspiración al equilibrio entre gastos e ingresos era ya reivindicada por CANGA-ARGÜELLES, José. *Memoria sobre el crédito público*, editorial que fue de García, Madrid, 1820, pág. 79; al declarar (transcripción literal) “*Que la suma de los gastos públicos, ceñidos á lo puramente necesario, haya de ser igual en tiempos regulares al importe de las rentas y contribuciones que se establecieron para cubrirlos.*” Más recientemente, BUSTOS GISBERT, Antonio. *Curso básico de Hacienda Pública*, editorial Colex, 3ª edición, Madrid, 2015, pág. 86; considera al principio de estabilidad presupuestaria actual “*como una actualización del antiguo principio de equilibrio presupuestario*” que el mismo autor define como “*regla de oro de la Hacienda clásica.*” Esta situación de equilibrio es considerada “*la regla de oro*” por la doctrina económica, *vid.* GARCÍA VILLAREJO, Avelino y SALINAS SÁNCHEZ, Javier. *Manual de Hacienda Pública General y de España*, editorial Tecnos, 3ª edición, Madrid, 1998, pág. 205. Y como opinión crítica al principio *vid.* RUIZ ALMENDRAL, Violeta. *Estabilidad presupuestaria y reforma constitucional*, Revista Española de Derecho Europeo, número 41, editorial Civitas, 2012, págs. 97 a 102; quien afirma que “*no es una receta mágica que pueda mantener bajo control el sistema económico de la eurozona.*”

LOEPSF, se entenderá por sostenibilidad financiera “*la capacidad para financiar compromisos de gasto presentes y futuros dentro de los límites de déficit, deuda pública y morosidad de deuda comercial conforme a lo establecido en esta Ley, la normativa sobre morosidad y en la normativa europea. Se entiende que existe sostenibilidad de la deuda comercial, cuando el periodo medio de pago a los proveedores no supere el plazo máximo previsto en la normativa sobre morosidad.*” La dicción de este artículo ha sido criticada por MENÉNDEZ<sup>305</sup> tanto por la vaguedad de la expresión “*capaces de financiar*” como por la referencia a los gastos presentes y futuros “*olvidando que en nuestro país continúa en vigor el régimen del presupuesto anual, por más que, tras la introducción del criterio de estabilidad presupuestaria, las cuentas públicas deban ser valoradas con un horizonte plurianual a corto y/o medio plazo (tres años), y si ya es difícil asegurar la financiación de los gastos del presupuesto en vigor o del que se tenga que elaborar para el ejercicio siguiente, prácticamente será imposible garantizar todos los compromisos de gasto futuros.*”

A continuación, el artículo 4.3. de la LOEPSF precisa que “*3. Para el cumplimiento del principio de sostenibilidad financiera las operaciones financieras se someterán al principio de prudencia financiera.*”

Sendas descripciones de los principios son aquellas que cuyo cumplimiento se tendrá en cuenta por parte del Estado a fin de conceder autorización a las CCAA para las operaciones de crédito en el extranjero y para la emisión de deuda o cualquier otra apelación de crédito público. Por lo tanto, se trata de una autorización claramente reglada en alusión a la teoría de GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>306</sup>, toda vez que el cumplimiento o no de aquellos dos principios constituye la *ratio decidendi*<sup>307</sup>. A su vez, la

---

<sup>305</sup> MENÉNDEZ MORENO, Alejandro (Dir.). *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*. Colección *Lecciones de cátedra*, editorial Lex Nova Thomson Reuters, 13ª edición, Valladolid, 2012, pág. 476.

<sup>306</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, Volumen 2, editorial Thomson-Civitas, 9ª edición, 2004, págs. 137-146, en donde define así a las autorizaciones regladas: “*(...) reconoce a la Administración poderes de decisión más amplios, dentro de cuyos márgenes son posibles soluciones diversas. En estos casos no sólo es posible denegar la autorización pedida, sino también sujetar su otorgamiento a condiciones determinadas o incorporar una carga modal o, incluso, limitar su vigencia a un plazo más corto del máximo previsto por las normas (...), todo ello, naturalmente, dentro del marco legal típico que la norma define y sin perjuicio, como es obvio, de un control posterior del concreto ejercicio del poder discrecional que dicha norma habilita.*”

<sup>307</sup> Las potestades regladas han sido ampliamente estudiadas por la doctrina y jurisprudencia. Al respecto, MEDIAVILLA CABO, José Vicente. *El recurso de casación por infracción del artículo 71.2*

constatación de su cumplimiento o incumplimiento se deriva de hechos objetivos conforme a la documentación financiera de la CCAA de que ya dispone el Estado en virtud de los controles y estimaciones de cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y deuda pública en virtud de los artículos 16 y 17 de la LOEPSF. Por todo lo que se concluye que esta es una autorización en la que no debería de haber margen de discrecionalidad alguno de parte del Estado para su concesión.

### *B) Endeudamiento a largo plazo*

Por otro lado, el mismo artículo 14 de la LOFCA exige autorización del Estado para a las operaciones de crédito de plazo inferior y superior a un año “*cuando, de la información suministrada por las Comunidades Autónomas, se constate el incumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria, de deuda pública y de la regla de gasto.*”<sup>308</sup> La constatación de dicho incumplimiento se derivará de los informes sobre el grado de cumplimiento del principio de sostenibilidad financiera, deuda pública y regla de gasto; elaborados por la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal<sup>309</sup>. Considerando que dicha Autoridad ha sido configurada

---

*de la Ley Reguladora de la jurisdicción contenciosa-administrativa, Revista Española de Derecho Administrativo, número 159, Madrid, 2013, págs. 241 a 260; así lo expresa: “Clásica es la distinción entre potestades administrativas regladas y discrecionales. En el supuesto de potestades regladas la ley determina detalladamente todas y cada una de las condiciones del ejercicio de la concreta potestad, de modo que no se admite margen alguno de discrecionalidad o maniobra por parte de la Administración (...). En el ejercicio de las potestades regladas la Administración se debe limitar a una simple constatación del supuesto de hecho legalmente descrito y a la aplicación de las determinaciones de la norma legal al caso concreto.”*

<sup>308</sup> A efectos conceptuales se indica que: (i) el objetivo de deuda pública parte de que su volumen (según definición del Protocolo sobre Procedimiento de déficit excesivo) del conjunto de las Administraciones Públicas “*no podrá superar el 60 por ciento del Producto Interior Bruto nacional expresado en términos nominales, o el que se establezca por la normativa europea*”, precisándose a continuación que “*El límite de deuda pública de cada una de las Comunidades Autónomas no podrá superar el 13 por ciento de su Producto Interior Bruto regional.*” (artículo 13 de la LOEPSF); y (ii) el objetivo de regla del gasto se concreta en que los gastos computables (excluyendo empleos no financieros definidos en términos de SEC -excluidos los intereses de la deuda, el gasto no discrecional en prestaciones por desempleo-, la parte del gasto financiado con fondos finalistas procedentes de la Unión Europea o de otras Administraciones Públicas y las transferencias a las CCAA y a las EELL vinculadas a los sistemas de financiación) de la Administración Central, las CCAA y de ELL “*no podrá superar la tasa de referencia de crecimiento del Producto Interior Bruto de medio plazo de la economía española.*” (artículo 12 de la LOEPSF). El régimen de déficit excesivo se halla contenido en el Protocolo (nº 12) sobre el procedimiento aplicable en caso de Déficit Excesivo, publicado en el DOUE C326/279, de 26 de octubre de 2012 (consulta del día 15/06/17): [https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/c\\_32620121026es.pdf](https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/c_32620121026es.pdf)

<sup>309</sup> Ente de Derecho Público creado *ex proceso* para la “*garantizar el cumplimiento efectivo por las Administraciones Públicas del principio de estabilidad presupuestaria previsto en el artículo 135 de la Constitución Española, mediante la evaluación continua del ciclo presupuestario, del*

como autónoma e independiente, sus informes serán objetivos y comprensivos de la realidad concerniente a una determinada Comunidad Autónoma sobre su grado de cumplimiento del principio de estabilidad presupuestaria, de deuda pública y de regla de gasto. Siendo ello así, se afirma nuevamente que la autorización estatal prevista en la LOFCA para estos casos, para endeudamientos a corto y largo plazo, se emitirá o denegará en virtud de una potestad reglada en cuyo ejercicio el Estado se limitará a comprobar el resultado ofrecido en los informes emanados por la referida Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal.

Los detalles de la autorización están desarrollados en el artículo 20.1 de la LOEPSF en donde se manifiesta que la misma “*podrá realizarse de forma gradual por tramos y será preceptiva hasta que el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas constate que ha cumplido con los objetivos de estabilidad presupuestaria, de deuda pública y regla de gasto.*” Cabe notar que la posibilidad de conceder tramos autorizados para aquellas operaciones, a corto y a largo plazo, se decidirá por parte del Ministerio en atención a los datos de la concreta Comunidad Autónoma referidos en los informes de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal.

De ello podría parecer que en este punto el legislador ha introducido una cierta discrecionalidad a favor del Ministerio en lo relativo a decidir cuándo y en qué circunstancias se va a dar la autorización por tramos. Sin embargo, se aprecia que, en todo caso, la *ratio decidendi* es que se constate que se han cumplido los objetivos de estabilidad presupuestaria, de deuda pública y regla del gasto<sup>310</sup>, de modo que al final la decisión autorizatoria se basará exclusivamente en el cumplimiento de unos datos

---

*endeudamiento público y el análisis de las previsiones económicas.*”; en virtud de la Ley Orgánica 6/2013, de 14 de noviembre, de creación de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal. En su artículo 1, establece que dicha Autoridad sea autónoma y goce de independencia funcional respecto de las Administraciones Públicas. En su Preámbulo, desarrolla el contenido de sus funciones indicando incluso la posibilidad de que pueda emitir opiniones al decir que “*valorará las previsiones macroeconómicas que se incorporen a los proyectos de presupuestos y escenarios a medio plazo y analizará la implementación y la ejecución de las políticas fiscales, con la finalidad de detectar de forma temprana las posibles desviaciones en los objetivos perseguidos. Además, podrá formular, cuando considere, las opiniones que estime oportunas sobre los asuntos previstos en ésta u otras leyes.*” Link (consulta del día 15/06/17): <http://www.airef.es/?locale=es>

<sup>310</sup> EL CONSULTOR DE LOS AYUNTAMIENTOS Y DE LOS JUZGADOS. *Cálculo de la regla del gasto*, número 7.108, 28 de febrero de 2013, Año 161- número 4, editorial La Ley, págs. 350 a 354.

concretos y objetivos, lo único que no dice ni la LOFCA ni la LOEPSF es en qué casos se otorgarán autorizaciones graduales.

Parece que se trataría de autorizaciones para operaciones o hasta importes máximos concretos y este hecho sí que podría ser considerado como decisión discrecional del Ministerio. Aun siendo así, por la teoría de control de las potestades discrecionales y, en especial de los hechos determinantes, cabe afirmar que la facultad de conceder autorizaciones graduales sería una facultad cuyo margen de maniobra quedaría acotado tanto por las concretas circunstancias de la Comunidad Autónoma y del cumplimiento del espíritu de la ley. Que en este caso no sería otro que el de garantizar que no habrá endeudamiento autonómico si no hay estabilidad presupuestaria, o dicho en otras palabras, la garantía de los principios de legalidad y estabilidad presupuestaria lo que, a su vez, constituye otra técnica de control de las potestades discrecionales<sup>311</sup>.

Sentado lo anterior, el artículo 20.1 de la LOEPSF aclara que habrá casos en que la Comunidad Autónoma podrá concertar operaciones de endeudamiento a corto plazo sin autorización (siempre que no sean consideradas financiación exterior, como se ha explicado en el apartado a) precedente) siempre y cuando “*el plan económico-*

---

<sup>311</sup> Sobre esta cuestión es destacable la creación doctrinal de GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del poder*, editorial Civitas Cuadernos, edición 3ª, Madrid, 1983, págs. 31 a 32; en donde, sobre el control de los hechos determinantes asienta que “*La valoración política de la realidad podrá acaso ser objeto de una facultad discrecional, pero la realidad como tal, si se ha producido el hecho o no se ha producido y cómo se ha producido, esto ya no puede ser objeto de una facultad discrecional, porque no puede quedar al arbitrio de la Administración discernir si un hecho se ha cumplido o no se ha cumplido, o determinar que algo ha ocurrido si realmente no ha sido así.*”. Y, sobre los principios generales afirma que, págs. 42 a 49: “*La Ley que ha otorgado a la Administración tal potestad de obrar no ha derogado para ella la totalidad del orden jurídico, el cual, con su componente esencial de los principios generales, sigue vinculado a la Administración. no tiene sentido por ello pretender ampararse en una potestad discrecional para justificar una agresión administrativa al orden jurídico, vale decir, a los principios generales, que no sólo forman parte de éste, sino mucho más, lo fundamentan y lo estructuran, dándole su sentido propio por encima del simple agregado de preceptos casuísticos.*”

Sosteniendo esta teoría, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Secc. 4) del Tribunal Supremo, de 19 de mayo de 1987 (RJ 1987\5815) que, aunque sea en un supuesto de revisión de la facultad de planeamiento, recopila la jurisprudencia en materia de control de las potestades discrecionales. En particular, alude a la posibilidad de control de los hechos determinantes y de los principios generales del derecho y acaba concluyendo que (Fundamento de Derecho Segundo) “*cuando se aprecie una incongruencia o discordancia de la solución elegida con la realidad que integre su presupuesto, tal decisión resultará viciada por infringir el ordenamiento jurídico y más concretamente el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.*”

*financiero presentado por la Comunidad Autónoma por incumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria, del objetivo de deuda pública o de la regla de gasto hubiera sido considerado idóneo por el Consejo de Política Fiscal y Financiera.”* Nótese, por tanto, que esta idoneidad alcanza únicamente a la posibilidad de poder realizar operaciones a corto plazo sin autorización, pero no a operaciones a largo plazo, de modo que éstas seguirán precisando autorización aun en el caso que el informe económico-financiero presentado haya sido considerado idóneo.

Adicionalmente, en cuanto a operaciones de endeudamiento a largo plazo, se establece un régimen semiexcepcional en la Disposición Transitoria Tercera de la LOEPSF, a cuyo tenor, aun manteniéndose la exigencia de autorización, se permite el endeudamiento que no cumpla los requisitos del artículo 14.2 de la LOFCA siempre y cuando ello sea justificado a *“consecuencia de circunstancias económicas extraordinarias”*, con eminentemente carácter finalista *“para garantizar la cobertura de los servicios públicos fundamentales”*, limitado hasta el año 2020 y que la duración de la operación no exceda de diez años<sup>312</sup>. Cabe entender que este caso, que no escapará del control del Estado, sí que exigirá un previo análisis sobre la idoneidad, justificación y finalidad para autorizar la operación de parte del Estado a modo de potestad también de índole reglada. Lo único en lo que *a priori* habrá un cierto margen de apreciación será en la necesidad de garantizar el concreto servicio público, toda vez que la regulación no establece ningún parámetro específico a considerar. Por ello, la decisión final será del Estado en lo relativo a si, en caso de no ser autorizada la operación, el servicio público en cuestión no quedaría garantizado; lo que claramente constituye un supuesto de control de los hechos determinantes en los términos ya explicados, de modo que la discrecionalidad apriorística que puede existir en la regulación de la ley quedaría desvanecida concretando estos hechos habilitantes y, en particular, si la continuidad del servicio público está o no en peligro.

---

<sup>312</sup> El literal de la Disposición Transitoria Tercera de la LOEPSF sobre *“Autorizaciones de endeudamiento”* es el siguiente: *“Hasta 2020, excepcionalmente, si como consecuencia de circunstancias económicas extraordinarias resultara necesario, para garantizar la cobertura de los servicios públicos fundamentales, podrán concertarse operaciones de crédito por plazo superior a un año y no superior a diez, sin que resulten de aplicación las restricciones previstas en el apartado dos del artículo 14 de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas. Las operaciones que se concierten bajo esta excepción deberán ser autorizadas en cualquier caso por el Estado, quién apreciará si se dan las circunstancias previstas en esta disposición.”*



Este supuesto ha sido calificado como régimen semiexcepcional porque, si bien es cierto que por un lado se mantiene la exigencia de autorización, por otro lado se permite no cumplir con los requisitos a) y b) del artículo 14.2 de la LOFCA. De estos dos requisitos, el primero prevé que el importe del crédito se destine a gastos de inversión. en el caso de un servicio público en peligro se podría considerar que serían gastos de inversión según las circunstancias, por lo que sería un requisito que podría llegarse a cumplir incluso en este supuesto semiexcepcional. Pero el otro requisito, relativo a que el importe total de las amortizaciones (capital más intereses) no excedan del veinticinco por ciento de los ingresos corrientes de la Comunidad Autónoma en el presupuesto del ejercicio, podría cumplirse o no en el caso concreto. Cuesta pensar que lo pudiera exceder pero la redacción de la Disposición Transitoria Tercera es clara y, por tanto, se concibe la posibilidad de que se supere este límite. Por lo tanto, aún no siendo para gastos de inversión y aun superando el máximo permitido, se podrá concertar el endeudamiento, y aquí está la verdadera excepción; pero en cualquier caso el Estado deberá emitir autorización a esta operación a largo plazo, por lo que aquí no hay excepción alguna. Consiguientemente, la mitad de los requisitos de operaciones a largo plazo se pueden incumplir, pero la otra mitad se debe cumplir; motivos por los que se ha calificado a este régimen, no como excepcional, sino como semiexcepcional.

### *C) Endeudamiento para avales, reavales y otras garantías*

Adicionalmente, la LOEPSF añade un último supuesto de autorización, no previsto en la LOFCA: en la concesión de avales, reavales u otra clase de garantías, cuando exista un incumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria, deuda pública o regla del gasto de parte de la Comunidad Autónoma. Sobre este punto, el artículo 14.6 de la LOFCA formula una máxima o aspiración pero no establece un claro régimen de intervención al decir que *“Las Comunidades Autónomas deberán reducir el riesgo y coste que asuman con ocasión de la concesión de avales, reavales y cualquier otra clase de garantías para afianzar operaciones de crédito de personas físicas y jurídicas, públicas o privadas.”* En cambio, el artículo 20.1 de la LOEPSF también prevé la posibilidad de que la autorización se otorgue de manera gradual por tramos, al igual que el régimen autorizatorio analizado en el apartado b) precedente.

Llegados a este punto se afirma que sendos regímenes autorizatorios, analizados en los apartados b) (salvo el supuesto semiexcepcional de la Disposición Transitoria Tercera de la LOEPSF) y c), se mantendrán y serán preceptivos mientras se incumpla el objetivo de estabilidad presupuestaria, de deuda pública o de la regla de gasto, de modo que tendrán una duración transitoria y condicionada a esta circunstancia. Por esta condicionalidad, se puede afirmar que la exigencia de autorización es una clara *conditio sine qua non* para poder realizar la operación, de endeudamiento o de garantía según corresponda y que, *a sensu contrario*, existiendo cumplimiento de aquel objetivo las operaciones de endeudamiento a corto plazo, a largo plazo y de garantías estarán exentas de la obtención de autorización y podrán realizarse directamente por parte de las CCAA.

#### *D) Endeudamiento a través de mecanismos adicionales de financiación*

Existe otro supuesto en que las operaciones de endeudamiento estarán exentas de autorización y será cuando las mismas haya sido concertadas con cargo a “*mecanismos adicionales de financiación cuyas condiciones financieras hayan sido previamente aprobadas por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos.*” En puridad éste sí es un régimen verdaderamente excepcional, toda vez que la creación de tales mecanismos adicionales de financiación es una cuestión externa e incontrolable de parte de las CCAA las cuales, por tanto, únicamente podrán acogerse a los mismos en caso que existan y que el Estado se lo permita, en este caso, vía acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos. En los últimos años el Estado ha creado diversos mecanismos adicionales de financiación para CCAA, siendo el que ha tenido continuidad en el tiempo el Fondo de Liquidez Autonómico, también denominado por sus siglas “FLA” (en adelante, FLA), aunque en 2014 se creó el Fondo de Financiación para Comunidades Autónomas dentro del que se incluyó un compartimento específico para incluir dicho FLA.

Este tipo de financiaciones, excepcionales y finalistas, suponen un elevado nivel de intervención del Estado, por lo que resulta lógico que no se exija expresamente autorización como tal a la concreta Comunidad Autónoma. Sin embargo, el mero hecho de que el Estado haya admitido a dicha Comunidad Autónoma a adherirse al mismo ya supone un auténtico acto de control e intervención por parte del Estado, que lógicamente podría ser denegatorio, de modo que sí que hay un examen de idoneidad

previo de parte del Estado frente a las CCAA para que las mismas se puedan beneficiar de tales mecanismos adicionales de financiación. Por todo ello puede suceder que en la práctica se trate de regímenes incluso más invasivos, controladores y estrictos que los de las autorizaciones comentadas<sup>313</sup>.

Según se acaba de indicar, existe en la actualidad el Fondo de Financiación para Comunidades Autónomas (en adelante, FFCCAA) creado mediante el RDLFF y dotado, desde 2014, anualmente y con cargo a los presupuestos generales del Estado<sup>314</sup>. Es creado como fondo sin personalidad jurídica<sup>315</sup> y con carácter indiscutiblemente finalista “*con la finalidad de garantizar la sostenibilidad financiera de las Comunidades Autónomas adheridas*”, según proclama el artículo 6 del RDLFF. Este mismo precepto añade que “*con cargo a los recursos del Fondo se formalizarán operaciones de crédito con las Comunidades Autónomas para atender sus necesidades financieras*” de lo que se infiere el exclusivo propósito del fondo creado. Y se halla dividido entre los siguientes compartimentos: (i) Facilidad Financiera, (ii) FLA y (iii) Fondo Social. El compartimento de Facilidad Financiera está dirigido a CCAA que cumplan los objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública, mientras que el FLA está dirigido a las CCAA que ya estaban adheridas al mismo con anterioridad o bien que incumplan su periodo medio de pago los incumplan. Y el Fondo Social es para CCAA que tengan obligaciones por gastos sociales pendientes de pago a 31 de

---

<sup>313</sup> El carácter intervencionista de los mecanismos adicionales de financiación es reconocido en el acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos de 31 de marzo de 2016 (al que se aludirá también más adelante) que, aludiendo al necesario cumplimiento del principio de estabilidad presupuestaria y en relación a aquellos mecanismos adicionales de financiación señala que “*Su principal objetivo es que el Estado, como prestamista, pueda hacer un seguimiento permanente de la capacidad del prestatario de cumplir con sus obligaciones financieras, durante toda la vida de la operación.*” Además, una vez acordada la adhesión al mismo, las CCAA (y también las EELL) quedan subordinadas a todos los acuerdos que se dicten en el marco de los mismos según artículo 22 LOEPSF y la Disposición Adicional Primera del RDLFF.

<sup>314</sup> Así lo prevé el artículo 13.1 del RDLFF. En el momento de su creación, fue dotado con una aportación patrimonial de los presupuestos del Estado de 2015 de 38.869 millones de euros (Disposición Adicional Quinta.1 del RDLFF). Dicho RDLFF fue convalidado mediante Resolución del Congreso de los Diputados, de 20 de enero de 2015, publicada en el BOE núm. 21 de 24 de enero de 2015. En los presupuestos de 2016, fue dotado con 25.000 millones de euros (Presupuestos de 2016, serie roja, Fondos Públicos, FFCCAA Presupuesto de Capital “*Estado de Flujos de Efectivo*”). Y, en el Proyecto de Presupuestos de 2017 ha sido dotado con 16.500 millones de euros.

<sup>315</sup> Está sujeto al régimen de los fondos sin personalidad jurídica previstos en el artículo 2.f) de la LGP. La Exposición de Motivos de la LGP (apartado II) dice textualmente que “*En fin, la Ley señala el pleno sometimiento a sus disposiciones de los fondos sin personalidad jurídica con dotación en los Presupuestos Generales del Estado*”. El Fondo se podrá extinguir por acuerdo del Consejo de Ministros, ex artículo 14 del RDLFF.

diciembre. Del objeto de cada uno de los compartimentos se aprecia la preocupación del legislador por contribuir a la erradicación de la situación de morosidad de las CCAA, tanto para las que no incumplen objetivos de estabilidad presupuestaria, como las que sí y sin olvidar el necesario atendimiento de los gastos sociales dentro de los que quedan incluidos los relativos a los servicios educativos, sanitarios y de servicios sociales (*ex* artículo 30 del RDLFF).

Sin perjuicio de los detalles que conciernen a este Fondo, y de que es el Instituto de Crédito Oficial el responsable de su gestión financiera, es oportuno indicar que el reparto de los recursos del FFCCAA entre CCAA y las condiciones de las operaciones financieras a concertar entre el FFCCAA y las CCAA será todo ello predeterminado mediante acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos<sup>316</sup> (en adelante, CDGAE), con lo que sin dicho acuerdo no se podrá disponer de los recursos existentes en el Fondo. Esto significa que la disponibilidad de los fondos se halla condicionada a la existencia de este acuerdo previo, que actuaría como *conditio sine qua non* para que la efectiva realización de operaciones de crédito con cargo al FFCCAA. Este acuerdo, en cuanto a su naturaleza jurídica, sería un verdadero acto administrativo que, en terminología doctrinal de antaño podría merecer la categoría de “*acto político*”, por ser emanado por un órgano cuyos integrantes son a su vez integrantes del propio Gobierno del Estado<sup>317</sup>. Como tal, es un acto sujeto a la revisión

---

<sup>316</sup> La CDGAE fue creada, como órgano colegiado del Gobierno, por el Real Decreto 1886/2011, de 30 de diciembre por el que se establecen las Comisiones Delegadas del Gobierno. Dicho Real Decreto determina su composición, interministerial. Su presidencia corresponde al Presidente del Gobierno, y está también integrada por la Vicepresidenta del Gobierno y Ministra de la Presidencia, y los Ministros de Hacienda y Administraciones Públicas, de Fomento, de Empleo e Seguridad Social, de Industria, Energía y Turismo, de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, y de Economía y Competitividad. Sus funciones son las enumeradas en el artículo 6.4 de la LGO, que son funciones comunes a todas las Comisiones Delegadas del Gobierno (entre ellas, “*b*) *Estudiar aquellos asuntos que, afectando a varios Ministerios, requieran la elaboración de una propuesta conjunta previa a su resolución por el Consejo de Ministros.*”). Se ha afirmado que es “*el segundo órgano de decisión política*” y que “*reconduce al Gobierno a actividades políticas de dirección y, simplemente, asume las actividades administrativas*” en la obra de FRANCH SAGUER, Marta. *Intervención administrativa sobre bancos y cajas de ahorro*, editorial Civitas, Colección *Monografías Civitas*, 1ª edición, Madrid, 1992, págs. 146 a 147.

<sup>317</sup> La decadencia de esta denominación se refiere en la Exposición de Motivos de la LJCA, apartado II, en donde, haciendo referencia a la denominación contenida en la Ley de la Jurisdicción de 1956 (en cuyo artículo 2.b) excluía del ámbito de estas jurisdicción “*las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno*”), se afirma que “*En cambio, la Ley no reconoce ya, entre estas exclusiones, la relativa a los llamados actos políticos del Gobierno, a que se refería la Ley de 1956. (...) En realidad, el propio concepto de «acto político» se halla hoy en franca retirada en el Derecho público europeo. Los intentos encaminados a mantenerlo, ya sea delimitando*

de la jurisdicción contenciosa administrativa (en particular, la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo) ex artículo 26.3 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, y del artículo 12.1. a) de la LJCA.

A efectos ejemplificativos, se hace referencia al acuerdo de la CDGAE de 31 de marzo de 2016 “sobre condiciones adicionales a cumplir por las Comunidades Autónomas adheridas al Fondo de Financiación a Comunidades Autónomas, compartimento Fondo de Liquidación Autonómico 2016”<sup>318</sup>. Dicho acuerdo fue el primero adoptado en el marco del RDLFF para CCAA y su destinatario eran las CCAA ya adheridas al FLA pero que hubieran incumplido el objetivo de déficit de 2015 y, por tanto, también su plan de ajuste.

Ante ello, el Acuerdo prevé condiciones nuevas para este ámbito subjetivo, lo que denomina “condicionalidad reforzada” que afecta a los fondos correspondientes al segundo trimestre del 2016 y siguientes repartos, respecto de los que únicamente se podrá disponer por parte de las CCAA si (i) por un lado, cumplen las denominadas “condiciones previas para acceder a los fondos correspondientes al compartimento fondo de liquidación autonómico 2016 para el segundo trimestre y repartos siguientes” (que incluye medidas relativas a la sostenibilidad del gasto farmacéutico, conexión de registros contables para facturas electrónicas, condiciones relativas al acuerdo de no disponibilidad y medidas para la eficiencia y reducción de costes en la prestación mutua de soluciones básicas de administración electrónica) y; (ii) por otro lado, cumplen las condiciones de “carácter general o periódico hasta que se cumpla el objetivo de estabilidad presupuestaria, regla de gasto y deuda pública” (como la prohibición de modificaciones presupuestarias que supongan aumento neto del gasto

---

genéricamente un ámbito en la actuación del poder ejecutivo regido sólo por el Derecho Constitucional, y exento del control de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, ya sea estableciendo una lista de supuestos excluidos del control judicial, resultan inadmisibles en un Estado de Derecho.” Este desuso también ha sido explicado por GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, Volumen 2, editorial Thomson-Civitas, 9ª edición, 2005, pág. 613, en donde hace referencia a las aportaciones del Tribunal Supremo en la materia. Por todo ello, el artículo 2.a) d) la LJCA sujeta a la jurisdicción los actos de Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, “cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos”.

<sup>318</sup> Publicado mediante Orden PRE/710/2016, de 12 de mayo, del Ministerio de la Presidencia, en el Boletín Oficial del Estado núm. 116, de 13 de mayo de 2016 (consulta del día 15/06/17): <http://www.boe.es/boe/dias/2016/05/13/pdfs/BOE-A-2016-4559.pdf>

financiero respecto del presupuestado para 2016, obligación de remitir mensualmente un informe de valoración del cumplimiento de aquel objetivo, así como un informe sobre el anteproyecto de los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma).

Este acuerdo es expansivo y, respecto de su ámbito subjetivo y objetivo de aplicación, aplica íntegramente. Esto es, por un lado, se prevé en el mismo (apartado 3) que las *“desviaciones del déficit en que pudieran incurrir las Comunidades Autónomas respecto de los objetivos de 2016, habrán de ser parcialmente compensadas por sus presupuestos de ejercicios posteriores, compensando dichas desviaciones con menores gastos o mayores ingresos, sin que por tanto la financiación por el Fondo de Liquidez Autonómico de estas desviaciones pueda alcanzar la totalidad del importe ni superar el porcentaje que decida la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos.”* Regulación de la que se desprende el íntegro control de la hacienda de las CCAA afectadas por parte del Estado/CDGAE.

Y, por otro lado, respecto de la vigencia de esta condicionalidad reforzada el acuerdo (apartado 4) prevé que las mismas *“se mantendrán hasta que desaparezcan las circunstancias que han motivado la adopción de este Acuerdo. Esta circunstancia será apreciada por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos.”* Cabe aquí mencionar que esta apreciación de la CDGAE reconocida en su propio acuerdo es manifestación de una clara potestad discrecional autoatribuida en virtud de este acuerdo.

Nótese también que no se han indicado extremos a considerar para la decisión que resulte en ejercicio de esta potestad, a modo de límites o marco de decisión. Ante ello, tal y como ya se ha manifestado anteriormente respecto de los regímenes autorizatorios estudiados, cabe negar que se trate de una potestad discrecional ilimitada y que, por ello, en el caso concreto, la CDGAE deberá decidir sobre si derogar el acuerdo sobre la base de si las CCAA afectadas han dado cumplimiento íntegro a las condiciones y medidas previstas.

En tal caso, siendo un hecho reglado y no susceptible de duda (ya que habrá o bien cumplimiento o bien incumplimiento de las condiciones y medidas), la CDGAE podrá dejar sin efectos este acuerdo. O bien podrá optar por mantenerlo o modificarlo en atención a las circunstancias concurrentes en un futuro. El hecho futurible es

también determinante en este caso toda vez que la adaptación del propio acuerdo CDGAE de 30 de marzo de 2016 lo fue sobre la base de “*el cumplimiento de los compromisos internacionales es de interés general*” y “*la concurrencia de razones de interés público y urgencia para cumplir en plazo con los compromisos y obligaciones internacionales*”, según afirma la Exposición de dicho acuerdo.

Consiguientemente, tratándose de un acuerdo catalogable como acuerdo del Gobierno (aunque sea a través de una de sus Comisiones Delegadas), cuyas finalidades están configuradas de manera amplia en la ley (*vid. cit.* artículo 6.4 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno<sup>319</sup>), la CDGAE será soberana a la hora de decidir tanto sobre la derogación y modificación de este acuerdo, como sobre la emanación de acuerdos de índole similar, su contenido y extensión subjetiva y temporal. Debiendo, sin embargo y en todo caso, actuar dentro de los límites de la ley (*ex* artículo 103 de la CE) y para el estricto cumplimiento de las finalidades públicas que le corresponden. La situación financiera de las CCAA en España es delicada desde hace algunos años, escenario que permite mantener la habilitación permanente de la CDGAE para adoptar decisiones en estas materias, ya sea en el ámbito de los mecanismos extraordinarios de financiación, actuales o que se puedan crear en el futuro, como fuera de los mismos toda vez que las exigencias de cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria, regla del gasto y deuda pública son de interés público nacional pero también europeo (o “*internacional*” tal y como lo refiere el acuerdo analizado en su Exposición).

Posteriormente, se ha dictado el acuerdo de la CDGAE de 2 de marzo de 2017 para 2017 <sup>320</sup>, que sigue en la misma línea iniciada por el acuerdo anterior aunque pretende incorporar aspectos diversos de la Administración Electrónica al ámbito de las condiciones. Prevé, además, la acumulación de los condicionantes de este acuerdo

---

<sup>319</sup> Se transcribe el artículo a continuación por su interés justificativo de la argumentación sobre la amplitud de las facultades que ostenta la CDGAE: “*a) Examinar las cuestiones de carácter general que tengan relación con varios de los Departamentos Ministeriales que integren la Comisión. b) Estudiar aquellos asuntos que, afectando a varios Ministerios, requieran la elaboración de una propuesta conjunta previa a su resolución por el Consejo de Ministros. c) Resolver los asuntos que, afectando a más de un Ministerio, no requieran ser elevados al Consejo de Ministros. d) Ejercer cualquier otra atribución que les confiera el ordenamiento jurídico o que les delegue el Consejo de Ministros.*”

<sup>320</sup> Publicado mediante Orden PRA/360/2017, de 21 de abril, del Ministerio de la Presidencia y para las Administraciones Territoriales, en el Boletín Oficial del Estado núm. 96, de 22 de abril de 2017 (consulta del día 15/06/17): [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-4392](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-4392)

y de los anteriores “*hasta que desaparezcan las circunstancias que han motivado la adopción de este Acuerdo. Esta circunstancia será apreciada por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos.*”

Como reflexión para terminar este apartado se considera oportuno señalar que, si bien existe un marco legal dentro del que debe actuar la Administración y los órganos del Gobierno, lo cierto es que las circunstancias de cada momento, en lo relativo al endeudamiento y finanzas públicas, pueden determinar la necesidad de emanación de nuevos, diferentes y adaptados marcos jurídicos, como sucede actualmente, destinados a erradicar el elevado déficit público. En casos así, el legislador dictará nuevas normas, a propuesta o no del poder ejecutivo, y éste al final tendrá la facultad de desarrollo de estas normas, quedando desde este momento habilitando para el desarrollo y decisión que aquel conlleva. Por tanto, todo cambio normativo, hecho por motivos de interés público sobre temas de índole económica y financiera del sector público, abrirá a los órganos de gobierno soberanos la puerta de la decisión y la entrada de las potestades discrecionales en este ámbito. También cabe decir que la coexistencia de dichas potestades en estos supuestos parece consustancial en la medida que el margen de maniobra debe ser el suficiente como para que puedan tomarse las decisiones convenientes y adecuadas, sin que el legislador tenga información de primera mano ni el detalle necesario para adoptar una decisión de este tipo. Con todo ello se quiere significar que dichas potestades discrecionales se revelan como necesarias en casos de este tipo, aunque también recordar que como última *ratio* el control de las mismas no escapará de la jurisdicción contenciosa-administrativa que podría, llegado el caso, dejar sin efectos el ejercicio de potestades de este tipo a favor de la legalidad y del interés general objeto de protección.

#### *E) Aspectos comunes*

E.1) Para terminar este apartado, cabe apuntar dos características de las operaciones de endeudamiento de las CCAA, adicionales a las que se acaban de exponer. En primer lugar, y por aplicación de un mismo ordenamiento jurídico y principios generales del Derecho comunes, la capacidad de endeudamiento autonómica también parte del principio de legalidad por lo que los respectivos órganos



autonómicos que elaboran su presupuesto anual deberán de remitir posteriormente el mismo para la aprobación de los correspondientes órganos legislativos autonómicos<sup>321</sup>.

E.2) Y, en segundo lugar, el artículo 14.5 de la LOFCA atribuye a la Deuda Pública y los títulos-valores emitidos por las CCAA “*los mismos beneficios y condiciones de la Deuda Pública del Estado*”. Esto significa que está prohibida su enajenación, gravamen y arrendamiento (*ex* artículo 7 de la LGP), y que ningún tribunal ni autoridad administrativa podrá dictar providencia de embargo ni despachar mandamiento de ejecución contra los mismos (*ex* artículo 23 de la LGP).

E.3) Y para terminar aludir al régimen de las obligaciones de información de las CCAA respecto del Estado, que abunda en la garantía del principio de transparencia y en el control de la gestión pública de las CCAA por parte del Estado. Dicha regulación se halla en la Orden HAP/2105/2012, de 1 de octubre, por la que se desarrollan las obligaciones de suministro de información previstas en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (en adelante, Orden HAP/2105/2012)<sup>322</sup>. En virtud de la misma se obliga a las CCAA a remitir información de índole económica y financiera con determinada periodicidad lo que, como apunta ÁLVAREZ CONDE<sup>323</sup>, es “*una de las prioridades del legislador es que la información en*

---

<sup>321</sup> Así, el artículo 51.c) del Estatuto de Autonomía para Galicia (que se remite a su Parlamento), el artículo 16.3.c del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid (que se remite a su Asamblea), y el artículo 76.1 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (que se remite a sus Cortes); entre otros.

<sup>322</sup> Esta Orden fue dictada por el Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, se publicó en el Boletín Oficial del Estado núm. 240, de 5 de octubre de 2012. En su justificación se considera a la Orden como “*un instrumento indispensable que permitirá llevar a cabo un seguimiento más efectivo del cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria, y del resto de obligaciones fiscales europeas, del conjunto de las Administraciones, con las que España está plenamente comprometida*”, así como que “*contribuirá a la generación de confianza en las Administraciones y facilitará la rendición de cuentas y exigencia de responsabilidades cuando corresponda.*”

Esta Orden HAP/2105/2012 fue posteriormente modificada por la Orden HAP/2082/2014, de 7 de noviembre (Boletín Oficial del Estado núm. 271, de 8 de noviembre). Esta modificación se justificaba por dar cumplimiento a la Directiva 2011/85/UE, del Consejo, de 8 de noviembre de 2011, sobre los requisitos aplicables a los marcos presupuestarios de los Estados Miembros. Esta directiva establecía nuevos requerimientos de información al Reino d, en cuanto a los nuevos requerimientos de información por parte de la Comisión Europea al Reino de España como la relativa a los pasivos contingentes, los marcos presupuestarios o a los beneficios fiscales.

<sup>323</sup> ÁLVAREZ CONDE, Enrique; GARCÍA-MONCÓ, Alfonso y TUR AUSINA, Rosario. *Derecho Autonómico*, editorial Tecnos, 1ª edición, Madrid, 2013, pág. 426.

*materia económico-financiera relativa a todas las Administraciones Públicas fluya con facilidad hacia el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas para que éste controle, fiscalice y supervise el endeudamiento, déficit y la actividad financiera en general de las citadas Administraciones.”*

A los efectos del presente trabajo, resulta de interés destacar lo previsto en el artículo 14 de la Orden HAP/2105/2012, como obligación mensual de información la relativa “*al uso dado a las autorizaciones de operaciones de endeudamiento concedidas*” (apartado 4), así como la relativa a actualizar el plan de tesorería sobre, entre otros extremos, a los “*e) Vencimientos mensuales de deuda a corto y largo plazo*”, al “*f) Calendario y cuantías de necesidades de endeudamiento*”, al “*i) Perfil de vencimientos de la deuda de los próximos diez años*”, así como sobre “*los pasivos contingentes, como son las garantías públicas otorgadas y préstamos morosos, que puedan incidir de manera significativa en los presupuestos.*” (apartado 5). Adicionalmente, dentro de las obligaciones anuales relativas a la remisión de información sobre los presupuestos anuales, se incluye específicamente la relativa a informar al Estado sobre la eventual necesidad de financiación, en el artículo 13.6 *in fine* al manifestar lo siguiente “*En todo caso se incluirá la información que permita relacionar el saldo resultante de los ingresos y gastos del presupuesto con la capacidad o necesidad de financiación, calculada conforme a las normas del Sistema Europeo de Cuentas.*”

Cabe finalmente indicar que estas obligaciones de información aplican a la totalidad de CCAA del Estado español, incluidos los territorios de la Comunidad Foral de Navarra y del País Vasco, por estar todas ellas dentro del ámbito subjetivo de aplicación del artículo 2.1 de la Orden de referencia, así como por estar expresamente previsto en su Disposición Adicional Única sin perjuicio de las especialidades que se pudieren acordar<sup>324</sup>. Todo cuanto denota la firme voluntad del legislador de que este régimen de intervención, a modo de control y a través del establecimiento de

---

<sup>324</sup> Estas especialidades deberán ser aprobadas por la Comisión Mixta del Concierto y la Comisión Coordinadora, respectivamente. La aplicación genérica de la Orden HAP/2105/2012 a los territorios de Navarra y País Vasco trae causa de lo previsto en la Disposición Final Tercera de la LOEPSF en donde se establece que las previsiones de la Ley Orgánica se aplicarán en los territorios de conformidad con la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, y de la Ley de Concierto Económico del País Vasco, respectivamente.

obligaciones de información, sea lo máximo común y homogéneo en el territorio del Estado.

### 1.3.3. Ámbito local: régimen autorizatorio

En alusión a CARPIO<sup>325</sup>, al amparo de la Carta Europea de la Autonomía Local de 15 de octubre de 1985, las EELL deben gozar de suficiencia y autonomía financiera. En particular, a tenor del artículo 9.1 y 8 de la Carta, las EELL tienen derecho “*a tener recursos propios suficientes de los cuales pueden disponer libremente en el ejercicio de sus competencias*” y que, en particular: “*Con el fin de financiar sus gastos de inversión, las Entidades locales deben tener acceso, de conformidad con la Ley, al mercado nacional de capitales.*”

Al igual que en el caso de las CCAA, en el ámbito de las EELL es la CE la que reconoce su autonomía local, estableciendo expresamente en su artículo 142 que “*Las Haciendas locales deberán disponer de los medios suficientes para el desempeño de las funciones que la ley atribuye a las Corporaciones respectivas y se nutrirán fundamentalmente de tributos propios y de participación en los del Estado y de las Comunidades Autónomas.*”

Cabe notar que este artículo habilita *ex ante* la posibilidad de los municipios de “*disponer de los medios suficientes*”, sin concretar tipologías de ingresos, de lo que se infiere que dicha habilitación incluye también la posibilidad de contraer crédito de parte de entidades financieras<sup>326</sup>. Luego, el artículo 135.2 de la CE dispone, en materia de estabilidad presupuestaria, que “*Las Entidades Locales deberán presentar equilibrio presupuestario*”.

La regulación constitucional establece un marco jurídico amplio y apriorístico, pero luego el verdadero desarrollo de la autonomía local en materia de operaciones

---

<sup>325</sup> CARPIO, Maximiliano. *El objetivo constitucional de la suficiencia financiera de los Ayuntamientos: situación y perspectiva*, Revista de Estudios Locales (Cunial), número extraordinario sobre “*La financiación de las Haciendas Locales*”, julio, 2000, pág. 13.

<sup>326</sup> IBAÑEZ CASADO, Julián y PÉREZ CHINARRO, Emilio, en *La financiación de las Haciendas Locales*, editorial Universidad de Valladolid, Serie: Economía, Núm. 27, 1ª edición, Salamanca, 1996, págs. 84 y 86; aluden a las dificultades históricas de las Administraciones Locales y a su “*escasez de recursos propios conjuntada con dificultades en la obtención de ajenos*”, así como a su condición de “*una institución afectada por una insuficiencia financiera constante.*”

financieras se halla regulada con detalle en los artículos 48 a 55 del TRLHL bajo la rúbrica “*Capítulo VII. Operaciones de crédito*”. A lo largo de estos artículos se prevé la posibilidad de que las EELL, sus organismos autónomos y los entes y sociedades mercantiles dependientes puedan concertar “*operaciones de crédito en todas sus modalidades, tanto a corto como a largo plazo, así como operaciones financieras de cobertura y gestión del riesgo del tipo de interés y del tipo de cambio.*” Dicho en sentido contrario, esta ley permite el endeudamiento de las EELL y su perímetro SEC a través de todos los tipos de contratos bancarios y financieros existentes en la actualidad<sup>327</sup>. A continuación se analizan estas tipologías y su régimen de intervención.

#### *A) Endeudamiento a corto plazo y excedentes de tesorería*

Las operaciones a corto plazo de las EELL están directamente relacionadas con la gestión de su propia tesorería. Así, desde un punto de vista conceptual, conforma la tesorería “*todos los recursos financieros, sean dinero, valores o créditos, de la entidad local, tanto por operaciones presupuestarias como extrapresupuestarias*” (artículo 194 del TRLHL). Y, desde un punto de vista finalista, corresponde a la tesorería de la entidad local: la recaudación de los derechos y “*pagar las obligaciones*”, centralizar todos los fondos y valores generados por las operaciones presupuestarias y extrapresupuestarias, “*distribuir en el tiempo las disponibilidades dinerarias para la puntual satisfacción de las obligaciones*”, responder de los avales y las demás que se deriven o relacionen con las anteriores (artículo 196 del TRLHL).

En esta tesitura, a través de la tesorería las EELL atenderán a todos sus compromisos de gastos, tanto si estos están previstos en el presupuesto de la entidad como si no. El hecho de servir como fuente de liquidez para el pago de sus obligaciones, permite que las operaciones financieras de crédito sean las más idóneas para la satisfacción de esta necesidad. Es cierto, sin embargo, que las EELL ya

---

<sup>327</sup> Por parte de RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Javier y GOMAR SÁNCHEZ, Juan Ignacio (coord.). *Hacienda y finanzas municipales. Ponencias presentadas en el XIV Programa Iberoamericano de Formación Municipal organizado por la Unión de Ciudades Capitales Iberoamericanas UCCI*, Monografías jurídicas, editorial Marcial Pons, 1ª edición, Madrid, 2001, págs. 34 a 35; consideran que la posibilidad de acceso al crédito, en todas sus modalidades, brindada por el legislador esta regulada bajo ciertos controles y autorizados “*lo cual implica un control sobre las Haciendas Locales que las coloca en una situación distinta a la de un particular que pretenda acudir a las operaciones de crédito como medio de financiación, por lo que se ha clasificado en una situación intermedia entre los recursos de Derecho público y privado.*”

disponen de recursos propios (*vid.* artículo 2 del TRLHL), y que conforme al artículo 9.3 de la Carta Europea de la Autonomía Local “*Una parte al menos de los recursos financieros de las Entidades locales debe provenir de ingresos patrimoniales y de tributos locales respecto de los que tengan la potestad de fijar la cuota o el tipo dentro de los límites de la Ley.*” Sin perjuicio de ello, puede suceder que, o bien estos recursos no lleguen en el momento en que deben llegar (serían supuestos de pago extemporáneo de tributos o de aportaciones del Estado), o que lleguen en un momento tardío, o que hipotéticamente nunca lleguen. En cualquier caso, las EELL están obligadas a atender sus obligaciones de pago, motivo por el que los contratos de crédito bancario se traducen como los que permiten la adquisición de una liquidez inmediata, siempre y cuando se cumplan los requisitos legalmente establecidos.

De hecho, así lo recoge el artículo 51 del TRLHL al prever que “*para atender necesidades transitorias de tesorería, las entidades locales podrán concertar operaciones de crédito a corto plazo, que no exceda de un año*”. Por lo tanto, dichas operaciones son claramente finalistas y de duración inferior a un año, sin que sea jurídicamente posible su prórroga tal y como apunta LÓPEZ LIZ<sup>328</sup>, al ser contrataciones que deben *strictu sensu* agotar su vigencia una vez cumplido su plazo de menos de un año. Además, es preciso que se cumpla esta condición, exigida por el mismo artículo: “*siempre que en su conjunto no superen el 30 por 100 de sus ingresos liquidados por operaciones corrientes en el ejercicio anterior*”. De modo que la ley limita, también, cuantitativamente el importe de dichas operaciones de crédito estableciendo una única excepción al respecto que es para cuando “*la operación haya de realizarse en el primer semestre del año sin que se haya producido la liquidación del presupuesto de tal ejercicio, en cuyo caso se tomará en consideración la liquidación del ejercicio anterior a este último.*”<sup>329</sup>

---

<sup>328</sup> LÓPEZ LIZ, José. *Los tipos de interés, una incógnita permanente. Estudio práctico jurídico-económico de su evolución última*, editorial Marcial Pons, 1ª edición, Madrid, 1996, pág. 33; en donde el autor, con un tono original y crítico y en alusión a un escenario de los años 90, afirma que ante la imposibilidad de las EELL de pagar a vencimiento su deuda a corto plazo “*no ha quedado otra solución que la ilegal renovación por otro año más, aunque siempre a un tipo de interés de mercado, o sea, muy alto*”.

<sup>329</sup> El artículo 52 de la anterior LHL; presentaba dos menciones diferentes: (i) aludía a que estas operaciones se podrían concertar “*con cualesquiera Entidades financieras*”, mención que no aparece en la redacción actual pero que cabe entender que es igualmente aplicable, y (ii) establecía

Formulada esta regulación, se habilitan las operaciones de crédito siempre y cuando sean: (i) para cubrir necesidades transitorias de tesorería, (ii) tengan una duración no superior a un año, y (iii) no superen el 30% de los ingresos de la entidad local liquidados en el ejercicio anterior; el TRLHL llama a las tipologías de contratos bancarios que caen dentro de este concepto *“a) Los anticipos que se perciban de entidades financieras, con o sin intermediación de los órganos de gestión recaudatoria, a cuenta de los productos recaudatorios de los impuestos devengados en cada ejercicio económico y liquidados a través de un padrón o matrícula. b) Los préstamos y créditos concedidos por entidades financieras para cubrir desfases transitorios de tesorería. c) Las emisiones de deuda por plazo no superior a un año.”*

Por ello, se reafirma que las operaciones de crédito bancario diseñados como anticipo de recaudación tributaria o subvenciones, préstamos a corto plazo y emisiones de deuda; son modalidades de financiación a corto plazo, *“entre otras”* según aclara el mismo artículo 51 del TRLHL<sup>330</sup>. Y, sin perjuicio de que todas ellas son modalidades válidas, en la práctica la relativa al anticipo de la recaudación esperada puede ser la modalidad que mejor sirve al desfase transitorio de tesorería que tenga la entidad local. Ello porque, aun habiendo presupuestado el importe de la recaudación esperada, hasta que los tributos correspondientes no hayan sido recaudados la entidad local no dispondrá de su importe, por lo que, aunque el presupuesto esté cuadrado con este ingreso y con los gastos que debe atender, en la práctica mientras no se ingresen estos conceptos tributarios la entidad local puede hallarse en una situación de insolvencia técnica aunque transitoria.

Para terminar este apartado, cabe hacer referencia al supuesto contrario al que se acaba de exponer, y es el relativo a que la entidad local disponga de excedentes de tesorería, esto es, saldos positivos en sus cuentas que no deba destinar directamente al pago de gastos. Tratándose de importes de dinero no sujetos al pago de ningún gasto en particular, y aunque puede tratarse de una situación transitoria (por ejemplo, hasta que no se produzca un determinado devengo del que la entidad local sea la deudora), el

---

un límite superior al actual al decir que *“siempre que en su conjunto no superen el 35 por 100 de sus ingresos liquidados por operaciones corrientes en el último ejercicio liquidado.”*

<sup>330</sup> Vid. nota a pie de página núm. 235, relativa al Informe 34/06 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

artículo 199.2 del TRLHL permite a las EELL rentabilizar dichos excedentes “mediante inversiones que reúnan las condiciones de liquidez y seguridad”. Desde la perspectiva de la contratación bancaria, este supuesto podría quedar cubierto a través del ingreso de estos excedentes en una cuenta bancaria a plazo y remunerada. Nótese, sin embargo, que aunque sea esto a lo que parezca referirse el legislador, la regulación trascrita alude a dos condicionantes habilitantes para invertir tales excedentes: la liquidez y la seguridad, condicionantes que no delimita tampoco. Por lo tanto, se trata de conceptos jurídicos indeterminados que en el caso concreto las EELL deberán determinar. *Prima facie* no puede haber mucha duda acerca del concepto de “liquidez” en la tesitura que se está comentado, toda vez que debería quedar referida a inversiones que sean líquidas, es decir, de las que se obtenga un líquido, dinero. Por tanto, el concepto de liquidez cabría entender que se refiere a que la inversión sea remunerada, debiéndose entender a través de un tipo de interés (fijo o variable). Y, el concepto de “seguridad” podría ser eventualmente un concepto más difícil de concretar en la práctica, pero visto desde la óptica del interés público que debería adoptar la entidad local, cabría concretarla como que la inversión no ponga en peligro la propia inversión, esto es, que las características de la inversión no minoren el importe inicial o lo lleguen a extinguir.

Tales conceptos jurídicos indeterminados, sin perjuicio de que puedan ser objeto de un estudio pormenorizado y contextualizado en ocasión de la existencia de excedentes de tesorería, podrían estar definidos de antemano en la normativa reguladora de los presupuestos anuales de la entidad local, especialmente en el documento de las Bases de Ejecución del presupuesto (*vid.* artículos 165.1 y 183 del TRLHL), caso en el que quedaría eliminado el margen de discrecionalidad apriorístico que podría entrañar la regulación del TRLHL y abundar en la seguridad jurídica de la propia entidad local<sup>331</sup>.

---

<sup>331</sup> En el Ayuntamiento de Almería, en la Base de Ejecución 45ª de los presupuestos para 2017 se prevé expresamente que los contratos que se suscriban a dicho fin se ajusten a los principios de igualdad, publicidad y concurrencia (consulta del día 15/06/17): <http://www.aytoalmeria.es/www/estatico/pdfs/Presupuesto2017/baseejecucion.pdf>

Y, en el Ayuntamiento de Ciudad Real, en la Base de Ejecución 48ª.3 de los presupuestos para 2016, se prevé la solicitud de ofertas a entidades financieras “con las que el Ayuntamiento tenga abierta cuenta operativa, con un máximo de diez entidades financieras. A la vista de las ofertas presentadas y en base a los criterios de mayor rentabilidad y seguridad, la Tesorería formulará la propuesta de

Además, en referencia a la regulación prevista en el artículo 180.2 de la anterior LHL, en informe del MINISTERIO DE HACIENDA<sup>332</sup> se manifestaban aspectos a mejorar de la regulación y se apuntaba expresamente que, por un lado, los Presupuestos de Tesorería *“van a definir y cuantificar cuales son los excedentes efectivamente disponibles y por tanto reantabilizables y deben igualmente fijar el stock mínimo de Tesorería que evite rupturas o retrasos de pagos”* y que, por otro lado, sobre las operaciones de rentabilización *“la Ley debería en todo caso fijar un límite consistente en la prohibición de operaciones especulativas.”* Aspectos que finalmente no fueron introducidos en el TRLHL al presentar una regulación idéntica a su predecesora en este punto, aunque resultan de indudable lógica y coherencia.

*B) Endeudamiento a largo plazo y avales. Tutela financiera*

Como ha apuntado ARAGONÉS<sup>333</sup>, las operaciones a largo plazo sólo pueden concertarse *“para dos finalidades concretas: la financiación de sus inversiones, y la sustitución total o parcial de operaciones preexistentes.”* La regulación sobre las operaciones de endeudamiento a largo plazo y avales a concertar por EELL es amplia, por lo que a continuación se explicarán los diversos supuestos regulados en las leyes y su régimen autorizadorio.

B.1) Para empezar, el artículo 53.1 del TRLHL establece los supuestos en los que no se podrán concertar sin autorización. Esta prohibición está basada en esta condición *“cuando de los estados financieros que reflejen la liquidación de los presupuestos, los resultados corrientes y los resultados de la actividad ordinaria del último ejercicio, se deduzca un ahorro neto negativo.”* Y, conforme al mismo precepto, se considera ahorro neto *“la diferencia entre los derechos liquidados por los capítulos uno a cinco, ambos inclusive, del estado de ingresos, y de las obligaciones*

---

*adjudicación que, previo informe de la Intervención, se aprobará por la Junta de Gobierno Local.”*  
(consulta del día 15/06/17):  
[http://www.ciudadreal.es/documentos/transparencia/presupuesto\\_definitivo\\_con\\_enmiendas\\_2017.pdf](http://www.ciudadreal.es/documentos/transparencia/presupuesto_definitivo_con_enmiendas_2017.pdf)

<sup>332</sup> MINISTERIO DE HACIENDA. *Informe para la reforma de la financiación de las Haciendas Locales*, Comisión para el estudio y propuesta de medidas para la reforma de la financiación de las Haciendas Locales, editado por Instituto de Estudios Fiscales, 1ª edición, Madrid, 2002, págs. 150 a 151.

<sup>333</sup> ARAGONÉS BELTRÁN, Emilio. *Ley comentada de las Haciendas Locales, concordada, jurisprudencia, consultas tributarias y doctrina*, editorial Deusto, 1ª edición, Barcelona, 2004, pág. 253.



*reconocidas por los capítulos uno, dos y cuatro del estado de gastos, minorada en el importe de una anualidad teórica de amortización de la operación proyectada y de cada uno de los préstamos y empréstitos propios y avalados a terceros dependientes de reembolso.”*

Ésta es la premisa de la que parte el artículo y, para estos casos, exige previa autorización *“de los órganos competentes del Ministerio de Hacienda o, en el caso de operaciones denominadas en euros que se realicen dentro del espacio territorial de los países pertenecientes a la Unión Europea y con entidades financieras residentes en alguno de dichos países, de la Comunidad Autónoma a que la entidad local pertenezca que tenga atribuida en su estatuto competencia en la materia.”* Esta autorización es previa y determinante de la posibilidad de poder concertar la operación.

El artículo 53.7 del TRLHL determina los aspectos que el órgano autorizante deberá de tener en cuenta: (i) el cumplimiento del principio de estabilidad presupuestaria, y (ii) la situación económica de la entidad local (a cuyo fin analizará la liquidación de los presupuestos, los resultados corrientes y los resultados de la actividad ordinaria del último ejercicio, además del remanente de tesorería, el estado de previsión de movimientos y situación de la deuda, el plazo de amortización de la operación, la futura rentabilidad económica de la inversión a realizar y *“las demás condiciones de todo tipo que conlleve el crédito a concertar o modificar.”*). De todo ello se desprende que la decisión autorizatoria deberá ceñirse a elementos de índole en gran medida reglada y que el margen de discrecionalidad del órgano autorizante quedará, aunque no eliminado, sí moderado en gran medida. Al final, el órgano autorizante deberá autorizar si ello es coherente con el análisis de toda esta información y en aras al cumplimiento del principio de estabilidad presupuestaria, por lo que no tendría amparo jurídico alguno emitir una autorización cuando del análisis de la información se desprenda un potencial incumplimiento de aquel principio.

Adicionalmente a lo anterior, en escenarios con ahorro neto negativo, el artículo 53.1 del TRLHL, exige que el Pleno de la entidad local apruebe un plan de saneamiento financiero, plan que deberá acompañar a la solicitud de autorización. Este plan, por lo tanto, es un documento necesario para que la tramitación de la autorización se pueda realizar, de modo que su no presentación conllevará la denegación de la autorización. Sin embargo, hay un supuesto en que el artículo 53.3 del TRLHL y no

exige la aportación de este plan a la solicitud de autorización cuando se trate de *“operaciones de crédito que tengan por finalidad la sustitución de operaciones de crédito a largo plazo concertadas con anterioridad, en la forma prevista por la Ley, con el fin de disminuir la carga financiera o el riesgo de dichas operaciones, respecto a las obligaciones derivadas de aquellas pendientes de vencimiento.”* Consiguientemente, se tratará de operaciones de índole novatoria respecto de operaciones anteriores y que persigan reducir el coste financiero de éstas. En buena lógica, el legislador ha decidido no exigir el plan de saneamiento, toda vez que al ser una operación que rebajará el coste a la entidad local no tendría razón de ser la aportación de un plan de saneamiento financiero cuyo objetivo es rebajar los costes *a futuro*, por lo que sería una exigencia redundante y por ello estrictamente innecesaria.

B.2) Además de lo anterior, que sería el régimen general autorizatorio para operaciones a largo plazo, cabe apuntar que el artículo 53.2 del TRLHL regula dos tipologías específicas del régimen autorizatorio. Por un lado, se refiere a los supuestos que *“el volumen total del capital vivo de las operaciones de crédito vigentes a corto y a largo plazo, incluida la operación proyectada, exceda del 110 por 100 de los ingresos corrientes liquidados o devengados en el ejercicio inmediatamente anterior o, en su defecto, en el precedente a este último cuando el cómputo haya de realizarse en el primer semestre del año y no se haya liquidado el presupuesto correspondiente a aquél según las cifras deducidas de los estados contables consolidados de las entidades citadas en el apartado 1 de este artículo.”* Por lo que, ya sea según el ratio de ahorro neto negativo, ya sea por el ratio de volumen total del capital vivo, estas operaciones precisarían previa autorización para su validez.

Sin embargo, el régimen del artículo 53.2 del TRLHL ha quedado superado por el régimen posterior al que se alude seguidamente. Y es que la Disposición Final 31ª de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de los presupuestos generales del Estado para 2013 modifica la Disposición Adicional Decimocuarta del Real Decreto-Ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público. En virtud de dicha modificación, cabe distinguir tres escenarios diferenciados. En primer lugar, la redacción vigente de la referida Disposición Adicional Decimocuarta establece un nuevo supuesto de hecho al fijar que las EELL *“que liquiden el ejercicio inmediato anterior con ahorro neto*

*positivo, calculado en la forma, calculado en la forma que establece el artículo 53 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, podrán concertar nuevas operaciones de crédito a largo plazo para la financiación de inversiones, cuando el volumen total del capital vivo no exceda del 75 por ciento de los ingresos corrientes liquidados o devengados según las cifras deducidas de los estados contables consolidados.”* Por lo que es un supuesto en el que no se exigirá autorización a la entidad local para concertar la operación de endeudamiento a largo plazo.

En segundo lugar, la Disposición Adicional Decimocuarta regula el supuesto en que el volumen de endeudamiento supere el 75% antes referido pero que no supere el establecido en el artículo 53.2 del TRLHL (que se fija en el 110 por ciento) *“podrán concertar operaciones de endeudamiento previa autorización del órgano competente que tenga atribuida la tutela financiera de las entidades locales.”* En este caso se introduce un nuevo supuesto sujeto a autorización toda vez en este caso la entidad local no tiene ahorro neto negativo. Sin embargo, atendiendo al volumen de endeudamiento, el legislador ha considerado oportuno sujetar a los que estén a más del 75% y a menos del 110% también a autorización.

Y, en tercer lugar, la referida Disposición Adicional Decimocuarta establece la siguiente regulación de la que cabe distinguir dos partes: *“Las entidades que presenten ahorro neto negativo o un volumen de endeudamiento vivo superior al recogido en el artículo 53 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, no podrán concertar operaciones de crédito a largo plazo.”*

Según se ha anticipado, se observa que la regulación es coincidente con la prevista en el artículo 53.1 del TRLHL en lo relativo al ahorro neto negativo, ya que ambas regulaciones prevén que en este caso la entidad local no podrá concertar ninguna operación de endeudamiento a largo plazo. Pero, de otro lado, cabe interpretar correctamente cuando la transcripción hecho indica que *“o un volumen de endeudamiento vivo superior al recogido al artículo 53”* y es que, como se ha comentado, el artículo 53.2 del TRLHL establece que si el volumen total del capital vivo excede del 110% de los ingresos corrientes liquidados o devengados en el ejercicio anterior se precisará autorización. Sin embargo, la Disposición Adicional

Decimocuarta viene a decir que si se excede este 110% “no podrán concertar operaciones de crédito a largo plazo”. Por ello, cabe afirmar que la Disposición Adicional Decimocuarta, como ley posterior, deroga lo previsto en el artículo 53.2 del TRLHL, como ley anterior.

Prueba de esta interpretación se halla en la Nota informativa del Ministerio de Hacienda de Hacienda y Administraciones Públicas en enero de 2016<sup>334</sup>, en donde se indica que existe imposibilidad de apelar al crédito a largo plazo, en todo caso, al “Tener un endeudamiento superior al 110% de los recursos corrientes, tanto en liquidación como en previsión de la operación proyectada, todo ello en términos de la DF 31ª de la Ley 17/2012.” En consecuencia, vista la dispersión normativa habida en materia de operaciones de endeudamiento a largo plazo para EELL se deberá de tener en cuenta y por supuesto, no sólo dicha normativa, sino también las posibles notas interpretativas que pueda dictar el Estado en la materia las cuales pueden contribuir a clarificar aquella normativa, notas que pueden ser de emisión anual y, por consiguiente, ser necesario atender a las que se dicten en cada ejercicio para una óptima interpretación y aplicación de la normativa.

B.3) Otro supuesto que precisará autorización previa y, en todo caso, emitida por el Ministerio de Hacienda es el previsto en el artículo 53.5 del TRLHL que alude a: (i) operaciones que se formalicen en el exterior o con entidades financieras no residentes en España, con independencia de la divisa utilizada, incluidas las cesiones a entidades financieras no residentes de las participaciones que ostenten entidades residentes en créditos otorgados a las entidades locales o su perímetro SEC; y (ii) operaciones que se instrumenten mediante emisiones de deuda o cualquier otra forma de apelación al crédito público. Al respecto del primer supuesto, el legislador precisa que no se consideran en el exterior cuando las operaciones se realicen dentro del espacio de la Unión Europea y con entidades financieras residentes en alguno de sus países;

---

<sup>334</sup> Se trata de la “Nota interpretativa sobre el régimen legal aplicable a las operaciones de endeudamiento a largo plazo a concertar por las entidades locales en el ejercicio 2016” dictada por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en enero de 2016, y accesible a través de la página web del Ministerio (consulta del día 15/06/17): <http://www.minhAFP.gob.es/Documentacion/Publico/DGCFEL/Endeudamiento/Nota%20Informativa%20Endeudamiento%202016.pdf> De momento no se ha publicado actualización para 2017.

estableciéndose para este caso la obligación de comunicación de la operación al Ministerio de Hacienda, pero se elimina la exigencia de autorización.

B.4) Existe otro supuesto autorizador en el artículo 20.2 de la LOEPSF para EELL y referida únicamente a aquellas que reúnan estos dos requisitos: (i) que hayan incumplido el objetivo de estabilidad presupuestaria o deuda pública de las Corporaciones Locales, y (ii) estén incluidas en el ámbito subjetivo de los artículos 111 y 135 del TRLHL. La consecuencia es que *“todas las operaciones de endeudamiento a largo plazo de la corporación local incumplidora, precisarán autorización del Estado o en su caso de la Comunidad Autónoma que tenga atribuida la tutela financiera.”* Nótese que la LOEPSF incide especialmente en la haciendas locales, como ha apuntado GALÁN<sup>335</sup>.

En cuanto al ámbito subjetivo, los artículos 111 y 135 del TRLHL son los que determinan el ámbito subjetivo de la cesión de recaudación de impuestos del Estado, quedando incluidas las EELL que sean capitales de provincia o de Comunidad Autónoma, y las que tengan población de derecho igual o superior a 75.000 habitantes (artículo 111), y las provincias y Comunidades Autónomas uniprovinciales (artículo 135). Por lo quedan excluidas de esta obligación todas las demás EELL fuera de este ámbito de aplicación, lo cual no deja de ser coherente toda vez que las EELL excluidas tampoco van a recibir ingresos de los tributos del Estado por lo que no sería coherente que el Estado ejerciera un control o intervención sobre los mismos.

B.5) Sobre la base de cuanto antecede, es oportuno hacer referencia al órgano autorizante titular de la tutela financiera de las EELL, al que se ha aludido para el régimen autorizador. Éste será por defecto el Ministerio de Hacienda, salvo en el caso de que en el Estatuto de Autonomía la respectiva Comunidad Autónoma haya asumido dicha competencia como propia. Por tanto, en caso de que esta competencia no haya

---

<sup>335</sup> GALÁN GALÁN, Alfredo (coord.). *Nous governs locals: regeneració política i estabilitat pressupostària*, editorial Generalitat de Catalunya, Institut d'Estudis de l'Autogovern, 1ª edición, Barcelona, 2016, pág. 202; en donde constata que (traducción del catalán): *“ha sido precisamente sobre aquel [nivel local] sobre el que se han ensayado con más intensidad las medidas contra la crisis económica, basadas en los planteamientos de la racionalización y la simplificación de estructuras, competencias y procedimientos, cosa que, como también se ha destacado, ha incrementado el debilitamiento de una posición ya históricamente poco consolidada en el conjunto del Estado autonómico.”*

sido recogida en estos términos en el Estatuto, la misma corresponderá al órgano estatal que es el Ministerio. En la actualidad, más de la mitad de las CCAA han asumido esta competencia de tutela financiera respecto de sus entidades locales e incluso alguna han dictado normas de desarrollo al respecto. Por ello, respecto del resto de CCAA que no lo han hecho, será el Ministerio de Hacienda el órgano competente para la emisión o denegación de las autorizaciones de endeudamiento reguladas en el artículo 53 del TRLHL<sup>336</sup>.

B.6) Por último, manifestar que todo cuanto ha sido explicado en este apartado es referido a EELL. Sin embargo, el artículo 54 del TRLHL se ocupa de las operaciones a largo plazo que tengan por conveniente realizar organismos autónomos, entes y sociedades mercantiles dependientes de aquellas entidades locales. En estos casos, tales operaciones también precisarán de autorización, pero la misma será emitida por el propio pleno de la entidad local con informe de su intervención. Se observa, por tanto, que en caso de sujetos distintos a la propia entidad local, pero que se hallen dentro del denominado “*sector público local*” también se hallan sujetos a un régimen de intervención pero más leve toda vez que la emisión de la misma depende del propio órgano tutelante, sin que deba recabarse de otro tipo de Administración Pública (como sucede en los demás supuestos analizados).

### *C) Endeudamiento a través de mecanismos adicionales de financiación*

Siguiendo la línea de lo explicado con anterioridad respecto de los mecanismos extraordinarios para CCAA previstos en el RDLFF, esta misma norma regula también mecanismos extraordinarios de financiación para EELL. En particular, el mecanismo

---

<sup>336</sup> De acuerdo con sus respectivos Estatutos de Autonomía, las CCAA que tienen asumida la tutela financiera de sus entidades locales son: Andalucía (art. 192.3), Asturias (art. 51.bis), Aragón (art. 114.1), Castilla y León (art. 54), Catalunya (art. 218.5), Comunidad Valenciana (art. 51.7), Galicia (art. 49.Uno), Navarra (Disposición Adicional 7ª Ley 28/1990, de 26 de diciembre, de convenio económico entre el Estado y la Comunidad Foral de Navarra), País Vasco (art. 48.Quinto Ley 12/2002, de 23 de mayo, de concierto económico en el País Vasco), y Rioja (art. 53.Uno). Consiguientemente, el Estado ostenta la tutela financiera de las CCAA restantes: Canarias, Cantabria, Castilla La Mancha, Extremadura, Islas Baleares, Comunidad de Madrid y Región de Murcia.

En cuanto a las normas de desarrollo, se refiere a efectos ejemplificativos la Orden ECF 138/2007, de 27 de abril, sobre procedimientos en materia de tutela financiera de los entes locales de Catalunya (consulta del día 15/06/17): [http://economia.gencat.cat/web/.content/70\\_corporacions\\_locals/arxius/Text-consolidat-de-lOrdre-ECF-138-2007.pdf](http://economia.gencat.cat/web/.content/70_corporacions_locals/arxius/Text-consolidat-de-lOrdre-ECF-138-2007.pdf)

extraordinario creado en virtud del RDLFF para EELL ha sido el Fondo de Financiación para Entidades Locales (como homólogo del FFCCAA), con dos compartimentos: (i) el Fondo de Ordenación y (ii) el Fondo de Impulso Económico (en adelante, FFELL). Ha sido dotado, desde 2014, anualmente y con cargo a los presupuestos generales del Estado<sup>337</sup>. También es creado como fondo sin personalidad jurídica y con carácter claramente finalista: “*garantizar la sostenibilidad financiera de los Municipios adheridos, mediante la atención de sus necesidades financieras*” (ex artículo 7.1 del RDLFF).

Al igual que se ha comentado respecto del FFCCAA, también en el FFEELL el ICO es el gestor de pagos y las condiciones aplicables a las operaciones de crédito que se concierten con cargo al FFEELL serán determinadas por acuerdo de la CDGAE. A efectos ejemplificativos, se hace referencia a los dos acuerdos de la CDGAE de 11 de junio de 2016 “*relativo a la distribución para 2016 de la financiación de los compartimentos fondo de ordenación y fondo de impulso económico, del fondo de financiación a entidades locales, y se determinan las condiciones de las operaciones de crédito*”; y de 8 de junio de 2016 “*relativo a la distribución para 2016 de la financiación del compartimento fondo de ordenación, del fondo de financiación a entidades locales, para determinadas necesidades financieras*”<sup>338</sup>. En virtud de los mismos se concretan los supuestos específicos y únicos a los que se podrá destinar el capital del fondo de ordenación para 2016, la documentación a aportar para formalizar las operaciones, la exigencia de que sean contratos de préstamo (por tanto, quedando

---

<sup>337</sup> En el momento de su creación, fue dotado con una aportación patrimonial de los presupuestos del Estado de 2015 de 1.000 millones de euros (Disposición Adicional Quinta.2 del RDLFF). En los presupuestos de 2016, fue dotado también con 1.000 millones de euros (Presupuestos de 2016, serie roja, Fondos Públicos, FFCCAA Presupuesto de Capital “Estado de Flujos de Efectivo”). Y, en el Proyecto de los presupuestos de 2017 ha sido dotado de nuevo con 1.000 millones de euros.

<sup>338</sup> El extracto del acuerdo de la CDGAE de 11 de febrero de 2016 se halla publicado por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, de 22 de febrero de 2016, accesible a través de la página web de dicho Ministerio (consulta del día 15/06/17): [http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/DGCFEL/PlanesDeAjuste/20160217%20Nota%20SGCAL-ACDGAE%20de%2011-02-16-Extracto%20para%20OVEL%20\(v2%2022-02-16\).pdf](http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/DGCFEL/PlanesDeAjuste/20160217%20Nota%20SGCAL-ACDGAE%20de%2011-02-16-Extracto%20para%20OVEL%20(v2%2022-02-16).pdf)

El extracto del acuerdo de la CDGAE de 8 de junio de 2016 se halla publicado por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, de 15 de junio de 2016, accesible a través de la página web de dicho Ministerio (consulta del día 15/06/17): <http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/DGCFEL/Fondos/Extracto%20ACDGAE%2008-06-16.pdf>

excluidos otros contratos bancarios) y las condiciones financieras de dichos préstamos (partes, tipo de interés y cálculo, interés de demora, régimen de amortizaciones).

En particular, el compartimento del fondo de ordenación fue concebido para entidades locales en *“situación de riesgo financiero”* según el artículo 39.1 del RDLFF, lo que incluye municipios con deuda viva a 31 de diciembre superior al 110% de los ingresos corrientes liquidados o devengados en aquella fecha, así como aquellos que *“no puedan refinanciar o novar sus operaciones de crédito en las condiciones de prudencia financiera que se fijen por Resolución de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera”*. Por lo que se trata de EELL efectivamente en situación de bloqueo financiero y sin disponibilidad de recursos para afrontar su nivel de deuda.

Una vez el Estado ha admitido la adhesión de la entidad local, la concertación de las concretas operaciones de crédito con cargo al fondo de ordenación *“no estarán sujetas al régimen de autorización establecido en el texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales y, en su caso, en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado.”* ex artículo 43.3 del RDLFF. Sin perjuicio de no precisar esta autorización, el legislador se ha asegurado que los fondos destinados sean totalmente finalistas, al indicar expresamente en el artículo 44 del RDLFF las condiciones financieras que deberán aceptar los municipios consistentes en: (i) tener que utilizar la liquidez obtenida *“para atender los vencimientos de las operaciones a las que se refiere este capítulo”*, finalidad que queda asegurada porque es el propio Estado el que se ocupara de realizar estos pagos: *“El Estado, en nombre y por cuenta del municipio, gestionará, con cargo al crédito concedido, el pago de los vencimientos de operaciones de préstamo a largo plazo de la Entidad Local, a través del Instituto de Crédito Oficial, como agente de pagos destinado al efecto”*; y (ii) las únicas nuevas operaciones financieras a largo plazo que podrán concertar las EELL serán *“para refinanciar o novar operaciones de crédito en condiciones de prudencia financiera”*, lo que significa que no se permitirán a estas EELL concertar operaciones nuevas sino sólo mejorar las condiciones de las operaciones existentes de modo que tales condiciones sean las de prudencia financiera, a las que se alude más expresamente y más adelante en este Capítulo.

Consiguientemente, el incumplimiento de este segundo punto (no del punto i ya que la entidad local en realidad no lo puede incumplir toda vez que su ejecución



práctica la realiza el propio Estado) provocaría la anulación de la operación por resultar contraria al ordenamiento jurídico a tenor del artículo 48.1 de la LPAC, por contravención de las condiciones establecidas en el RDLFF.

En cambio, el compartimento del fondo de impulso económico, está dirigido a EELL que hayan cumplido los objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública, que su plazo de pago a proveedores no supere los treinta días y que estén al corriente de sus obligaciones de suministro de información económico-financiera, según el artículo 50 del RDLFF. Por tanto, es la situación contraria a la de las EELL que pueden adherirse al fondo de ordenación. Precisamente y por las características de dichas EELL, el RDLFF no exige autorización alguna para concertar estas operaciones de endeudamiento, lo que queda a su vez confirmado en la Nota informativa del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas de enero de 2015, anteriormente citada, en cuanto expresa que (apartado 4 *in fine*) “*En relación con las Entidades Locales que se hayan adherido al Fondo de Impulso Económico no existe ninguna condicionalidad financiera y les serán de aplicación las reglas generales, en los términos contenidos en esta Nota.*”

Respecto del mismo fondo de impulso económico que desea hacer notar que su ámbito objetivo se refiere, por un lado, a “*inversiones financieramente sostenibles*” a cuyo respecto cubrirá los vencimientos del principal y sus intereses asociados y, por otro lado, a “*proyectos de inversión que se consideren relevantes o financieramente sostenibles en los términos que acuerde la comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos*”. En lo relativo a los proyectos de inversión queda patente que, sin perjuicio de que el RDLFF prevea la posibilidad, su concreción final y, por tanto, la propia posibilidad de acogerse a ello, se decidirá por la CDGAE. Nuevamente aquí se hace referencia al amplio margen de maniobra de la CDGAE, dentro de los límites de la legalidad en todo caso a pesar de ser un órgano claramente político, para tomar las decisiones que en cada momento se estimen más oportunas dentro de su ámbito de competencias.

Ambos compartimentos, del fondo de ordenación y el fondo de impulso económico, tienen en común que las operaciones a cuyo cargo se concierten tendrán limitado su precio. Así lo expresa el artículo 5 del RDLFF bajo la rúbrica de “*condiciones de prudencia financiera*” indicando que “*Las Comunidades Autónomas*

*y las Entidades Locales adheridas a alguno de los compartimentos de su correspondiente Fondo deberán someterse a las condiciones de prudencia financiera fijadas por Resolución de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera en los términos que se establezca para cada uno de los compartimentos de los Fondos.*” Sobre el régimen de prudencia financiera se hace referencia más adelante en este Capítulo.

#### *D) Aspectos comunes*

Llegados a este punto es oportuno referir extremos que aplican y deben cumplirse en todas las operaciones de financiación realizadas por EELL, de tipo procedimental.

D.1) A tenor del TRLHL, deberán cumplirse diversos requisitos. En primer lugar, según su artículo 50, la entidad local debe disponer *“del presupuesto aprobado para el ejercicio en curso, extremo que deberá ser justificado en el momento de suscribir el correspondiente contrato, póliza o documento mercantil en el que se soporte la operación, ante la entidad financiera correspondiente y ante el fedatario público que intervenga o formalice el documento”* Esta primera exigencia está directamente relacionada con el principio de legalidad, anteriormente explicado, en cuya virtud las Administraciones Públicas no pueden asumir gastos no previstos en sus presupuestos. Además, es importante destacar que el propio TRLHL tiene en consideración a las entidades financieras en esta punto, estableciendo a su favor, como derecho, la correlativa obligación de la entidad local de acreditar este extremo (también ante el notario autorizante, si lo hubiere). Consiguientemente, la no tenencia de un presupuesto aprobado puede ser motivo de anulación de la operación, sin perjuicio de que la entidad financiera no debería conceder la financiación por falta de seguridad jurídica y financiera<sup>339</sup>. Y es que, desde el punto de vista de la entidad financiera, considerando sus procedimientos internos de análisis de riesgos y validación de operaciones, la disponibilidad de esta confirmación de parte del cliente

---

<sup>339</sup> Ello sin perjuicio de que hubiere situación de prórroga del presupuesto en cuyo caso, a tenor del segundo párrafo del artículo 50 del TRLHL y como excepción, se permite la concertación de determinadas operaciones de tesorería, y de operaciones de crédito a largo plazo para la financiación de inversiones vinculadas a modificaciones de créditos extraordinarios y suplementos de créditos.

pública puede ser determinante para la aprobación de la autorización, a pesar de otros extremos que pueden ser tomados en consideración.

Un segundo requisito es el relativo a la exigencia del correspondiente informe de intervención, referido en el artículo 52.2 del TRLHL, por el que “*se analizará, especialmente, la capacidad de la entidad local para hacer frente, en el tiempo, a las obligaciones que de aquéllas se deriven para ésta.*” Se trata de un informe de carácter vinculante ya que, de ser negativo o desfavorable, la entidad local debería abstenerse de concertar la operación financiera toda vez que tal entidad no estaría en una situación financiera adecuada para asumir endeudamiento. Es un informe que debe ser aportado obligatoriamente en las solicitudes de autorización, al Estado o al órgano que ejerza la tutela financiera.

Aunque el TRLHL no lo diga expresamente, dicho informe también debería de ser acreditado ante la entidad financiera para tomarlo en consideración en el momento de validar la operación, toda vez que es un informe de contenido económico y financiero referido a la capacidad de repago de la entidad local. Dada su importancia para que la entidad financiera pueda decidir acerca de la aprobación o denegación de la financiación, se ha establecido posteriormente la obligación de aportar dicho informe a la entidad financiera en la Disposición Adicional Decimocuarta del Real Decreto-Ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público<sup>340</sup>.

Y el tercer requisito alude al órgano competente para la aprobación de la operación, que podrá ser el Alcalde o Presidente, o bien el Pleno, en función del importe de la concreta operación. Respecto del Alcalde o Presidente, podrá acordar

---

<sup>340</sup> Esta regulación fue introducida por la Disposición Final Trigésima primera de la Ley 17/2012, de 17 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2013. La regulación establece la obligación de aportar el informe en los siguientes términos: “*Las Entidades Locales pondrán a disposición de las entidades financieras que participen en sus procedimientos para la concertación de operaciones de crédito, el informe de la Intervención local regulado en el apartado 2 del artículo 52 del Texto Refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales, en el que se incluirán los cálculos que acrediten el cumplimiento de los límites citados en los párrafos anteriores y cualesquiera otros ajustes que afecten a la medición de la capacidad de pago, así como el cumplimiento, en los casos que resulte de aplicación, de la autorización preceptiva regulada en el artículo 53.2 de la citada norma y en el artículo 20 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, pudiendo las entidades financieras, en su caso, modificar o retirar sus ofertas, una vez conocido el contenido del informe.*”

operaciones a corto plazo “cuando el importe acumulado de las operaciones vivas de esta naturaleza, incluida la nueva operación, no supere el 15 por 100 de los recursos corrientes liquidados en el ejercicio anterior”, por lo que superándose este 15% el único órgano competente para su aprobación será el Pleno. Y, el Alcalde o Presidente podrá acordar operaciones a largo plazo “previstas en el presupuesto, cuyo importe acumulado, dentro de cada ejercicio económico, no supere el 10 por 100 de los recursos de carácter ordinario previstos en dicho presupuesto” por lo que, al igual que en el caso anterior, si la operación excede este porcentaje, únicamente el Pleno de la entidad local podrá acordar la aprobación<sup>341</sup>.

Nótese que la inobservancia de estos límites cuantitativos que establece el artículo 52.2 del TRLHL provocará que la operación aprobada esté viciada de nulidad. Al respecto, en cuanto a la causa de nulidad prevista en el artículo 47.1.b) de la LRJAP, que declara la nulidad de los actos dictados por “*órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio*”, se considera que la misma no gozaría de las notas de “*manifiesta*”, “*ostensible y grave*” según ha venido exigiendo el Tribunal Supremo<sup>342</sup>. Por este motivo, se estaría ante un vicio de anulabilidad que, además, podría ser objeto de convalidación conforme el artículo 52.3 de la LRJPAC en cuya virtud “*Si el vicio consistiera en incompetencia no determinante de nulidad, la convalidación podrá realizarse por el órgano competente cuando sea superior jerárquico del que dictó el acto viciado*”, produciendo efectos la convalidación desde su fecha del acto de convalidación por parte del Pleno. En buena lógica, la convalidación procedería respecto de acuerdos del Alcalde o Presidente, que son los que tienen limitados los máximos, y no respecto de acuerdos del Pleno, o Junta de Gobierno Local en su caso, que es soberano para la adaptación de todos los acuerdos en materia de endeudamiento municipal en virtud del principio general del Derecho

---

<sup>341</sup> La regulación anterior, contenida en el artículo 53 de la Ley LHL; partía de la premisa que todas las operaciones las debía de autorizar el Pleno y únicamente permitía al Alcalde aprobar operaciones de tesorería “*siempre que no superen el 5 por 100 de los ingresos liquidados por operaciones corrientes del último ejercicio liquidado y se de cuenta el Pleno en la primera sesión que éste celebre.*” Como se observa, también el límite de la operación es inferior el límite actual, y se establecía el deber de poner esta aprobación en conocimiento del Pleno en la primera siguiente sesión, previsión que no contiene el actual TRLHL.

<sup>342</sup> Entre otras: (i) STS de 27 de enero de 1993 (RJ 1993\420); (ii) STS de 28 de septiembre de 2000 (RJ 2000\9492); (iii) STS de 17 de octubre de 2001 (RJ 2002\5848) y (iv) STS de 24 de junio de 2004 (RJ 2004\4985).

por el que quien puede lo más puede también lo menos (*qui potest plus, potest minus y a maiori ad minus*).

Sin perjuicio de esta posibilidad de convalidación, cabe apuntar que la misma debería de ser ejercida en buena práctica de inmediato a la adaptación del acuerdo viciado. Ello porque, y considerando el plazo de prescripción de cuatro años de los vicios de anulabilidad<sup>343</sup>, si dicha convalidación se produjere al cabo de unos meses o años dentro de este límite de prescripción, en la práctica se podrían producir situaciones incongruentes o perjudiciales. Ello porque, considerando que la entidad financiera habría concedido la operación en base a la confianza legítima y apariencia de legalidad que le generó la documentación proporcionada por la entidad local, su luego esta manifestara (por eventos relacionados con un cambio de gobierno, por ejemplo) que el acuerdo de endeudamiento no fue adoptado por un órgano competente, ello en la práctica podría conllevar una primera disputa entre las partes y terminar en un posible litigio.

Llegados a este punto, podrían además producirse perjuicios de índole económica para la entidad financiera, en función de si la entidad local decidiera entonces no atender a los pagos de una operación que considerase nula, de lo que podría a su vez generarse un supuesto de responsabilidad patrimonial. Con esta reflexión se pretende significar que, aunque *a priori* y en base a la normativa, la convalidación podría ser una solución válida para corregir un error cometido en la fase de aprobación de operaciones de endeudamiento, es conveniente evitar dichos escenarios para el buen fin de la operación y la debida protección de los derechos de las partes, especialmente en este caso de la entidad financiera, a fin de evitar futuros litigios y males mayores que, llegado el caso, podrían suponer más coste para la propia entidad local incumplidora de la ley.

Por último, es coherente indicar aquí que, en el caso de operaciones a aprobar por el Pleno, el acuerdo deberá ser por mayoría absoluta “*cuando su importe supere el 10 por ciento de los recursos ordinarios de su presupuesto, así como las operaciones de crédito previstas en el artículo 158.5 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre,*

---

<sup>343</sup> Según artículo 1.301 del CC, por aplicación del artículo 25 de la LGP en coherencia con el artículo 194.3 del TRLHL.

*reguladora de las Haciendas Locales.*” Por tanto, superándose aquel importe del 10%, se requerirá mayoría absoluta del Pleno, según exige el artículo 47.2.1) de la LBRL. Consiguientemente, por debajo del 10%, la aprobación del Pleno será por mayoría simple por aplicación del régimen general previsto en el artículo 47.1 de la LBRL (según este precepto *“Existe mayoría simple cuando los votos afirmativo son más que los negativos.”*). Y, en cuanto a la facultad de que dispone el Alcalde o Presidente para aprobar operaciones de tesorería o a largo plazo según los casos comentados, cabe indicar que está expresamente prohibida la delegación de tal atribución. Una cuestión distinta es la de la delegación de firma, que el Alcalde puede delegar su firma para formalizar operaciones de crédito pero lo que no puede delegar es la competencia que le atribuye el TRLHL para concertar per se operaciones de crédito; siendo aquí importante la distinción entre lo que es concertar o acordar la operación, y lo que es formalizar la operación; *ex* artículo 21.b y 3 de la LBRL.

D.2) Otro aspecto a considerar es el relativo al régimen jurídico de las operaciones de endeudamiento. Tal y como se ha explicado a lo largo del Capítulo III de la tesis, las operaciones de financiación bancaria del sector público se hallan fuera del ámbito de aplicación del TRLCSP, motivo por el que resulta de aplicación a aquellas el Derecho privado. Es en esta línea que cabe considerar lo indicado en el artículo 52.1 del TRLHL en donde se indica que tanto la concertación como la modificación *“de toda clase de operaciones de crédito con entidades financieras de cualquier naturaleza cuya actividad esté sometida a normas de derecho privado, vinculadas a la gestión del presupuesto en la forma prevista en la sección 1ª del capítulo I del título VI de esta Ley”* están excluidas del ámbito del TRLCSP (téngase en cuenta que el TRLHL hace remisión a lo previsto en la norma que estaba vigente en el momento de promulgación de aquella). Nótese, por tanto, que en este punto el TRLHL quiere dejar claro que a la concertación y modificación de las operaciones de crédito previstas en el presupuesto no les resulta de aplicación la normativa de contratación pública.

Sin embargo, el mismo artículo 52.1 del TRLHL también aborda el supuesto de que *“no existan previsiones presupuestarias al efecto”* para cuyo caso hace remisión a los artículos 9.1 y 9.2 del TRLCAP que regulaba el régimen de los contratos privados y les atribuye su control a la jurisdicción civil. Esta remisión permite entender que el

legislador quiso que cuando sea necesario concertar o modificar operaciones de crédito pero las mismas no estén previstas en el presupuesto, la entidad local esté obligada a realizar un concurso público para realizar esta contratación, pero como contrato privado. Como se ha expuesto en el Capítulo III, esto significa que la preparación y adjudicación del contrato se regiría por la normativa de contratación pública, mientras que los efectos y extinción del mismo lo haría por la normativa privada. Éste sería el régimen jurídico aplicable al caso de que no hubiere previsión alguna y que aplicaría también en caso que no concurriera la excepción que prevé el propio artículo 52.1 del TRLHL al decir que *“salvo que se realice la oportuna adaptación del presupuesto o de sus bases de ejecución, como condición previa a la viabilidad de los compromisos adquiridos para suscribir la correspondiente operación de crédito.”*

Por tanto, este precepto incorpora un régimen jurídico mixto para los contratos de financiación del ámbito local, bajo la premisa de si dicha operación está o no incluida en el presupuesto anual de la entidad local. Esta regulación es a la vez exclusiva para el ámbito local, sin que exista equivalente normativo para los endeudamientos de los ámbitos estatal y autonómico. Y es que, en puridad, lo que hace el artículo 52.2 del TRLHL en este punto es establecer un régimen jurídico supletorio para el caso que la operación de crédito sea necesaria pero no esté presupuestada. Y esta regulación tenía su razón de ser durante la vigencia del TRLCAP ya que éste, en su artículo 3.1., excluía de su ámbito de aplicación, entre otros, a *“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 (...).”*

De modo que la normativa sobre contratación pública aplicable a la entrada en vigor del TRLHL (que fue el 10 de marzo de 2004<sup>344</sup>) establecía esta distinción entre las operaciones previstas en las normas presupuestarias. Es lógico, por tanto, que el TRLHL tuviere que abordar de alguna manera al régimen de las operaciones financieras no previstas en el presupuesto y, aplicando análogamente lo previsto en el

---

<sup>344</sup> Según Disposición Final Única del TRLHL que se remite al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, publicación que tuvo lugar en fecha 9 de marzo de 2004.

artículo 3.2 del TRLCAP (que es la llamada de la normativa de contratación pública al ámbito de los contratos excluidos de su ámbito de aplicación, tal y como se ha explicado anteriormente) la solución fue sujetar a las operaciones financieras no presupuestadas al régimen de licitación pública de los contratos privados.

Sin embargo, puede afirmarse que este régimen supletorio ya no está en vigor actualmente toda vez que el vigente TRLCSP ya no establece ningún tipo de distinción acerca de si las operaciones están o no presupuestadas (excluye a “*las operaciones relativas a la gestión financiera del Estado, así como las operaciones destinadas a la obtención de fondos o capital por los entes, organismos y entidades del sector público, así como los servicios prestados por el Banco de España y las operaciones de tesorería.*” en su artículo 4.1.1). Por ello, cabe entender que lo previsto en el segundo párrafo del artículo 52.1 del TRLHL se halla tácitamente derogado por la regulación del actual TRLCSP que, a su vez, es tributaria de lo previsto en la Directiva 2004/18/CE (artículo 16.d) que excluye de su ámbito de aplicación, entre otros, a “*las operaciones destinadas a la obtención de fondos o capital por los poderes adjudicadores.*”<sup>345</sup>

D.3) Finalmente, al igual que para las CCAA, también resulta de aplicación a las EELL el régimen de obligaciones de información previsto en la Orden HAP/2105/2012. De entrada cabe indicar que el régimen de control del Estado sobre las EELL parece más intenso al previsto para las CCAA<sup>346</sup>.

---

<sup>345</sup> La Directiva 2004/18/CE entró en vigor el día de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, que fue el 30 de abril de 2004 (artículo 83). Y su plazo máximo de transposición terminaba el 31 de enero de 2006 (artículo 80.1). Por lo tanto, a partir de esta fecha, dado que se produjo el efecto directo de la Directiva en el ordenamiento jurídico español, dejó de ser vinculante la previsión del artículo 52.2 del TRLHL a cuyo tenor las operaciones no previstas en el presupuesto debían ser objeto de licitación como contrato privado. Recuérdese que, en trasposición de la Directiva 2004/18/CE, se dictó la LCSP, aunque su entrada en vigor fue el 30 de abril de 2008 y, por tanto, con posterioridad al inicio del efecto directo de aquella Directiva.

<sup>346</sup> Cabe aquí recordar que, en la mayoría de las CCAA, éstas son las que ostentan la tutela financiera de las EELL de su territorio. En la medida que la Orden HAP/2105/2012 establece que la obligación de remisión es de parte de la entidad local a favor del Estado, la propia Orden aclara que “*El Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas facilitará a las Comunidades Autónomas que, de acuerdo con sus respectivos Estatutos de Autonomía, ejerzan la tutela financiera, el acceso a la información que éste recabe, de conformidad con la presente Orden, en relación a las Corporaciones Locales de su territorio.*”



Respecto de las obligaciones anuales, el artículo 15 de la Orden incluye (i) como información a proporcionar antes del 15 de septiembre de cada año, entre otras, la relativa a la “b) (...) *necesidad de financiación calculada conforme a normas del sistema europeo de cuentas*” (apartado 1); (ii) como información a proporcionar antes del 31 de enero de cada año, entre otras, la relativa a “a) (...) *las inversiones previstas realizar en ejercicio y en los tres siguientes, con su correspondiente propuesta de financiación*”, así como la “e) *información sobre los pasivos contingentes, como son las garantías públicas y préstamos morosos, que puedan incidir de manera significativa en los presupuestos de las Corporaciones Locales*” (apartado 3); (iii) como información a proporcionar antes del 31 de marzo de cada año, entre otras, la relativa a “c) *la situación a 31 de diciembre del ejercicio anterior de la deuda viva, incluidos los cuadros de amortización*”, así como “f) *Información relativa a la inversiones financieramente sostenibles ejecutadas en aplicación de lo previsto en la disposición adicional decimosexta del texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales*” (apartado 4).

Por otro lado, el régimen de las obligaciones de remisión de información de carácter trimestral está previsto en el artículo 16, a cuyo tenor se incluye la obligación de actualizar el plan de tesorería incluyendo, entre otras previsiones, “e) *vencimientos mensuales de deuda a corto y largo plazo*”, así como “f) *Calendario y cuantías de necesidades de endeudamiento*” (apartado 7).

Finalmente, la Orden HAP/2105/2012 establece una previsión específica para todas las operaciones financieras concertadas por las EELL como obligaciones no periódicas, a cuyo respecto establece su obligación de comunicarlas al Estado en el plazo máximo de un mes e incluyendo las condiciones y cuadro de amortización<sup>347</sup>. Esta obligación va más allá del régimen de información establecido a nivel

---

<sup>347</sup> Bajo la rúbrica “*Obligaciones no periódicas de suministro de información referidas a operaciones de préstamo y emisiones de deuda*”, el artículo 17 de la Orden HAP/2105/2012 dispone que “*En el plazo máximo de un mes desde que se suscriba, cancele o modifique, una operación de préstamo, crédito o emisiones de deuda, en todas sus modalidades, los avales y garantías prestados en cualquier clase de crédito, las operaciones de arrendamiento financiero, así como cualesquiera otras que afecten a la posición financiera futura, concertadas por las Corporaciones Locales o sus entidades dependientes incluidas en el ámbito subjetivo de esta Orden, se comunicará al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas las condiciones de la operación y su cuadro de amortización.*”

presupuestario, sino que sería una suerte de segundo nivel de control sobre el primer nivel, que sería todo lo incluido en la Orden de tipo presupuestario, toda vez que estas concretas operaciones financieras deberán de tener su respectivo reflejo presupuestario. Esta medida, pues, es de exclusiva aplicación a las EELL y no a las CCAA tal y como lo recoge la justificación de la Orden. Sin perjuicio de ello, sí que se debe manifestar que es una obligación que también ha sido recogida posteriormente en el régimen de prudencia financiera, en el que se exige también esta comunicación mensual de las operaciones al Estado, en los términos que se explicará seguidamente.

## **2. EL PRECIO Y EL PRINCIPIO DE PRUDENCIA FINANCIERA**

### **2.1. La prudencia financiera como mecanismo de la sostenibilidad financiera**

La actividad intervencionista del Estado sobre las CCAA y las EELL en materia de endeudamiento también tiene su manifestación en lo relativo a la fijación de las condiciones financieras y, por tanto y en definitiva, del precio de las operaciones de financiación bancaria. Sobre la base de ello se ha creado un nuevo régimen de precios al amparo del denominado “*principio de prudencia financiera*” (en adelante, principio de prudencia financiera o prudencia financiera), que ha sido también de nueva creación. Todo ello en el marco de la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, que ha sido objeto de estudio en el presente Capítulo IV.

En concreto, la prudencia financiera es una derivación del principio de sostenibilidad financiera y se introdujo por primera vez en el ordenamiento jurídico español a través del artículo 4.3 de la LOEPSF con esta nota de complementariedad respecto de aquel principio: “*Para el cumplimiento del principio de sostenibilidad financiera las operaciones financieras se someterán al principio de prudencia financiera.*”

En la LOEPSF no existe ninguna otra referencia a la prudencia financiera por lo que, para comprender su concepto y finalidad, del artículo transcrito sólo se puede concluir que la prudencia financiera será un mecanismo para hacer cumplir el principio de sostenibilidad financiera a los sujetos que están dentro del ámbito de aplicación de la LOEPSF, esto es, al sector Administraciones Públicas en términos SEC según previsto en el artículo 2 de la misma LOEPSF. Además, se hace notar que será un

mecanismo de carácter obligatorio habida cuenta que en su regulación se utiliza el tiempo imperativo al manifestar “*se someterán*”.

A partir de aquí no hubo más desarrollo legislativo de este principio hasta que se aprobó el RDLFF, al que se ha aludido anteriormente en ocasión de los Fondos de Financiación. Dicho RDLFF fue de 26 de diciembre de 2014 y la LOEPSF es del 27 de abril de 2012, por lo que se puede afirmar que el desarrollo a nivel legal del principio de prudencia financiera en el ordenamiento se produjo unos dos años y medio más tarde a la de su primera aparición en la LOEPSF.

Posteriormente, el Real Decreto-ley 21/2012, de 13 de julio, de medidas de liquidez de las Administraciones Públicas en el ámbito financiero<sup>348</sup>; prevé expresamente que las CCAA que se hayan adherido al mecanismo de liquidez, temporal y voluntario, creado en virtud del mismo, sus operaciones de endeudamiento deberán someterse a determinadas condiciones financieras y fiscales previstas en dicho Real Decreto-ley. En particular, su artículo 4 establece que “*La adhesión a este mecanismo conllevará la aceptación por la Comunidad Autónoma, así como por sus organismos o entes públicos que se clasifiquen dentro del sector Administraciones Públicas de acuerdo con la definición y delimitación del Sistema Europeo de Cuentas, de las siguientes condiciones financieras: 1. La Comunidad Autónoma se someterá a los principios de prudencia financiera que se fijen por Resolución de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera.*” Este mecanismo de carácter temporal y voluntario era el FLA, al que ya se ha aludido anteriormente.

Por lo que de la suma de ambas previsiones, la de la LOEPSF y del RDLFLA, se establece el principio de prudencia financiera con rango legal en el ordenamiento jurídico español. Además, se concreta que el desarrollo el mismo corresponde dictarlo a la SGTPF a través de Resolución, norma de carácter reglamentario por emanar de un órgano superior de la Administración estatal según apunta SANTAMARÍA PASTOR<sup>349</sup>.

---

<sup>348</sup> Se trata del RDLFLA, convalidado por Resolución de 19 de julio de 2012, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 21/2012, de 13 de julio, de medidas de liquidez de las Administraciones Públicas en el ámbito financiero. Publicada en el Boletín Oficial del Estado núm. 183, de 1 de agosto de 2012.

<sup>349</sup> SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General*, Volumen I, editorial Iustel, 2ª edición, Madrid, 2009, págs. 256.

## 2.2. Las Resoluciones de prudencia financiera

### 2.2.1. Evolución y modificación de las Resoluciones

Con carácter introductorio cabe advertir que dichas Resoluciones pueden ser emanadas por dos órganos administrativos distintos: o bien por la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera (del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad), o bien por la Secretaría General de Coordinación Autonómica y Local (del Ministerio de Hacienda y Función Pública). Cada una de ellas le corresponde la regulación de extremos diferentes, correspondiendo la regulación del precio de las operaciones financieras a la primera de ellas.

#### *A) Resolución de 23 de febrero de 2012*

La primera resolución en la materia es la Resolución de la SGTPF de 23 de febrero de 2012 *“por la que se define el principio de prudencia financiera aplicable a las operaciones de endeudamiento de las comunidades autónomas de régimen común y ciudades con estatuto de autonomía que se acojan a la línea de financiación directa ICO-CCAA 2012”* (en adelante, Resolución PF1)<sup>350</sup>

La misma se fundamentaba en un previo acuerdo de la CDGAE de 2 de febrero de 2012<sup>351</sup> en cuya virtud se instruía al Instituto de Crédito Oficial para la instrumentación de la línea de financiación directa ICO-CCAA 2012 y se autorizaba a cargar los costes de la línea en la partida presupuestaria o Fondo de Provisión regulado en el Real Decreto 12/1995, de 28 de diciembre. En concreto, se traba de una *“línea de financiación transitoria para Comunidades Autónomas y Ciudades con Estatuto de Autonomía que tengan que hacer frente a vencimientos de Deuda Financiera autonómica y obligaciones pendientes de pago con sus proveedores. Esta línea de financiación está sujeta al cumplimiento de determinadas condiciones de índole fiscal y financiero.”*

---

<sup>350</sup> Esta Resolución fue publicada en el Boletín Oficial del Estado núm. 48, de 25 de febrero de 2012.

<sup>351</sup> Era el Acuerdo de la CDGAE de 2 de febrero de 2012 cuyo texto nunca ha sido publicado, como tampoco un extracto del mismo (a diferencia de otros acuerdos CDGAE que sí han sido objeto de publicación a través de un extracto). En cualquier caso, debe mencionarse que las deliberaciones de la CDGAE son secretas, tal y como establece el artículo 6.5 de la LGO: *“Las deliberaciones de las Comisiones Delegadas del Gobierno serán secretas”* (al igual que también lo son las deliberaciones del Consejo de Ministros, ex artículo 5.3 de la LGO).

Por consiguiente, configuraba un nuevo mecanismo nuevo, finalista, temporal y condicionado en cuya virtud se permitiría a las CCAA y Ciudades con Estatuto de Autonomía atender sus obligaciones de pago con el sector financiero y con los proveedores. En contrapartida, las operaciones de endeudamiento que se concertaran a dicho fin estarían sujetas al principio de prudencia financiera que la SGTPF concretaría en base a que no autorizaría (i) *“una operación de endeudamiento financiero cuando considere que los costes de dicha operación o los términos en los que ésta se plantea pueden ser demasiado gravosos y poner en peligro la solvencia futura de la entidad solicitante o la de otras Comunidades Autónomas o Ciudades con Estatuto de Autonomía o de la Administración General del Estado.”* Este argumento se podría considerar la primera definición de prudencia financiera, y de carácter general (preámbulo).

Luego, la misma Resolución PF1 desarrolla dicho principio en relación con las operaciones de plazo igual o inferior a 12 meses a cuyo respecto prevé que (ii) *“en estas operaciones de tesorería, se concretará en que los costes y condiciones en las que se contraten o renueven las mismas sean similares o mejores a los de operaciones anteriores semejantes del mismo deudor o estén en línea con las de otros deudores de similar calificación crediticia. Asimismo, se velará por que la financiación a corto no suponga un porcentaje tan elevado respecto a la financiación total que ponga en peligro la viabilidad financiera de las Comunidades o Ciudades deudoras, más bien por su mayor coste, bien por incrementar de manera imprudente el riesgo de refinanciación.”* Y también añade expresamente la facultad de la SGTPF para denegar operaciones de tesorería que *“estén manifiestamente fuera de mercado o que supongan un incremento injustificado del coste o del riesgo para la entidad deudora y para el resto del sistema”* (apartado Cuarto).

Este principio también queda desarrollado en materia de derivados financieros que ya no se autorizarían aquellos que (iii) *“no tengan como fin específico la cobertura del riesgo cambiario o de tipo de interés”* (apartado Quinto), y también aplica a nuevas operaciones de endeudamiento, entendidas como aquellas que conlleven cualquier alteración de las condiciones existentes de operaciones anteriores con la limitación de que (iv) *“el plazo de amortización se podrá extender, pero no reducir, siempre que esta extensión se realice en las mismas condiciones que la*

*operación original, o que suponga un ahorro de costes con respecto a la operación original, manteniéndose las demás condiciones de la operación.”* (apartado Sexto).

Todo el conjunto de puntos analizados conformaron la primera definición del principio de prudencia financiera bajo el ordenamiento jurídico español, a lo que cabía añadir un régimen excepcional en cuya virtud, la propia SGTPF podría autorizar *“operaciones de endeudamiento que no se ajusten a una o varias condiciones de la presente Resolución”* (apartado Séptimo), y un régimen de obligaciones de información de las CCAA hacia la SGTPF a efectos de control (apartado Octavo).

A partir de esta primera Resolución y atendiendo a la evolución de las necesidades financieras de las CCAA, se han emitido ocho Resoluciones (cada una de ellas ha derogado expresamente a su precedente), siendo la octava la que se halla vigente a la fecha de presentación de la presente tesis. En virtud de las mismas, la SGTPF ha ido adaptando, a la vez que incrementando e intensificando, la regulación y desarrollo del principio de prudencia financiera. A continuación se identifican las diversas Resoluciones y los aspectos más determinantes y novedosos de las mismas. Por la extensión que requeriría, no se puede abordar en el presente trabajo un estudio exhaustivo de todas las Resoluciones y su regulación concreta, ante lo que se ha optado por estudiar con mayor detalle el régimen que contiene la última de ellas que es la vigente y aplicable en la actualidad.

Sin embargo, antes de entrar al análisis de las sucesivas Resoluciones es oportuno formular una observación. Y es que la Resolución PF1 es anterior a las previsiones de la LOEPSF y del RDLFLA, de lo que se desprendería que la primera regulación de la prudencia financiera no contaba con el respaldo de una norma de rango de ley. Ello permite afirmar que fue una primera manifestación de rango reglamentario al estar contenida en una resolución dictada por un órgano de la Administración del Estado.

Asimismo, tampoco se puede afirmar que la potestad de la SGTPF para dictarla procediera de una norma con rango de ley, pues como se ha indicado la primera mención a nivel legal fue en la LOEPSF, por lo que hasta que no se recogió en la LOEPSF, la SGTPF habría emanado unas directrices sin sujeción al principio de

legalidad que debe guiar la actuación de las Administraciones Públicas *ex* artículo 103 de la CE.

Además, la vigente SGTPF asumió las funciones de la anterior Dirección General del Tesoro y Política Financiera mediante el Real Decreto 672/2012, de 1 de agosto. En virtud de éste se establecía expresamente en su Artículo Segundo.Tres, como una de las competencias que la legislación vigente le atribuía a la SGTPF la siguiente “*g) La gestión del pasivo y de la tesorería del Fondo para la financiación de los pagos a proveedores, así como las funciones que sean atribuidas a la Secretaría General en relación con el endeudamiento de las comunidades autónomas, la aplicación a éstas de la normativa de estabilidad presupuestaria y la fijación del principio de prudencia financiera (...).*” Por consiguiente, y habiendo entrado en vigor dicho Real Decreto el 2 de agosto de 2014, se confirma que en el momento de dictar la Resolución de la SGTPF de 23 de febrero de 2012 no existiría habilitación legal al respecto, de modo que y aludiendo a CARNELUTTI<sup>352</sup>, en esta ocasión se ignoró que “*el Derecho es para la política un instrumento necesario*”.

#### *B) Resolución de 25 de septiembre de 2012*

Con medio de año de diferencia aproximadamente, se emite la segunda Resolución de la SGTPF de 25 de septiembre de 2012 “*por la que se define el principio de prudencia financiera aplicable a las operaciones de endeudamiento de las comunidades autónomas de régimen común y ciudades con estatuto de autonomía que se acojan a la línea de financiación directa ICO-CCAA 2012 y al Fondo de Liquidez Autonómico*” (en adelante, Resolución PF2).<sup>353</sup>

Según se desprende del título, esta Resolución ampliaba su ámbito de aplicación, además de las CCAA adheridas a la Línea ICO-CCAA 2012, también a las CCAA que se hubieren adherido al FLA. Ello a raíz del RDLFLA por el que se creaba el FLA, que entró en vigor el 15 de julio de 2012, y que también exigía la aplicación del principio de prudencia financiera a las CCAA que se adhirieran al FLA.

---

<sup>352</sup> CARNELUTTI, FRANCISCO en *Teoría General del Derecho*, traducción de CARLOS G. POSADA, editorial Revista de Derecho Privado, Serie C, Volumen XVII, Madrid, 1941, pág. 56 en donde, en el estudio de “*la función del Derecho*” el autor llega a la conclusión transcrita.

<sup>353</sup> Esta Resolución fue publicada en el Boletín Oficial del Estado núm. 243, de 9 de octubre de 2012.

Esta Resolución PF2 ya no habla de *“líneas de crédito”* sino de *“instrumentos de financiación a corto plazo”*, y tampoco de *“préstamos bancarios”* sino de *“préstamos a largo plazo”* (apartado Segundo). Y, en materia de precio, introduce por vez primera el concepto de *“coste total máximo de las operaciones de endeudamiento”* a la vez que lo acota, tanto conceptualmente como cuantitativamente al prever que *“incluyendo comisiones y otros gastos no podrá superar en 250 puntos básicos al rendimiento de la Deuda Pública del Estado al plazo equivalente”*. Fijando finalmente que el momento a considerar este coste total máximo será *“el día del desembolso o días previos, según las prácticas usuales de mercado”* (apartado Tercero).

También se ocupa de introducir una nueva y amplia regulación en materia de derivados permitidos y prohibidos, siendo destacable que permite la concertación de *“permutas, opciones y futuros de tipos de interés según las condiciones estándares del mercado”* por lo que no cuantifica su precio sino que se limita a los precios del mercado, aunque exige en todo caso la firma de un contrato estándar (apartado Cuarto); así como que la posibilidad de utilizar *“derivados financieros más complejos”* debía ser previamente autorizada por la SGTPF (apartado Cuarto.3). Además, introduce la posibilidad de efectuar operaciones de endeudamiento en divisa distinta al euro, para cuyos casos permitía cubrir el riesgo cambiario mediante un contrato de permuta financiera *“salvo que existiera una cobertura natural. El coste de dicha permuta financiera se incorporará al cálculo del coste total de la operación, que no podrá superar el límite fijado en el apartado tercero.”* (apartado Cuarto.2).

Finalmente, la Resolución PF2 introduce una nueva regulación sobre operaciones prohibidas, en donde incluye a los derivados implícitos, las comisiones en operaciones sindicadas o similares (salvo la comisión de agencia) y la de no disponibilidad, las ampliaciones de plazo cuando superen financieramente el coste de la operación original, y los costes adicionales por amortización anticipada voluntaria del deudor fuera de las fechas de revisión de tipo de interés (apartado Quinto). Y, además, prohíbe los *“costes adicionales por amortización anticipada voluntaria por el deudor fuera de las fechas de revisión del tipo de interés”*, de lo que se deduce que si estarán permitidos costes por amortización anticipada voluntaria en la misma fecha de revisión del tipo de interés, caso para el que la Resolución PF2 añade que *“el cálculo*



*de estos costes se realizará atendiendo a la práctica de mercado.*” Esta mención relativa a la práctica de mercado es clara toda vez que se remite a los precios, comisiones más bien, utilizados en la práctica financiera en caso de cancelación anticipada voluntaria. Sin embargo, como se verá posteriormente esta regulación aparece ligeramente modificada en las próximas Resoluciones, sin perjuicio de que es la opción normal, lógica y coherente como ya apuntaba PLEITE<sup>354</sup> antes de que existiera el principio de prudencia financiera.

En virtud de la Resolución PF2, la SGTPF, además de ampliar el ámbito de aplicación, realizó un mayor desarrollo del principio de prudencia financiera de carácter restrictivo, a la vez que clarificador, respecto de las prácticas financiera admitidas *versus* las prohibidas, cuantificando en todo caso el precio máximo de las operaciones de endeudamiento, dejando al margen a las operaciones de derivados permitidas.

#### *C) Resolución de 4 de marzo de 2013*

El año siguiente se aprobó la Resolución de la SGTPF de 4 de marzo de 2013 *“por la que se define el principio de prudencia financiera aplicable a las operaciones de endeudamiento de las comunidades autónomas de régimen común y ciudades con estatuto de autonomía que se acojan a la línea de financiación directa ICO-CCAA 2012 y al Fondo de Liquidez Autonómico”* (en adelante, Resolución PF3)<sup>355</sup>.

En puridad, se trata de una Resolución que innova en aspectos muy concretos y determinados respecto de su predecesora. En particular, cabe destacar cinco novedades. En primer lugar, establece una aclaración al decir que el cumplimiento de las condiciones de prudencia financiera contenidas en la Resolución *“no implica necesariamente la autorización de estas operaciones de endeudamiento”* por parte de la SGTPF, en relación con las operaciones de endeudamiento que precisen la

---

<sup>354</sup> PLEITE GUADAMILLAS, Francisco. *Los contratos de préstamo y crédito de las Administraciones Públicas. Especial referencia a Corporaciones Locales y Comunidades Autónomas*, Colección *Monografías Jurídicas*, editorial Marcial Pons, 1ª edición, Madrid, 1999, págs. 183 a 184; en donde afirmaba que el tipo diferencial o “spread” podía ser *“cualquier tipo de interés observable en un mercado regulado, bien ofertado por una entidad, bien una media de los ofertados por determinadas entidades expresadas en el contrato, o bien una media publicada en un mercado.”*

<sup>355</sup> Esta Resolución fue publicada en el Boletín Oficial del Estado núm. 55, de 5 de marzo de 2013.

autorización del artículo 14 de la LOFCA. Se considera que esta aclaración podría llegar a resultar innecesaria pero se estima oportuno, dada la novedad del contenido de las Resoluciones de prudencia financiera, que la SGTPF tuviera a bien puntualizar este aspecto en aras a evitar dificultades interpretativas. También, introduce un régimen de silencio positivo para operaciones de CCAA con instituciones multilaterales respecto de las que exige que sean comunicadas previamente a la SGTPF pero que se entenderán autorizadas *“salvo que en el plazo de cinco días hábiles”* la SGTPF manifestara lo contrario (apartado Segundo).

En segundo lugar, sigue manteniendo el concepto de *“coste total máximo de las operaciones de endeudamiento”* pero que el mismo *“no podrá superar los tipos fijos o los diferenciales máximos aplicables que publique mensualmente mediante Resolución la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera. Los costes máximos publicados permanecerán en vigor mientras no se publiquen nuevos costes.”* Ante lo que la Resolución PF3 incorpora un nuevo Anexo sobre *“Diferenciales máximos aplicables al mes de marzo de 2013 a efectos de cumplimiento del apartado tercero de la presente resolución”* en donde distingue, según la vida media de la operación (en meses) entre tipo fijo y diferenciales máximos sobre Euribor a 12, 6, 3 y 1 mes.

En tercer lugar, en materia de comisiones, permite el cobro de una comisión de no disponibilidad en pólizas de crédito limitándola a un 0,8% anual, en contra de lo previsto en la Resolución PF2 que la prohibía expresamente en todo caso. A su vez, sigue admitiendo la comisión de agencia con la novedad que la cuantifica a un máximo de 50.000 euros anuales y, finalmente, permite también el cobro de una comisión de apertura limitada a un 0,5% anualizado.

En cuarto lugar, en materia de amortización anticipada continúa con la regulación anterior, relativa a que prohíbe los costes en fechas distintas a las de revisión del tipo de interés pero, mientras que la Resolución PF2 se remitía a los precios resultantes de la práctica de mercado, la Resolución PF3 alude a que *“se permitirán costes de ruptura siempre que el cálculo de estos costes se realice atendiendo a la práctica de mercado”* (apartado Quinto, letra c). Introduce el concepto de *“costes de ruptura”* que en este caso debían ser entendidos como las comisiones por amortización anticipada, aunque es cierto que esta denominación es más propia de la terminología utilizada en materia de derivados financieros ante lo que,

eventualmente y de ser el caso, la regulación contenida en la Resolución PF3 no era la suficientemente precisa como para realizar este cálculo.

En último lugar, añade una nueva aclaración en ocasión de la creación del FLA. En particular el apartado octavo de la Resolución PF3 se afirma que *“las operaciones que el Instituto de Crédito Oficial formalice con las Comunidades Autónomas por instrucción de la Comisión Delegada del Gobierno de Asuntos Económicos no estarán sujetas a esta Resolución”*. Esta aclaración se estima procedente y necesaria toda vez que, por la creación del FLA, cabe distinguir dos escenarios de endeudamiento de las CCAA: (i) por un lado la operación de endeudamiento entre Comunidad Autónoma y el ICO, como agente de pagos (ex artículo 16 del RDLFLA), que será con cargo al propio FLA y que atenderá a *“los límites que se establezcan por Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos”* (ex artículo 14.1 del RDLFLA); y (ii) por otro lado, las demás operaciones de endeudamiento, no con el ICO sino con entidades financieras privadas, que las CCAA adheridas al FLA concierten, siendo que esta segundo tipología es la que está sujeta a las Resoluciones de prudencia financiera.

#### *D) Resolución de 12 de febrero de 2014*

Prácticamente con un año de diferencia, se aprobó la Resolución de la SGTPF de 12 de febrero de 2014 *“por la que se define el principio de prudencia financiera aplicable a las operaciones de endeudamiento de las comunidades autónomas de régimen común y ciudades con estatuto de autonomía que se acojan a la línea de financiación directa ICO-CCAA 2012 y al Fondo de Liquidez Autonómico”* (en adelante, Resolución PF4)<sup>356</sup>

En la medida que se seguían manteniendo los dos mecanismos para CCAA, la Resolución PF4 introduce tres novedades que afectan al precio en el apartado Tercero, y dos sobre operaciones prohibidas en el apartado Quinto. Respecto del precio, sigue manteniendo la actualización de los diferenciales por Anexo a la vez que introduce la novedad del momento exacto en que deberá cuantificarse el coste total máximo estableciéndolo *“en el momento de la firma de los documentos que obliguen a las*

---

<sup>356</sup> Esta Resolución fue publicada en el Boletín Oficial del Estado núm. 42, de 18 de febrero de 2014.

*partes y siempre y cuando la disposición de los fondos por parte del prestatario pueda efectuarse sin restricción alguna.*” Esta regulación entrañaba una dificultad interpretativa en cuanto a determinar cuáles eran los “*documentos que obliguen a las partes*” toda vez que, en puridad, este documento sería uno solo concretado en el propio contrato bancario (de línea de crédito o de préstamo) que se hubiere formalizado. Sin embargo, la expresión en plural de “*documentos*” permite pensar que éstos podrían ser tanto, por un lado, el de oferta de la entidad financiera, como el de aceptación de la Comunidad Autónoma.

Por tanto, bajo esta interpretación y a la luz de la redacción indicada “*el momento de la firma de los documentos que obliguen a las partes*” sería el momento en que la Comunidad Autónoma hubiese aceptado la oferta de la entidad financiera y, por ello, sería un momento anterior al de la formalización de la propia operación de endeudamiento. Ésta técnica parecería que actúa en beneficio de la Comunidad Autónoma habida cuenta de que la entidad financiera fijaría el coste total máximo de la operación al formular su oferta, y luego hasta que la Comunidad Autónoma hubiese valorado todas las ofertas y aceptado una en concreto podrían pasar días, semanas o incluso meses. Con el transcurso de estos plazos podría ser eventualmente posible que hubiese aparecido una nueva Resolución de prudencia financiera con diferenciales nuevo, y en este escenario según la redacción ofrecida por la Resolución PF4 no sería posible modificar el precio fijado inicialmente por la entidad financiera en su oferta.

Este sistema, consistente en fijar el precio en el momento de aceptación de la oferta por parte de la Comunidad Autónoma podía ir claramente en contra de los intereses comerciales de la entidad financiera. En realidad y según la dinámica habida en materia de diferenciales de prudencia financiera que siempre han ido a la baja en los diversos Anexos publicados, la entidad financiera habría padecido la siguiente problemática: (i) por un lado, el sostenimiento de una oferta de precio cuando en la legalidad vigente del momento de la formalización de la operación de endeudamiento el diferencial máximo habría podido variar a la baja, en cuyo caso la aceptación de la Comunidad Autónoma obligaría a rebajar dicho diferencial hasta el máximo permitido ya que lo contrario sería considerado una contravención del ordenamiento jurídico aplicable. Esta rebaja sería una circunstancia no autorizada por la entidad financiera, lo que obligaría a ésta a reconsiderar la oferta nuevamente con la posibilidad que los

órganos internos competentes denegasen la operación en cuyo caso, aún existiendo una rebaja de la Comunidad Autónoma que actuaría como su aceptación de la oferta, en la práctica podía provocar la frustración de la propia operación de endeudamiento en caso de no existir consenso definitivo entre la oferta y la demanda. Y (ii) por otro lado, la posibilidad que, en atención al transcurso de tiempo habido entre la emisión de la oferta de la entidad financiera y la aceptación final por parte de la Comunidad Autónoma hubiera transcurrido un período superior al de validez de la oferta de la entidad financiera (según las prácticas bancarias usuales, de entre dos y tres meses), lo que obligaría a dicha entidad financiera a decidir acerca de la renovación o prórroga de dicha oferta.

Por tanto, el régimen de determinación del momento de fijación del precio se puede considerar como régimen perverso y perjudicial para la seguridad jurídica habida cuenta que podía conllevar la alteración de las reglas más elementales de contratación y de confluencia entre oferta y demanda, además de perjudicar la práctica financiera habitual por conllevar situaciones de apariencia de contratación. Lo que, en palabras de Díez-PICAZO<sup>357</sup>, constituiría un *“indebido instrumento de presión”* que es precisamente lo que no es la seguridad jurídica. El mismo autor aclara que el principio de seguridad jurídica se basa en la *“seguridad-confianza”* y, por ello, *“las normas y los ordenamientos jurídicos serán utilizados de acuerdo con las finalidades previstas en ellos, y que en ningún caso podría ponerse en marcha el ordenamiento para amparar, prohibir o tiranizar los destinatarios de tales normas.”*

Además de ello, nótese que en la fijación del precio, la Resolución PF4 añade la condición de *“y siempre y cuando la disposición de los fondos por parte del prestatario pueda efectuarse sin restricción alguna”*, puntualización que afecta a los préstamos por disposiciones. Esto es, en casos en que se hubiese pactado que la disposición del dinero depositado en la cuenta del prestatario se realizará en atención al acaecimiento o cumplimiento de determinados hitos, en tales casos no habrá una completa disposición de los fondos. Para estos casos parece que la SGTPF habría ideado un sistema según el cual el tipo de interés aplicable sería el vigente en el

---

<sup>357</sup> Díez-PICAZO, Luis. *La seguridad jurídica y otros ensayos*, Colección Cuadernos Civitas, editorial Civitas Thomson Reuters, 1ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2014, págs. 15 a 16.

momento de realizar la disposición, lo que significa que aplicaría el tipo de referencia y diferencial correspondiente y vigente a la fecha de la disposición.

Ello habría provocado que *ab initio* únicamente se habría pactado el tipo de interés de la primera disposición, y establecido que los siguientes se determinarían en función del que estuviera vigente en el momento de realizarlas. Esta previsión es totalmente garantista de los intereses de las CCAA pero genera inseguridad jurídica y financiera para la entidad financiera que no sabría a qué atenderse *a futuro*. Considerando, además, que la tendencia evolutiva de los diferenciales de prudencia financiera ha sido de carácter descendente, dicha inseguridad habría podido ir acompañado de pérdidas económicas por la más que probable rebaja sufrida en los diferenciales aplicables a las siguientes disposiciones de los contratos de préstamo por disposiciones para CCAA.

También, en materia de precio la Resolución PF4 rebaja el diferencial de incremento del coste de financiación del Estado en plazos similares, fijándolo en 150 puntos básicos en días previos a la publicación, respecto de la Resolución PF2 y la Resolución PF3 que lo fijaron en 250 puntos básicos. Y en materia de precio, la Resolución PF4 elimina la posibilidad de aplicar una comisión de apertura.

Por otra parte, la Resolución PF4 amplía la enumeración de operaciones de endeudamiento prohibidas siendo la ratio de su tipificación la intención de la SGTPE de no incrementar deuda. Por un lado, se introducen supuestos de subrogación de las CCAA en deuda de sus entes y organismos, distinguiéndose entre si la deuda contaba con garantía de la Comunidad Autónoma. Para el caso de las deudas previamente garantizadas, la Resolución PF4 las prohíbe cuando *“dicha subrogación suponga un incremento del coste de la operación preexistente”*.

Y para las deudas no garantizadas o que no tengan naturaleza financiera, las prohíbe si su coste *“se encuentre por encima del coste del endeudamiento a plazo equivalente que tenía la Comunidad Autónoma en la fecha en que se cerró la operación original. También quedará prohibido el establecimiento de comisiones de asunción o subrogación en estas operaciones.”* Se observa que en uno u otro caso se debería considerar el máximo endeudamiento al que se alude que es el de la operación original. En tales circunstancias, cabe hacer notar que los diferenciales de prudencia

financiera del momento de hacer la subrogación podrían ser eventualmente inferiores al precio de la operación original o su coste del endeudamiento a plazo equivalente, en cuyos casos la SGTPF estaba autorizando de antemano endeudamientos superiores a los de la Resolución de prudencia financiera aplicable con Anexo actualizado. Por ello, es oportuno hacer notar que estos supuestos de subrogación podían permitir en la práctica subrogaciones a precios por encima de los diferenciales máximos de prudencia financiera, pero no por ellos se podía afirmar que fuesen precios contrarios a prudencia financiera, sino del todo coherentes y respetuosos con dicho principio al ser precios expresamente previstos y permitidos por la Resolución PF4.

Siguiendo con el régimen de prohibiciones, la Resolución PF4 continúa con la línea establecida en la Resolución PF1 (apartado Sexto) limitando las posibilidades de modificación de las operaciones y su coste. En virtud de aquella se considera prohibida *“cualquier modificación de un contrato previo de la propia Comunidad Autónoma o de sus entidades públicas en la que el coste resultante de la operación supere financieramente el coste de la operación preexistente.”* De esta mención se extraería que estarían permitidas todas las modificaciones que no aumentaran el coste de la operación original. Sin embargo, esta primera interpretación decae con la frase añadida que contiene la Resolución PF4 en este punto (apartado Quinto, letra e) al decir que *“En cualquier caso, el coste financiero máximo será el establecido en el punto tercero de esta Resolución.”*

En puridad, esta segunda frase deja sin efectos la anterior en la medida que al indicar *“en cualquier caso”* parece aludir a que se añade la misma para disipar cualquier duda y, por tanto, aplicable a todas las modificaciones de operaciones de endeudamiento. Aplicada estrictamente esta frase significa que estarían también prohibidas todas las rebajas de precio, respecto del precio contenido en la operación original, cuyo precio resultante estuviera por encima del precio definido en el apartado Tercero de la Resolución PF4.

Por lo tanto, la voluntad de la SGTPF era la de provocar que, ante la intención de las partes de rebajar el precio de la operación original, dicho precio tuviera que ser *“en cualquier caso”* el precio de prudencia financiera del momento de la modificación.

Consiguientemente, esta prohibición eliminaba toda posibilidad de negociación del precio entre las partes y con ello la autonomía de la voluntad contractual en este punto, a la vez que imponía un determinado precio en caso de modificación. Esta previsión, que pervive en la vigente Resolución de prudencia financiera es la que se considera un repudio encubierto de intereses, según se ha explicado anteriormente en el apartado 3.3.3. del Capítulo IV.

Y otra nueva prohibición de la Resolución PF4 es aquella en la que el Euribor utilizado no coincide con el periodo de liquidación de intereses, lo cual permitiría entender que ambos Euribor deben ser referido al mismo intervalo de tiempo. Sin embargo, la operación no estará prohibida *“salvo que se recoja en el contrato el ajuste de mercado del margen entre la referencia utilizada y la adecuada al periodo de liquidación de intereses”*, ante lo que cabría afirmar que la propia Resolución PF4 aporta una solución a este supuesto. Sin embargo, dicha Resolución no concreta ni explica la manera de calcular el ajuste de mercado al que alude, ante lo que la falta de concreción de esta regulación podría haber generado inseguridad en la práctica. Por todo lo que, al final, puede haber sido un supuesto habilitante que no ha podido ser aplicado en la práctica y, por consiguiente, lo que habría conseguido la Resolución PF4 respecto de este punto sería la prohibición de nuevas operaciones de endeudamiento con Euribor distinto al del periodo de liquidación de intereses.

#### *E) Resolución de 5 de septiembre de 2014*

En el mismo año, apareció más tarde la Resolución de la SGTPF de 5 de septiembre de 2014 *“por la que se define el principio de prudencia financiera aplicable a las operaciones de endeudamiento de las comunidades autónomas de régimen común y ciudades con estatuto de autonomía que se acojan al Fondo de Liquidez Autonómico”* (en adelante, Resolución PF5).<sup>358</sup>

A diferencia de todas sus predecesoras, la Resolución PF5 ya no alude a la línea de financiación ICO-CCAA 2012, por lo que únicamente menciona al FLA como

---

<sup>358</sup> Esta Resolución fue publicada en el Boletín Oficial del Estado núm. 220, de 10 de septiembre de 2014.



motivo de sujeción a dicha Resolución PF5 y así lo expresa en la regulación de su ámbito subjetivo (apartado Primero).

En materia de precio, la Resolución PF5 incorpora dos novedades. Por un lado, fija en 75 puntos básicos el referencial sobre el coste de financiación del Estado que tiene en cuenta para la determinación de los diferenciales de su Anexo. Y sigue manteniendo el momento de la firma de los documentos que obliguen a las partes, como momento de la fijación del coste total máximo. Por otro lado, cuantifica por primera vez a los intereses de demora manifestando que *“no podrán superar el tipo de interés de la operación más un recargo del 2% anual”* (apartado Tercero).

En materia de prohibiciones se introducían dos nuevos supuestos. Por un lado, aunque mantenía la prohibición de los derivados implícitos introducía la siguiente excepción *“las operaciones de financiación a tipo fijo construidas a partir de una financiación a tipo de interés variable y una permuta de tipo de interés variable-fijo implícita, estarán permitidas si respetan el resto de condiciones establecidas en la presente Resolución.”* (apartado Quinto, letra a).

De ello se podría extraer la voluntad de la SGTPF de acomodar también la prudencia financiera a la realidad del mercado, considerando que la operación excepcionada puede ser frecuente en la práctica financiera y bancaria. Por otro lado, se prohibía las operaciones que *“no prevean la posibilidad de amortización anticipada por parte del deudor”* (apartado Quinto, letra g) y establecía expresamente que las operaciones a tipo variable no podían incluir costes de ruptura. Sin embargo, para las operaciones a tipo fijo permitía incluir costes de ruptura a favor de una o de cualquiera de las partes añadiendo que *“dichos costes de ruptura deberán reflejar exclusivamente el perjuicio económico de la cancelación de la operación debido al cambio en las condiciones de los swaps de tipos de interés desde la fijación en el momento de la formalización o desembolso del préstamo hasta el momento de la amortización del préstamo, sin incorporar la prima de riesgo de la operación por el plazo que quedara desde la fecha de la amortización anticipada hasta la fecha de la amortización prevista en el contrato inicialmente.”*

A diferencia de lo que sucede para el supuesto de costes de ruptura para amortización anticipada por voluntad del deudor (apartado Quinto, letra f), aquí la Resolución se ocupa de acotar el cálculo de los costes de ruptura lo que contribuye en beneficio de la mayor seguridad financiera de las partes contratantes.

*F) Resolución de 5 de febrero de 2015*

La siguiente Resolución de prudencia financiera contiene una novedad de alta relevancia y es la inclusión de las EELL a su ámbito de aplicación, además de las CCAA que habían sido los sujetos originalmente incluidos. La sumisión de las operaciones de endeudamiento de las EELL al principio de prudencia financiera deriva de la introducción del mismo al nuevo artículo 48 bis del TRLHL por parte del RDLFF<sup>359</sup>.

Se trata de la Resolución de la SGTPF de 5 de febrero de 2015 *“por la que se define el principio de prudencia financiera aplicable a las operaciones de*

---

<sup>359</sup> Este nuevo artículo fue introducido por la Disposición Final Primera del RDLFF y su literal es el siguiente:

*“1. Todas las operaciones financieras que suscriban las Corporaciones Locales están sujetas al principio de prudencia financiera. Se entiende por prudencia financiera el conjunto de condiciones que deben cumplir las operaciones financieras para minimizar su riesgo y coste.*

*2. Se consideran financieras todas aquellas operaciones que tengan por objeto los instrumentos siguientes:*

*a) Activos financieros. Están incluidos en este concepto los instrumentos de capital o de patrimonio neto de otras entidades, los derechos a recibir efectivo u otro activo financiero de un tercero o de intercambiar con un tercero activos o pasivos financieros en condiciones potencialmente favorables.*

*b) Pasivos financieros. Están incluidos en este concepto deudas representadas en valores, operaciones de crédito, operaciones de derivados y cualquier otra obligación exigible e incondicional de entregar efectivo u otro activo financiero a un tercero o de intercambiar con un tercero activos o pasivos financieros en condiciones desfavorables.*

*c) La concesión de avales, reavales u otra clase de garantías públicas o medidas de apoyo extrapresupuestario.*

*3. Las condiciones que deben cumplir las operaciones financieras previstas en la letra b) del apartado anterior se establecerán por Resolución de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera, y las de las letras a) y c) anteriores por Resolución de la Secretaría General de Coordinación Autonómica y Local.*

*4. Las Corporaciones Locales velarán por la aplicación del principio de prudencia financiera en el conjunto de su sector público.*

*5. Precisaré autorización del órgano competente de la Administración Pública que tenga atribuida la tutela financiera de las Entidades Locales la formalización de las operaciones a las que se refiere la letra c) del apartado 2 de este artículo, cuando no se ajusten a las condiciones del principio de prudencia financiera.”*

*endeudamiento y derivados de las entidades locales, y de las comunidades autónomas que se acojan al Fondo de Financiación a Comunidades Autónomas*” (en adelante, Resolución PF6)<sup>360</sup>. Ya en su ámbito de aplicación deja claro que dicha Resolución tiene un doble ámbito de aplicación: (i) *“las comunidades autónomas que se adhieran al Fondo de Financiación a Comunidades Autónomas de acuerdo con el Real Decreto-ley 17/2014”* y (ii) añade *“así como todas las entidades locales”*; en ambos casos haciendo remisión a la normativa SEC determinar el ámbito completo de aplicación (apartado Primero). Ello significa que el régimen de prudencia financiera que aglutina la Resolución PF6 y que se ha creado progresivamente con las diversas Resoluciones de la SGTPE, este régimen pasará a ser aplicable también a las EELL a partir de este momento sin que se incluyan excepciones al respecto.

En cuanto al ámbito subjetivo, la Resolución PF6 añadió una quinta categoría que fue el *“arrendamiento financiero”* (apartado Segundo.1, letra e), sin perjuicio de prever que *“Además, las comunidades autónomas y entidades locales podrán emplear otros instrumentos que autorice expresamente la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera siempre y cuando se ajusten a las condiciones de la presente Resolución.”* (apartado Segundo.1, *in fine*).

En materia de precio, la Resolución PF5 sigue manteniendo el concepto del coste total máximo de las operaciones de endeudamiento, pero en esta ocasión varió nuevamente el diferencial a añadir al coste de financiación del Estado. A diferencia de sus predecesoras, que fijaban este diferencial (aunque con tendencia a la baja), la Resolución PF6 establecía diferenciales concretos para CCAA y EELL en función de su adhesión o no al FFCAA y al FFEELL, de lo que surgían diversos diferenciales aplicables que caso por caso debían ser considerados para escoger el correcto. Estos diferenciales se detallaban en el apartado Tercero.2<sup>361</sup>, a la vez que el Anexo que

---

<sup>360</sup> Esta Resolución fue publicada en el Boletín Oficial del Estado núm. 33, de 7 de febrero de 2015.

<sup>361</sup> Dichos diferenciales máximos son: (i) Para CCAA adheridas al FFCAA: 20 puntos básicos, para operaciones cuyos vencimientos quedan cubiertos para el fondo; y 30 puntos básicos, para operaciones cuyos vencimientos no quedan cubiertos. (ii) Para EELL adheridas al FFEELL: 20 puntos básicos para operaciones cuyos vencimientos quedan cubiertos por el FFEELL (Fondo Ordenación o Fondo de Impulso Económico); y en los casos que las operaciones no queden cubiertas se distingue entre: 40 puntos básicos para operaciones que cumplan condiciones de elegibilidad al Fondo de Impulso Económico, y 75 puntos básicos para operaciones que no cumplan tales condiciones, siendo posible incrementar en 1 punto básico adicional (hasta un máximo de 15 puntos) cuando las operaciones de endeudamiento tengan una duración superior a diez años.

relacionaba el coste de financiación del Estado pasa a ser el Anexo 1. El Anexo 2 aparece *ex novo* como el que regula la “*metodología para el cálculo del coste de financiación del Estado a cada plazo*” que era únicamente de aplicación a CCAA y EELL “*que cuenten con herramientas de valoración propias o un asesoramiento externo independiente*” toda vez que introducía una metodología *ad hoc* para determinar el coste de financiación del Tesoro.

Otra novedad fue en materia de comisiones. Aunque se mantenía la comisión de agencia a 50.000 euros anuales, se rebajaba considerablemente la comisión de no disponibilidad para pólizas de crédito hasta un 0,10% anual. Y en este punto también se añade una obligación nueva para las operaciones de EELL cubiertas por el FFEELL que “*tendrán un plan de amortización en el que las liquidaciones de intereses coincidirán con las fechas de vencimiento de principal.*” (apartado Tercero.5). Estaba regulado con carácter imperativo, lo que significa que en caso de no coincidir, la operación estaría viciada de nulidad en este punto por su contravención del régimen de prudencia financiera aplicable.

Sin embargo, se mantiene el criterio de las Resoluciones anteriores en cuando al momento de fijación del precio: “*momento de la firma de los documentos que obliguen a las partes y siempre y cuando la disposición de los fondos por parte del prestatario pueda efectuarse sin restricción alguna.*” (apartado Tercero.1 *in fine*).

En materia de derivados financieros, la Resolución PF6 contenía una novedades en referencia a las operaciones en divisa distinta del euro. En concreto, prevé el supuesto de “*operaciones de endeudamiento realizadas en una divisa distinta del euro con anterioridad a la entrada en vigor de los Fondos de Financiación a Comunidades Autónomas y a Entidades Locales, podrá cubrirse el riesgo cambiario en condiciones estándares de mercado.*” Ante ello cabe afirmar que la Resolución PF6 introduce un régimen transitorio aplicable a las operaciones de endeudamiento en divisa que estén ya concertadas en el momento de entrada en vigor de la Resolución, para cuyos casos se remite a las condiciones estándares de mercado para regular la permuta financiera. De ello se desprende que la SGTPF habría permitido la aplicación de pactos de mercado en la contratación de una nueva permuta financiera que regulase el riesgo cambiario.

En cuanto a las prohibiciones, la Resolución PF6 introduce una nueva prohibición relativa a las cláusulas trigger<sup>362</sup> en cuya virtud únicamente permite dichas cláusulas cuando sean de “*cambio del tipo de interés aplicable, para el caso en que los vencimientos de las operaciones de endeudamiento dejaran de estar cubiertos por los Fondos de Financiación a Comunidades Autónomas y a Entidades Locales debido a que la administración correspondiente decidiera salir del Fondo*”, añadiéndose expresamente que en ningún caso el tipo de interés podía ser incrementado en más de 20 puntos básicos para CCAA o en más de 45 o 75 puntos básicos para operaciones no cubiertas en caso de las EELL (apartado Quinto, letra c). Estas cláusulas incorporan un escenario totalmente cerrado en cuanto al tipo de interés, toda vez que incluso en el caso que la Comunidad Autónoma o la Entidad Local dejaran de estar adheridas al Fondo, el tipo de interés no podría pasar a ser a precios de mercado sino que seguiría igualmente sujeto al principio de prudencia financiera.

Esta previsión limita claramente la posibilidad de adaptar los tipos de interés de las operaciones cuando desaparezca la sujeción de las mismas al FFCCAA o al FFEELL. Si bien es cierto que la obligatoriedad genérica de sumisión al principio de prudencia financiera deriva de la ley (artículo 48 bis del TRLHL para EELL, y artículo 4.1 del RDLFLA para CCAA), aún en el caso que la Resolución de prudencia financiera no aludiera a esta circunstancia, por imperativo legal, el abandono de la adhesión a un Fondo de Financiación no provocaría per se la sumisión de la operación a precios de mercado mientras las leyes siguieran imponiendo el cumplimiento del principio de prudencia financiera.

---

<sup>362</sup> Es una terminología anglosajona que se refiere a cláusulas contractuales que incluyen supuestos de resolución anticipada para el caso que el tipo de interés (*rating*) del cliente disminuya o previsiblemente disminuya, o que habilitan a modificar el tipo de interés en función del acaecimiento de determinados eventos. Entre otras, se copia la siguiente definición financiera de cláusula trigger: “*Cláusula presente en un contrato de préstamo que describe qué acciones se pueden tomar si la puntuación de crédito del prestatario disminuye a un nivel insatisfactorio en el transcurso del préstamo. Si la puntuación de crédito del prestatario se niega a este nivel, estas condiciones de esta cláusula pueden requerir un tipo de interés elevado o requisitos de procedimiento que el acreedor puede obligar al prestatario para completar, de manera que el acreedor puede protegerse a sí misma.*”, traducción directa del inglés (consulta del día 15/06/17): [http://www.investorwords.com/8315/rating\\_trigger.html](http://www.investorwords.com/8315/rating_trigger.html)

Otra novedad es en relación a la prohibición de operaciones que no prevean la posibilidad de amortización anticipada a petición del deudor, siendo la novedad el hecho que se permite cobrar costes de ruptura tanto si las operaciones eran a tipo fijo como a tipo variable si la ruptura se produce en fechas distintas de pago de intereses (las Resoluciones anteriores todas ellas prohibían los costes de ruptura en las operaciones a tipo de interés variable en todo caso). En relación con las operaciones a tipo de interés variable se exige que el coste de ruptura se calcule “*atendiendo a la práctica de mercado*” (apartado Quinto, letra h). Ello constituye una fuente adicional de ingresos para la entidad financiera siempre que el deudor Comunidad Autónoma o Entidad Local decida amortizar anticipadamente la deuda a fechas distintas de las de liquidación de intereses.

La Resolución PF6 incorpora otra destacable prohibición que es la siguiente “*Aquellas operaciones a tipo de interés variable que contengan cláusulas suelo sobre la referencia aplicable, salvo que se compense a la Comunidad Autónoma o Entidad Local en el diferencial aplicable a la operación por la venta de esa opción suelo a precios de mercado.*” (apartado Quinto, letra i). Esta regulación es una clara prohibición de cláusulas suelo, o cláusulas *floor*, al tipo de referencia aplicable. Considerando que en la inmensa mayoría de operaciones la referencia aplicable sería el Euribor, en virtud de esta prohibición se provoca el efecto de que, cuando el Euribor sea negativo, dado que la prohibición provoca que este Euribor no se pueda acotar a un número determinado, el diferencial aplicable al tipo de interés será descontado en la parte que el Euribor sea negativo. Ello significa que, en escenarios de Euribor negativo, el diferencial siempre quedaría descontado en la parte correspondiente, pudiendo llegar a 0 puntos básicos.

La prohibición no especifica nada más en concreto, como sería el evento que el diferencial quedase íntegramente absorbido por el Euribor negativo y el Euribor tuviere aún más decimales negativos. En este caso no cabe pensar que se produciría un intercambio de posiciones contractuales entre las partes, por lo que no cabe pensar que la parte deudora se convertiría en la parte acreedora respecto de la entidad financiera ya que ello supondría una vulneración de la naturaleza y características de las operaciones de endeudamiento de que se trate, a la vez que un efecto perverso y no previsto por el legislador de la aplicación de la volatilidad de los tipos de interés. Sobre

este punto se ha pronunciado claramente GARCÍA-CRUCES<sup>363</sup> afirmando que *“un pago de intereses a favor del prestatario carece de toda razón de ser y no puede justificarse en causa negocial alguna, ya que no se corresponde –conforme al contrato- con una prestación o promesa de cosa o servicio (art. 1274 CCiv) que éste viniera a realizar a favor del prestamista.”*, y concluyendo que *“el prestatario, respecto de los intereses, sólo puede ser deudor, en razón del disfrute de un capital ajeno, pero nunca acreedor, pues – conforme con el contrato- no realiza prestación alguna que pueda justificar su pretendido derecho.”*

Al respecto, la Resolución PF6 solamente prevé que, en caso de Euribor negativo, las partes no podrán hacer nada para evitar esta situación y el Euribor descontará del diferencial. Nótese que el suelo prohibido lo es respecto del Euribor, pero no respecto del tipo de interés. Por lo tanto, quedó prohibido fijar el Euribor como 0 puntos básicos si el Euribor estuviere negativo, pero no quedó prohibido fijar el tipo de interés (que es la suma del tipo de referencia –Euribor- y el diferencial) en 0 puntos básicos, lo cual tiene toda lógica en aras a la seguridad jurídica y financiera a la que se acaba de aludir. En cualquier caso, resultaría incluso innecesario estipular el tipo de referencia en 0 puntos básicos, para significar que en ningún caso la entidad financiera pagará intereses al cliente público, toda vez que ello sería contrario a la lógica jurídica más elemental y a la propia seguridad de los negocios y de las prácticas comerciales tradicionales y actuales.

En cuanto a las autorizaciones excepcionales, por la introducción de las EELL al ámbito de aplicación de la prudencia financiera, provocó la adaptación de esta regulación y a tener en cuenta la existencia de las administraciones que ostentan la tutela financiera. En particular, la SGTPF sólo podría autorizar operaciones de EELL fuera de los límites de la Resolución PF6 si tales operaciones no estuvieren sujetas a autorización conforme al TRLHL, en estos casos la SGTPF emitiría *“informe preceptivo y vinculante a la Secretaría General de Coordinación Autonómica y Local o, en su caso, al órgano competente autonómico en materia de tutela financiera de entidades locales, en el que se valorará, en el ámbito de la presente resolución y en*

---

<sup>363</sup> GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio. *Préstamo bancario de dinero y tipos de interés negativos*, Revista de Derecho Bancario y Bursátil, número 143, julio-septiembre, 2016, Madrid, págs. 79 a 109.

*base a las condiciones financieras de la operación, el cumplimiento del principio de prudencia financiera.”* (apartado Sexto.2) Todo ello a fin de que o bien la Secretaría General de Coordinación Autonómica y Local, o bien el órgano autonómico titular de la tutela financiera decidan sobre el otorgamiento de la autorización.

Por último, en sede de obligaciones de información, la Resolución PF6 incluye una nueva regulación relativa a establecer una habilitación específica a favor de las entidades financieras para que éstas puedan suministrar datos bancarios a la SGTPF: *“información sobre el riesgo que cada entidad mantiene con la comunidad autónoma o entidad local correspondiente, así como las características principales de dichas operaciones.”* (apartado Séptimo.2). Nótese, por tanto, que por vez primera una Resolución de la SGTPF en materia de prudencia financiera tiene como destinatario a sujetos privados fuera de la Administración Pública y del sector público. Y no sólo esto, sino que esta Resolución incluye una excepción a la normativa sobre secreto bancario.

En particular, cabe recordar que el artículo 83 de la LOSSEC, anteriormente transcrito, en cuya virtud se consagra el deber de reserva de información de parte de entidades bancarias, exceptuándose expresamente de este deber *“las informaciones respecto de las cuales el cliente o las leyes permitan su comunicación o divulgación a terceros o que, en su caso, les sean requeridas o hayan de remitir a las respectivas autoridades de supervisión o en el marco del cumplimiento de las obligaciones establecidas en la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. En este caso, la cesión de la información deberá ajustarse a lo dispuesto por el propio cliente o por las leyes.”* Al respecto, se considera que la habilitación prevista en el apartado Séptimo.2 de la Resolución PF6 se podría considerar como supuesto en que *“las leyes permitan su comunicación”* toda vez que, sin ser la Resolución PF6 una ley en sentido formal, sí que su propia existencia y contenido viene amparada por una ley, en sentido formal y material, como son el TRLHL (artículo 48 bis) para las EELL y el RDLFLA (artículo 4.1) para las CCAA. Por todo ello, cabría interpretar que la cesión de información considerada como *“reservada”* por la LOSSEC será legalmente admisible a favor de la SGTPF en los términos previstos en el apartado Séptimo.2 de la Resolución PF6. Bajo este entendimiento, la autorización que emitan las CCAA y las EELL a dicho fin será un



mero trámite o una potestad totalmente reglada en la medida que no habrá margen de decisión ni maniobra alguno al respecto, sino más bien se trata de una verdadera obligación impuesta por la SGTPF a las CCAA y EELL.

*G) Resolución de 31 de julio de 2015*

La siguiente y penúltima Resolución es la Resolución de la SGTPF de 31 de julio de 2015 “*por la que se define el principio de prudencia financiera aplicable a las operaciones de endeudamiento y derivados de las comunidades autónomas y entidades locales*” (en adelante, Resolución PF7)<sup>364</sup>.

Dentro del preámbulo de la Resolución se trae a colación la específica modificación de la LOFCA<sup>365</sup> a fin de incluir un nuevo artículo 13 bis para incluir el principio de prudencia financiera al ámbito de la normativa de financiación de las CCAA<sup>366</sup>. En este momento, por lo tanto, estaban ya modificadas las principales leyes

---

<sup>364</sup> Esta Resolución fue publicada en el Boletín Oficial del Estado núm. 185, de 4 de agosto de 2015.

<sup>365</sup> Dicha modificación se produjo mediante la LO 6/2015. La adición del nuevo artículo 13 bis se produjo a través del artículo primero, apartado Dos de la LO 6/2015. Dicha modificación entró en vigor el 14 de junio de 2015.

<sup>366</sup> El literal de la regulación contenida en este artículo es el siguiente, que es prácticamente idéntica a la del artículo 48 bis del TRLHL:

*“1. Todas las operaciones financieras que suscriban las Comunidades Autónomas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, están sujetas al principio de prudencia financiera. Se entiende por prudencia financiera el conjunto de condiciones que deben cumplir las operaciones financieras para minimizar su riesgo y coste.*

*2. Se consideran financieras todas aquellas operaciones que tengan por objeto los instrumentos siguientes:*

*a) Activos financieros. Están incluidos en este concepto los instrumentos de capital o de patrimonio neto de otras entidades, los derechos a recibir efectivo u otro activo financiero de un tercero o de intercambiar con un tercero activos o pasivos financieros en condiciones potencialmente favorables.*

*b) Pasivos financieros. Están incluidos en este concepto deudas representadas en valores, operaciones de crédito, operaciones de derivados y cualquier otra obligación exigible e incondicional de entregar efectivo u otro activo financiero a un tercero o de intercambiar con un tercero activos o pasivos financieros en condiciones desfavorables.*

*c) La concesión de avales, reavales u otra clase de garantías públicas o medidas de apoyo extrapresupuestario.*

*3. Las condiciones que deben cumplir las operaciones financieras previstas en la letra b) del apartado anterior se establecerán por Resolución de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera, y las de las letras a) y c) anteriores por Resolución de la Secretaría General de Coordinación Autonómica y Local.*

*4. Las Comunidades Autónoma velarán por la aplicación del principio de prudencia financiera en el conjunto de su sector público.*

sobre endeudamiento para EELL y CCAA. En base a ello, al regular el ámbito de aplicación subjetivo la Resolución PF7 alude directamente a las CCAA y a las EELL sin distinguir si las mismas están o no adheridas a algún Fondo de Financiación (FLA, FFCCAA o FFEELL).

En cuanto al precio, hay tres novedades a destacar. Por un lado, si bien los diferenciales relativos al coste de financiación del estado se siguen regulando en el Anexo 1, los diferenciales máximos que se pueden añadir para CCAA y EELL así como las comisiones se regulan en un nuevo Anexo 3. Por otro lado, se introduce una nueva regulación en materia de valores que tiene diferentes reflejos en la Resolución PF7 vigente, como es la remisión al Anexo 2 para calcular su precio, así como la adición de un nuevo apartado Cuarto sobre *“coordinación de las emisiones”*.

Y, en tercer lugar, se modifica el momento a considerar para la fijación del precio, introduciéndose esta regulación *“el cumplimiento de la condición de coste máximo se considerará en el momento de apertura del proceso de licitación en el caso de concursos públicos o en el momento de presentación de las ofertas firmes por las entidades financieras en el caso de financiación a través de una negociación bilateral.”* (apartado Tercero). Esta nueva regulación supone distinguir entre dos circunstancias diferentes: (i) una, cuando haya licitación y la operación de endeudamiento sea objeto de un concurso público, y (ii) otra, cuando se lleve a cabo mediante una negociación bilateral entre la Comunidad Autónoma o Entidad Local y la entidad financiera. En función de cuál sea la situación, el momento para fijar el precio es distinto.

Los supuestos de concurso público son los menos frecuentes en la práctica, aunque son los utilizados para la contratación simultánea de servicios bancarios (sujetos a licitación como contratos privados de servicios *ex* TRLCSP, según se ha anticipado), y en estos casos el precio se fijará en el momento de apertura del proceso de licitación.

---

5. *Precisará autorización del Estado la formalización de las operaciones a las que se refiere la letra c) del apartado 2 de este artículo, cuando no se ajusten a las condiciones del principio de prudencia financiera.”*

Ello significa que cuando el órgano de contratación emita el correspondiente anuncio o carta de invitación se tendrá en cuenta la fecha de este documento para fijar el precio de la operación de endeudamiento.

Las negociaciones en bilateral de operaciones de endeudamiento es la forma más habitual en la práctica, considerando su exclusión del ámbito del TRLCSP en los términos comentados en el Capítulo III, por lo que el precio de la operación quedará fijado en el momento de presentación de las ofertas firmes por las entidades financieras. Se observa, por tanto, que bajo esta nueva redacción que quien fija el precio de la operación es la entidad financiera, que es la que emite su oferta (previamente valorada y validada por sus órgano decisorios internos), lo cual supone una clara ventaja respecto de la regulación anterior que daba a entender que cabía esperar a la firma de los documentos que obligaban a las partes. Con esta nueva redacción se evita aquella duda interpretativa de la anterior regulación, y ello sin perjuicio del momento en que la Comunidad Autónoma o Entidad Local resuelva aprobar la concreta operación de endeudamiento. En este punto cabría recordar únicamente la dificultad que supondría para la entidad financiera el hecho que la aprobación de la operación por parte del cliente público tuviere lugar transcurrido el plazo de vigencia de la oferta formulada, ante lo que la entidad financiera debería valorar si renueva su aprobación o, en caso negativo, el cliente público debería proceder a realizar una nueva negociación bilateral.

En este caso se produciría un claro choque de ordenamientos jurídicos diferentes en conflicto: por un lado, el público aplicable a la Comunidad Autónoma o Entidad Local sobre cuya base éstas habrían adoptado correctamente el acuerdo de aprobación, y por otro lado, el privado aplicable a la entidad financiera en cuya virtud habría actuado siguiendo la voluntad de sus órganos y dentro de los plazos también establecidos para los mismos en cuanto a la validez de las ofertas realizadas. Transcurrido el plazo de vigencia de la oferta bancaria, la normativa pública no puede obligar a la entidad financiera a conceder igualmente la financiación toda vez que, expirada la fecha de vigencia, en puridad la oferta económica es inexistente y, por lo tanto, no cabría obligar ejecutar algo que no existe.

Téngase además en cuenta que, al no aplicar directamente en este caso el TRLCSP, tampoco podría hablarse de oferta condicionada *ex* artículo 145 del TRLCSP. Estrictamente, se trataría, no de una condición, sino de unos de los requisitos contenidos en la oferta y que manifiestan la voluntad concreta y exacta de la entidad financiera contratante, siendo precisamente estos requisitos los que se sujetan a la aceptación o denegación por parte de la Comunidad Autónoma o Entidad Local, todo ello dentro de un contexto contractual, negocial, sujeto en gran medida a las prácticas estándares del sector privado tal y como establece el artículo 100.2 de la LGP de aplicación general y supletoria.

El resto de la regulación contenida en la Resolución PF7 es sustancialmente idéntica a la contenida en la Resolución PF6, por lo que el mismo régimen se mantiene y sigue siendo aplicable a CCAA y EELL. Lo único que aparece con una regulación más resumida es el régimen de autorización de los supuestos excepcionales contenida en el apartado Séptimo. A diferencia de su predecesora, en este apartado no alude a los órganos que ostentan la tutela financiera de EELL en las CCAA, lo único a que alude el apartado es al informe justificativo que emitirá la SGTPF previo a la autorización de operaciones financieras que no cumplan las condiciones de la Resolución PF7 y a los derivados complejos. Por ello, parece que cabe sobreentender que la SGTPF se limita a informar estos supuestos, pero que la autorización final la emite el órgano titular de la tutela financiera, aunque esta afirmación no sería aplicable a las EELL cuya tutela financiera es ostentada por el Estado. En conclusión, se considera que el apartado Séptimo de constante referencia presenta una redacción excesivamente sucinta y resumida que puede ir en perjuicio de la seguridad jurídica en la práctica, y podría eventualmente conllevar problemas de seguimiento del procedimiento establecido. Por otro lado, podría actuar también como una regulación disuasoria de la solicitud de autorizaciones excepcionales en la práctica.

#### *H) Resoluciones de 9 de septiembre de 2015*

Se citan aquí, a los meros efectos discursivos y cronológicos, las dos Resoluciones de la SGCAL, ambas de 9 de septiembre de 2015, dictadas para desarrollar el principio de prudencia financiera en el ámbito las operaciones de CCAA y EELL con activos financieros, así como la concesión de avales, reavales u otra clase de garantías públicas o medidas de apoyo extrapresupuestario. Por su contenido, esto

es, por tratarse de una regulación en materia de garantías y no de operaciones de endeudamiento propiamente (las garantías son los contratos accesorios que existirán si hay previa operación de endeudamiento), el estudio de estas Resoluciones se realiza en el apartado 3.3.3 del presente Capítulo.

*I) Resolución de 16 de septiembre de 2016*

Finalmente, la vigente Resolución es la Resolución de la SGTPF de 16 de septiembre de 2016 *“por la que se define el principio de prudencia financiera aplicable a las operaciones de endeudamiento y derivados de las comunidades autónomas y entidades locales”* (en adelante, Resolución PF8 vigente).<sup>367</sup>

Esta Resolución en muy gran medida mantiene idéntica la regulación contenida en la Resolución PF7, a excepción de algunos detalles y además de la alteración que conlleva para los diferenciales del Anexo 1, lo que es consustancial a la publicación de una nueva Resolución de prudencia financiera.

Por un lado, la primera novedad se produce en el ámbito subjetivo de aplicación que, sin perjuicio de que sigue siendo el mismo (CCAA y EELL entendidas dentro de su perímetro SEC), incluye una mención específica sobre la posibilidad de todos estos sujetos de concertar financiación con organismos multilaterales. En concreto, el primer párrafo del apartado primero dispone que *“Las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales sólo podrán concertar operaciones de endeudamiento y de derivados financieros en los términos que se establecen en los siguientes apartados, sin perjuicio de las operaciones de endeudamiento concertadas con organismos multilaterales de financiación que quedarán exclusivamente sujetas al cumplimiento de la condición de coste máximo.”*

---

<sup>367</sup> Esta Resolución fue publicada en el Boletín Oficial del Estado núm. 225, de 17 de septiembre de 2016. Obsérvese que, entre la Resolución PF1 y la Resolución PF8, la SGTPF siempre perteneció al denominado *“Ministerio de Economía y Competitividad”*, que actualmente está suprimido y sustituido por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, en virtud del Real Decreto 415/2016, de 3 de noviembre, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales (artículo 13).

Es evidente, por tanto, que además de las operaciones de endeudamiento permitidas, CCAA y EELL y todo su perímetro SEC también podrán concertar operaciones de endeudamiento con organismos multilaterales y tales operaciones únicamente se someterán a la Resolución PF8 en lo relativo a la “*condición de coste máximo*”. Cabe entender que esta condición es coincidente con el concepto de coste total máximo que viene regulado en el apartado Tercero de la Resolución PF8. Por lo que este tipo de operaciones con CCAA o EELL únicamente deberán respetar los diferenciales y comisiones permitidas en la Resolución PF8, no siéndoles por tanto de aplicación lo establecido en el resto de apartados de la Resolución y, por tanto, el régimen de los derivados financieros y el régimen de las operaciones prohibidas.

Consiguientemente, se puede afirmar que serán operaciones parcialmente sujetas al régimen de prudencia financiera y, por ello, con un trato más flexible en lo relativo al control que ejerce el Estado sobre las mismas. Ello advierte el trato desigual, derivado de la Resolución PF8, entre entidades financieras del Estado y los organismos multilaterales de financiación, siendo que las primeras aquellas cuya actividad financiera con sector público autonómico queda íntegramente sujeta al régimen de prudencia financiera y, por tanto, a grandes limitaciones en materia de precios y posibilidades de novación de operaciones y derivados financieros, mientras que los organismos multilaterales gozarían de un régimen mucho más permisivo y posibilista, frente a la rigidez del sistema creado para las entidades financieras españolas.

El concepto de “*organismos multilaterales de financiación*” es amplio y alude a todo tipo de entes e instituciones de índole financiera integradas por representantes de diversos países y que tienen por misión adoptar políticas conjuntas a fin de resolver y contribuir a mejorar problemáticas de tipo común<sup>368</sup>. En el ámbito de las financiaciones, responden a este tipo de organismos el Banco Mundial (BM), el Fondo Monetario Internacional (FMI), la Organización Mundial del Comercio (OMC), el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), Organización de las Naciones Unidas

---

<sup>368</sup> El concepto de “*multilateral*” (idéntica grafía en inglés) viene definido como “*Que dispone de un cierto número de participantes, miembros o países. En el contexto de la Organización Mundial del Comercio, el término tiene un significado especial: los acuerdos multilaterales de la OMC obligan a todos los países miembros en contraste con los acuerdos plurilaterales de la organización, que sólo son vinculantes para los países miembros de la OMC que los suscriban*”; en REYNOLDS, Frank. *El comercio internacional de la A a la Z*, editado por Cámara de Comercio Internacional, 2002, Barcelona, pág. 182.

(ONU), Banco Asiático de Desarrollo (BASD), Banco Africano de Desarrollo (BAFD), el Banco Europeo de Inversiones (BEI)<sup>369</sup>, el Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo (BERD), entre otros<sup>370</sup>.

Este régimen particular establecido para los mecanismos multilaterales de financiación aparece reconocido en el preámbulo de la Resolución PF8, así como también la justificación del incremento que incluye respecto de los diferenciales para operaciones a corto plazo, que es la siguiente *“Dadas las actuales condiciones monetarias, y en particular el actual contexto de tipos de interés nominales negativos en los plazos más cortos de la curva de financiación del Tesoro, se han incrementado los diferenciales máximos para las operaciones de endeudamiento a corto plazo que garanticen su viabilidad al tiempo que se sigue velando por el cumplimiento del principio de sostenibilidad de las finanzas públicas.”*

Correlativamente, el Anexo 3 contiene los correspondientes incrementos en los diferenciales. Por un lado, en el ámbito de las CCAA, la Resolución PF8 incrementa hasta 50 puntos básicos (eran 30 puntos básicos en la Resolución PF7) el diferencial de las operaciones no instrumentadas en valores cuyos vencimientos no queden cubiertos por el FFCCAA (Anexo 3.1.a.ii). El mismo incremento (de 30 a 50 puntos básicos) se prevé para las operaciones a corto plazo no instrumentadas en valores para las CCAA que no hayan formalizado en el año en curso operaciones de endeudamiento con el FFCCAA (Anexo 3.1.b.ii). Y, por último, para las EELL, la Resolución PF8 crea una nueva categoría a la que le atribuye 50 puntos básicos para las operaciones de EELL a corto plazo que cumplan las condiciones de elegibilidad del Fondo de Impulso Económico, siempre que se trate de operaciones no instrumentadas en valores cuyos vencimientos no queden cubiertos por el FFEELL (Anexo 3.2.ii.b).

---

<sup>369</sup> A efectos ejemplificativos, el BEI es un organismo multilateral de financiación que, entre sus destinatarios y a través de entidades financieras intermediarias, puede conceder financiación a Administraciones locales, Administraciones Nacionales y entes del sector público (consulta del día 15/06/17): <http://www.eib.org/products/lending/intermediated/index.htm>

<sup>370</sup> CALVO HORNERO, María Antonia. *Organismos financieros internacionales: bancos regionales de desarrollo e instituciones financieras multilaterales*, Revista de Economía Mundial núm. 3/2000, págs. 79 a 95 (consulta del día 15/06/17): [http://www.sem-wes.org/sites/default/files/revistas/rem3\\_4.pdf](http://www.sem-wes.org/sites/default/files/revistas/rem3_4.pdf)

Finalmente, cabe destacar una precisión terminológica que incluye la Resolución PF8 respecto de su predecesora. Y es que, hasta la Resolución PF7 incluida, en materia de diferenciales para CCAA, la clasificación se distinguía entre CCAA adheridas y CCAA no adheridas al FFCCAA. En la medida que en la actualidad todas las CCAA están adheridas al FFCCAA, se ha tenido que adaptar la redacción de la anterior Resolución PF7 y, en donde ésta aludía a CCAA “*no adheridas*” al FFCCAA, actualmente la Resolución PF8 alude a CCAA “*que no hayan formalizado en el año en curso operaciones de endeudamiento*” con el FFCCAA.

La Resolución PF8 es la última y vigente resolución en materia de prudencia financiera. De momento, no está previsto que la misma aplique al perímetro no SEC de las CCAA y EELL, por lo que cabe afirmar que se mantiene la dualidad de régimen jurídico en materia de endeudamiento: (i) los que sean perímetro SEC se sujetarán irremediamente a las resoluciones de prudencia financiera, (ii) mientras que los entes y organismos y sociedades públicas que, en su caso (en función de su concreta sectorización) estén fuera del perímetro SEC, resultará que sus operaciones de endeudamiento no estarán sujetas al principio de prudencia financiera sino que se deberán instrumentar y pactar en términos de mercado. Por lo tanto, en este caso el endeudamiento del sujeto en cuestión se podría afirmar que tendrá un régimen equivalente al de las personas físicas o jurídicas privadas frente a la entidad financiera de que se trate.

#### 2.2.2. Determinación del precio final

Sobre la base de todo cuanto antecede, que ha consistido en un estudio retrospectivo de las Resoluciones de prudencia financiera, su evolución y su contenido, se ha determinado hasta el momento presente los elementos a tener en cuenta para la fijación del precio de las operaciones de endeudamiento de CCAA y EELL bajo el principio de prudencia financiera. En base a ello se afirma que el tipo de interés (que incluye tipo de referencia y el diferencial) de estas operaciones deberá seguir lo establecido en la Resolución PF8 vigente y, en su caso, en la actualización del Anexo 1 y 3 que se haya dictado y que esté vigente en el momento de la fijación del precio, y en las comisiones que resulten de aplicación.



Más allá de ello no se podrán aplicar otros gastos, a menos que se trate de gastos como costes de ruptura derivados de la amortización anticipada a fechas diferentes de las de liquidación de intereses, o bien de ajustes aplicados a la operación por no coincidir el tipo de referencia utilizado con el periodo de liquidación de intereses.

Además, el recargo máximo del 2% que se aplicará al tipo de interés en caso que el deudor haya incurrido en demora.

Fuera de todo ello, el precio de las operaciones de endeudamiento sujetas a prudencia financiera no podrán ser incrementadas por ningún otro concepto. Por lo tanto, se puede afirmar que la normativa de Derecho público incluye importantes limitaciones a la concreción del precio máximo de las operaciones de endeudamiento, tanto para CCAA como para EELL, en la actualidad. De modo que la normativa privada que admite la libertad de pactos entre las partes, entrando en colisión con estas regulaciones de rango legal, se puede afirmar que esta libertad queda reducida a favor de la ley *ex* artículo 1.255 del CC.

Por último, cabe puntualizar que el régimen de prudencia financiera en ningún caso aplicará a los precios de los contratos de servicios bancarios, ya que su ámbito objetivo son exclusivamente las operaciones de endeudamiento quedando, por tanto, al margen todos los demás contratos que celebren CCAA y EELL<sup>371</sup>. Esta distinción, sin perjuicio de que resulta lógica y coherente atendiendo a la normativa aplicable a los contratos de endeudamiento (que son los que se sujetan a prudencia financiera) a los contratos de servicios bancarios (sujetos a licitación pública), es de máxima importancia en los contratos mixtos en los que hay una combinación de servicios de financiación y servicios bancarios. En estos supuestos habrá, consiguientemente, un régimen dual de precios: (i) por un lado, las operaciones de endeudamiento sujetas a prudencia financiera (siempre que se trate de CCAA o EELL y su perímetro SEC), y

---

<sup>371</sup> Sin perjuicio de que ello se desprende del apartado segundo de las resoluciones de prudencia financiera, sobre ámbito objetivo de aplicación, así queda explícitamente afirmado en el documento del Ministerio de Economía y Competitividad con título “*La Resolución del principio de prudencia financiera para las entidades locales*”, de 23 de marzo de 2015, en cuyo apartado 4, pág. 13 confirma que “*Los servicios bancarios no están regulados por la Resolución de Prudencia Financiera (los precios son libres y separados del coste de financiación)*” (consulta del día 15/06/17): <http://www.diputaciondevalladolid.es/extras/ayuntamientos/asesoramiento-local/contabilidad/PRESUPUESTOS, CONTABILIDAD Y FINANCIACION LOCAL/2015/Ponencia Entidades Locales y Prudencia Financiera.pdf>

(ii) por otro lado, los concretos servicios bancarios solicitados por el órgano de contratación, cuyo precio seguirá los estándares de mercado habida cuenta que el TRLCSP prevé que el precio en estos casos será los intereses, comisiones y otras formas de remuneración que correspondan.

### 2.2.3. Prudencia financiera del Estado

Hasta el momento se ha analizado el principio de prudencia financiera y confirmado que su ámbito de aplicación actual es el de las CCAA y las EELL y su perímetro SEC. En realidad, la normativa que regula actualmente dicho principio es normativa de carácter estatal, por lo que *a priori* el principio de prudencia financiera no aplicaría al Estado.

Al respecto cabe mencionar que existe actualmente una única previsión normativa que realiza una clara llamada a la aplicación de dicho principio al ámbito estatal. Se trata del artículo 111.3 de la LGP<sup>372</sup> a cuyo tenor: *“Los organismos y entidades integrantes del sector público estatal, con excepción del Instituto de Crédito Oficial, se someterán a los principios de prudencia financiera que se fijen por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos. Los principios que se fijen para las entidades y organismos distintos de las sociedades cotizadas mercantiles estatales cuyas acciones estén sometidas a negociación en un mercado secundario oficial de valores se referirán, al menos, a los límites máximos del coste financiero al que podrán suscribirse las citadas operaciones de crédito, así como a las limitaciones al uso de derivados financieros.”*

De esta regulación se desprende que (i) la Administración General del Estado no está sujeta a la prudencia financiera y tampoco el ICO, siendo la sumisión a dicho principio únicamente aplicable a los organismos y entidades integrantes del perímetro SEC de la Administración del Estado; además (ii) la aplicación de dicho principio no es directa sino que se hará de acuerdo con lo que se fije por acuerdo de la CDGAE, en particular la regulación alude a *“principios de prudencia financiera”*, en plural, ante lo que no se entiende muy bien a qué estaba refiriéndose el legislador, posiblemente a la

---

<sup>372</sup> Esta redacción fue introducida por la Disposición Final Tercera de la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social. Y entró en vigor el 30 de julio de 2015.

diversidad de condiciones y requisitos a cumplir (al igual que los establecidos para CCAA y EELL) aunque no lo diga en estos términos. Ante todo ello, en la medida que no se ha dictado acuerdo alguno de la CDGAE en la materia, se afirma que actualmente no aplica el principio de prudencia financiera a los organismos y entidades del sector público estatal. En cualquier caso, se hace notar que la aplicación de dicho principio no resulta equiparable a la aplicación que se hace en los ámbitos autonómico y local en donde la aplicación es total (sólo con la excepción de los pocos entes, organismos y sociedades públicas que se hallan fuera del perímetro SEC Administraciones Públicas).

#### 2.2.4. Prudencia financiera de los territorios forales

Merece especial atención la consideración del principio de prudencia financiera en el ámbito de los territorios forales, toda vez que en los mismos existe normativa específica en materia de endeudamiento ante lo que se plantea la duda de si la normativa estatal puede imponerse por encima de la foral. Consideración que se formula también porque las resoluciones de prudencia financiera no formulan referencia alguna a los territorios forales.

##### *A) Comunidad Foral de Navarra*

La disposición final tercera de la LOEPSF dispone, en su apartado 1, que *“En virtud de su régimen foral, la aplicación a la Comunidad Foral de Navarra de lo dispuesto en esta Ley se llevará a cabo, según lo establecido en el artículo 64 de la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, conforme a lo dispuesto en el Convenio Económico entre el Estado y la Comunidad Foral de Navarra.”*

En particular, el artículo 64 de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra (en adelante, LRARFN), prevé que las relaciones entre Estado y la Comunidad Foral se acomodarán al régimen foral y se formalizarán con una disposición del rango que corresponda. Luego se aprobó la Ley 28/1990, de 26 de diciembre, de Convenio Económico, que no aporta luz en materia de prudencia financiera. Para ello, hay que acudir a la LOFCA,

en cuya Disposición Final Segunda alude a Navarra y establece que su actividad financiera se regirá por el sistema tradicional de Convenio Económico.

Por lo anterior y en base a la LOEPSF, no se puede afirmar de manera rotunda que el régimen de prudencia financiera resulte directamente aplicable a Navarra toda vez que su normativa propia y específica en materia de endeudamiento no ha resultado adaptada expresamente al principio de prudencia financiera. Sin perjuicio de ello, lo cierto es que en caso de que se produzca la adhesión de la Comunidad Foral al FFCCAA se producirá *ipso facto* la sumisión de la misma a los principios de prudencia financiera en virtud de lo establecido en el artículo 5 del RDLFF<sup>373</sup>.

Por otro lado, en el ámbito de las EELL de Navarra cabe estar a la Ley Foral 2/1995, de 10 de marzo, de Haciendas Locales de Navarra (en adelante, LHLN). Esta Ley no incluye referencia alguna al principio de prudencia financiera, por lo que no ha resultado modificada a dicho fin. En este sentido, atendiendo al régimen foral navarro, que goza de especificidad respecto del régimen común, se concluye que tampoco las Administraciones Locales del ámbito de Navarra les resulta de directa aplicación el principio de prudencia financiera. Ello porque el artículo 13 bis del TRLHL no les resulta de directa aplicación<sup>374</sup>, por ser la LHLN la norma directamente aplicable al territorio.

#### *B) País Vasco*

La disposición final tercera de la LOEPSF dispone, en su apartado 2, que *“En virtud de su régimen foral, la aplicación a la Comunidad Autónoma del País Vasco de lo dispuesto en esta Ley, se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley del Concierto Económico.”*

---

<sup>373</sup> Según datos de 2016, la Comunidad Foral de Navarra y el País Vasco no se hallan adheridos al FFCCAA. Así se constata del documento de *“Información sobre los acuerdos adoptados por la CDGAE del 08.08.2016”*, de 9 de junio de 2016, publicado por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, págs. 4 y 5 (consulta del día 15/06/17): <http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/GabineteMinistro/Notas%20Prensa/2016/MINIS TRO/09-06-16%20Presentacion%20acuerdos%20cdgae.pdf>

<sup>374</sup> Cabe mencionar que el artículo 1.2 del TRLHL manifiesta su claro respecto y, por ello, preferencia de los regímenes forales en sus territorios: *“Esta ley se aplicará a todo el territorio nacional, sin perjuicio de los regímenes financieros forales de los Territorios Históricos del País Vasco y Navarra.”*

Al respecto, la Ley 12/2002, de 23 de mayo, por la que se aprueba el Concierto Económico de la Comunidad Autónoma con el País Vasco, tampoco contiene referencia alguna al principio de prudencia financiera. A su vez, la disposición final primera de la LOFCA hace referencia expresa al sistema foral tradicional de concierto económico, que se aplicará al País Vasco conforme a su Estatuto de Autonomía, dejándose así clara la existencia y preferencia de este concreto régimen.

Tal y como se ha comentado respecto de Navarra, en estos territorios forales la LOFCA no sería de directa aplicación, sino que aplicaría con carácter supletorio atendiendo a la especialidad de la normativa reguladora de los regímenes forales. En la medida que actualmente la Comunidad del País Vasco no está adherida al FFCCAA, en caso que se adhiriera en el futuro, sus operaciones de endeudamiento deberían sujetarse al principio de prudencia financiera por imperativo del artículo 5 del RDLFF.

Por otra parte, respecto de las EELL del País Vasco cabe estar a las distintas normas aplicables a cada uno de los tres territorios. Así, en primer lugar, la Norma Foral 9/2005, de 26 de diciembre, de Haciendas Forales de Bizkaia, regula el principio de prudencia financiera en su artículo 53.3<sup>375</sup>, en sede de concertación de operaciones de crédito, al decir que *“Todas las operaciones de crédito que suscriban las Corporaciones Locales así como la concesión de avales u otra clase de garantías públicas están sujetas al principio de prudencia financiera. Se entiende por prudencia financiera el conjunto de condiciones que deben cumplir las operaciones financieras para minimizar su riesgo y coste. Las condiciones que deben cumplir las operaciones se establecerán por Orden Foral del titular del Departamento competente en materia de tutela financiera.”*

---

<sup>375</sup> Este apartado 3 fue añadido por la disposición adicional 8 de la Norma Foral 8/2015, de 30 de diciembre, de presupuestos generales del territorio histórico de Bizkaia para 2016. Esta Norma Foral 8/2015, además dio nueva redacción al artículo 4.1 de la Norma Foral 5/2013, de 12 de junio, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las Entidades Locales de Bizkaia, en cuya virtud se introdujeron los principios de sostenibilidad financiera y prudencia financiera (tal y como están previstos en la LOEPSF): *“1. Se entenderá por sostenibilidad financiera la capacidad para financiar compromisos de gasto presente y futuros dentro de los límites de déficit, deuda pública y morosidad de deuda comercial conforme a lo establecido en la normativa en vigor. Para el cumplimiento del principio de sostenibilidad financiera las operaciones financieras se someterán al principio de prudencia financiera.”*

Nótese que, bajo esta norma, es prudencia financiera un “conjunto de condiciones” destinadas a “minimizar su riesgo y coste” de las operaciones financieras. De modo que es importante advertir que esta definición no hace alusión alguna a la LOEPSF ni a las resoluciones de prudencia financiera, ni al TRLHL. Este silencio respecto de la normativa de régimen común reguladora del principio de prudencia financiera trae causa de la especialidad del régimen foral, por lo que constituye a su vez una prueba de que los anteriores regímenes analizados (autonómico y local navarro, y autonómico vasco) no pueden estar sujetos a prudencia financiera si su normativa foral propia reguladora no incluye este principio dentro de su regulación.

Al igual que se ha hecho por parte de la SGTPF en sus Resoluciones de prudencia financiera, en virtud de Norma Foral 9/2005 se ha dictado la Orden Foral de la diputada foral de Administraciones Públicas y Relaciones Institucionales 1911/2016, de 29 de febrero “por la que se define el principio de prudencia financiera aplicable a las operaciones de endeudamiento y garantías públicas de las entidades locales de Bizkaia.” (en adelante, Resolución PF Bizkaia).<sup>376</sup>

Se puede afirmar que esta resolución contiene una regulación prácticamente idéntica a la Resolución PF7 (que es la que estaba vigente en el momento de la entrada en vigor de la Resolución PF Bizkaia), existiendo algunas diferencias como el preámbulo, que en este caso se basa en normativa foral vasca, y la regulación de algunos detalles, además del hecho que únicamente aplica a las operaciones de financiación a largo plazo, quedando por tanto excluidas tácitamente las operaciones a corto plazo. Toda vez que el ámbito de aplicación incluye a todas las EELL de Bizkaia y su perímetro SEC (artículo 1), y que utiliza también el concepto de “coste total máximo” que conforma de la suma del coste de financiación del Estado español (la Resolución PF Bizkaia dice “publicado por la Dirección General del Tesoro”, que es un organismo estatal) más un diferencial. Estos diferenciales se fijan en 50 puntos básicos para las EELL que cumplan con el objetivo de estabilidad presupuestaria y deuda pública en el ejercicio anterior y en el corriente, y que no superen el plazo de treinta días para pago a proveedores. El resto de EELL les aplicará el diferencial de 75

---

<sup>376</sup> Esta Orden Foral fue publicada en el Boletín Oficial de Bizkaia núm. 44, de 4 de marzo de 2016. Entró en vigor el 5 de marzo de 2016.

puntos básicos con la posibilidad de incrementarlo un punto por año, en operaciones a más de diez años, con el límite de 15 puntos básicos. El coste total máximo puede ser incrementado también con la comisión de no disponibilidad para pólizas de crédito limitada al 0,10% anual, y por la comisión de agencia en operaciones sindicadas limitada a 15.000 euros (50.000 euros en la Resolución PF7). Finalmente, el recargo por demora es igualmente del 2% (artículo 2).

En cuanto al momento de fijar el coste total máximo, la Resolución PF Bizkaia lo fija en *“el momento de presentación de las ofertas firmes por las entidades financieras”*, estableciendo también un régimen de autorización excepcional sujeto a la emisión de un informe al respecto de parte del Departamento Foral de Administración Pública y Relaciones Institucionales (artículo 2). Y, en materia de derivados financieros se establece una regulación prácticamente idéntica a la de la Resolución PF7.

Finalmente, en materia de prohibiciones, si bien la mayoría de ellas son coincidentes con las de la Resolución PF7, en realidad tres incorpora algunos matices que se consideran relevantes. En primer lugar, en materia de diferimiento de la carga financiera, incorpora un concepto de ello al definirla como *“un coste por debajo de mercado durante parte del tiempo de la operación que, sin embargo, implicara el establecimiento de tipos de interés superiores el resto del tiempo”* (artículo 4.b).

En segundo lugar, en materia de modificación de los contratos existentes, si bien replica la primera frase contenida en la Resolución PF7 en la materia, pero suprime la segunda (artículo 4.f) lo cual abunda en la coherencia de la aplicación del norma toda vez que, como se ha indicado, la Resolución PF7 contiene una contradicción en sus términos cuando añade la frase de *“En cualquier caso, el coste financiero máximo será el establecido en el apartado tercero de esta Resolución”*, según se ha explicado anteriormente. La supresión de la frase por la Resolución PF Bizkaia abunda en la inconveniencia e innecesariedad de la misma en la Resolución PF8 vigente. Y, en tercer lugar, se destaca la frase final contenida en la prohibición de la aplicación de suelos en el tipo de interés de referencia añadiendo que *“No están incluidas en esta prohibición las cláusulas que establezcan en caso de que la referencia aplicable sea negativa se tomará el valor cero”* (artículo 4.h).

Esta frase también debería ser incorporada a la Resolución PF8 vigente ya que, sin perjuicio de su evidente certeza en la práctica bancaria habitual, quedaría constatación por escrito de que ésta es la práctica que se seguirá en caso de tipos negativos.

En el artículo 5, la Resolución PF Bizkaia establece un régimen específico para avales, reavales y otros tipos de garantías cuyo análisis se realiza en el apartado 3.3.3 del presente Capítulo.

En el territorio de Gipuzkoa, el principio de prudencia financiera se halla específicamente previsto en el artículo 51.3<sup>377</sup> de la Norma Foral 11/1989, de 5 de julio, de Haciendas Locales, cuyo tenor es el siguiente: *“3. Todas las operaciones de crédito que suscriban las Corporaciones Locales así como la concesión de avales u otra clase de garantías públicas están sujetas al principio de prudencia financiera. Se entiende por prudencia financiera el conjunto de condiciones que deben cumplir las operaciones financieras para minimizar su riesgo y coste. Estas condiciones se establecerán por orden foral del Departamento de Hacienda y Finanzas.”*

A diferencia de Bizkaia, el artículo 51.3 de la Norma Foral 11/1989 no ha sido objeto de desarrollo mediante Orden Foral. Ante esta indeterminación, pero considerando la llamada de la Norma Foral referencia a que haya un desarrollo del principio, se considera que Gipuzkoa debería aplicar, con carácter análogo y supletorio, o bien la Resolución PF Bizkaia o bien la Resolución PF8 vigente de régimen común. Lo que carece de sentido en sí mismo es disponer de un marco jurídico que acomoda la prudencia financiera pero, sin embargo, no haberla desarrollado lo que, salvo que se aplica un régimen supletorio, provoca privar de significación y trascendencia la incorporación del principio de prudencia financiera al ordenamiento jurídico de Gipuzkoa.

---

<sup>377</sup> Este apartado 3 fue añadido por la disposición final 2.1. de la Norma Foral 8/2015, de 23 de diciembre, de presupuestos generales del territorio histórico de Gipuzkoa para 2016. En virtud de esta Norma Foral 8/2015, también se añadía un apartado 2 al artículo 52 de la Norma Foral 11/1989 en cuya virtud se establecía el régimen excepcional de prudencia financiera: *“2. En todo caso, aquellas operaciones que no se ajusten a las condiciones de principio de prudencia financiera precisarán de autorización de los órganos competentes.”*



En último lugar, en el territorio de Álava, el principio de prudencia financiera se halla incorporado en el artículo 51 ter.<sup>378</sup> de la Norma Foral 41/1989, de 19 de julio, reguladora de las Haciendas Locales. Este precepto manifiesta que: *“Todas las operaciones de crédito que suscriban las corporaciones locales así como la concesión de avales u otra clase de garantías públicas están sujetas al principio de prudencia financiera. Se entiende por prudencia financiera el conjunto de condiciones que deben cumplir las operaciones financieras para minimizar su riesgo y coste. Las condiciones que deben cumplir las operaciones se establecerán por Orden Foral de la persona titular del departamento competente en materia de tutela financiera.”*

En este territorio, al igual que en Bizkaia, se ha dictado desarrollo propio que se halla contenido en la Orden Foral de la Diputación Foral de Álava (Departamento de Desarrollo Económico y Equilibrio Territorial) 349/2016 de 29 de febrero *“por la que se aprueban las condiciones sobre prudencia financiera que deben cumplir las operaciones de crédito que suscriban las entidades locales así como la concesión de avales u otra clase de garantías públicas otorgadas por ellas.”* (en adelante, Resolución PF Álava)<sup>379</sup>.

Al igual que la Orden PF Bizkaia, esta resolución contiene una regulación prácticamente idéntica a la Resolución PF7 (que es la que estaba vigente en el momento de la entrada en vigor de la Resolución PF Álava), y también aplica únicamente a operaciones de financiación a largo plazo, quedando tácitamente excluidas las operaciones a corto plazo. Toda vez que el ámbito de aplicación incluye a todas las EELL de Álava y su perímetro SEC (artículo 1), y que utiliza también el concepto de *“coste total máximo”* que conforma de la suma del coste de financiación del Estado español más un diferencial, aludiendo coste publicado por la Dirección General del Tesoro.

---

<sup>378</sup> Este apartado 3 fue añadido por el artículo 1 de la Norma Foral 2/2016, de 10 de febrero, de modificación de la Norma Foral 38/2013, de 13 de diciembre, de estabilidad presupuestaria y estabilidad financiera de las entidades locales de Álava, de la Norma 41/1989, de 19 de julio, reguladora de las Haciendas Locales, y de la Norma Foral 3/2004, de 9 de febrero, presupuestaria de las entidades locales del territorio histórico de Álava.

<sup>379</sup> Esta Orden Foral fue publicada en el Boletín Oficial del Territorio Histórico de Álava núm. 84, de 27 de julio de 2016. Entró en vigor el 28 de julio de 2016.

Estos diferenciales se fijan en 50 puntos básicos para las EELL que cumplan con el objetivo de estabilidad presupuestaria y deuda pública en el ejercicio anterior y en el corriente, y que no superen el plazo de treinta días para pago a proveedores. El resto de EELL les aplicará el diferencial de 75 puntos básicos con la posibilidad de incrementarlo un punto por año, en operaciones a más de diez años, con el límite de 15 puntos básicos. El coste total máximo puede ser incrementado también con la comisión de no disponibilidad para pólizas de crédito limitada al 0,10% anual, y por la comisión de agencia en operaciones sindicadas limitada a 50.000 euros (como en la Resolución PF7). Finalmente, el recargo por demora es igualmente del 2% (artículo 2).

En cuanto al momento de fijar el coste total máximo, la Resolución PF Álava lo fija en idénticos términos que la Resolución PF7, por tanto considera tanto el momento de apertura del proceso de licitación en el caso de concursos públicos como el momento de presentación de las ofertas firmes por las entidades financieras en caso de financiación a través de una negociación bilateral (artículo 2.5). También parte de un régimen de autorización excepcional sujeto a la emisión de un informe al respecto de parte del *“departamento competente”* encargado de la tutela financiera de las entidades locales (artículo 2.6). Y, en materia de derivados financieros se establece una regulación prácticamente idéntica a la de la Resolución PF7 salvo en la precisión que hace al principio en cuanto a los tipos contratables, que no incluye ni la Resolución PF7 (ni la Resolución PF8) ni la Resolución PF Bizkaia; consistente en añadir la siguiente condición finalista *“con el objetivo de cubrir total o parcialmente el riesgo de tipos de interés o cambiario de operaciones subyacentes de endeudamiento contratadas por la entidad local.”*

En materia de prohibiciones, si bien la mayoría de ellas son coincidentes con las de la Resolución PF7, incorpora las mismas mejoras que la Resolución PF Bizkaia.

Y, finalmente, Capítulo III de la Resolución PF Álava se establece un régimen específico para avales, reavales y otros tipos de garantías cuyo análisis se realiza en el apartado 3.3.3 del presente Capítulo.

Para terminar resulta interesante traer a colación lo regulado en la Norma Foral 2/2016, de 10 de febrero por la que, entre otras, se modifica la Ley de Estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera del territorio de Álava. En particular, resulta

elocuente la exposición de motivos de dicha Norma Foral toda vez que empieza diciendo *“La Ley Orgánica 6/2015, de 12 de junio, de modificación de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de financiación de las Comunidades Autónomas y de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, ha consagrado la prudencia financiera como principio rector de las operaciones financieras de las administraciones públicas, integrándose dentro del principio de sostenibilidad financiera. La transposición de dicho principio obliga la introducción de una serie de modificaciones en el entramado de Normas Forales que disciplinan la materia presupuestaria y de estabilidad y sostenibilidad financiera de las entidades locales alavesas.”*

Este fragmento denota la importancia del régimen de derecho común respecto del derecho foral. Y es que, en puridad, esta exposición de motivos viene a confirmar que, en la medida que la normativa estatal ha sufrido una modificación importante, dicha modificación debe provocar la adaptación de la normativa foral, dicho en palabras diferentes. En este sentido, se observa la voluntad del derecho foral por transponer una normativa estatal y realizar las modificaciones que correspondan a la normativa presupuestaria y de estabilidad y sostenibilidad financiera de entidades locales. Esta clara intención de adaptar el Derecho Foral de Álava al derecho español de régimen común permite entender que, a pesar de la especificidad del régimen foral, la prudencia financiera es un principio no previsto en este Derecho Foral *ab initio* y que es independiente del régimen económico foral y que, por este motivo, debe ser también incorporado expresamente.

Nótese, sin embargo, que al régimen foral no le vale con que el principio ya exista bajo unas normas de derecho común, sino que precisa hacer suya esta regulación mediante su incorporación a través de una Norma Foral propia y su posterior desarrollo mediante una Orden Foral propia. Aquí se observan los límites de separación entre Derecho común y Derecho Foral, también en materia de regulación de las materias y de la necesidad de disponer de una norma propia específica.

En cualquier caso, es oportuno formular un último comentario. Según indicado con anterioridad, la normativa contenida en la LOEPSF fue motivada por ordenes europeas para reducir el déficit público del Estado español. Entre todas las medidas adoptadas, está el principio de sostenibilidad financiera y el de prudencia financiera de

las operaciones financieras, principios que se idearon e introdujeron en el Derecho español para poder conseguir los objetivos fijados por la Unión Europea. Dentro de esta tesitura, tendría poco sentido que todas las CCAA y EELL españolas se sujetaran a aquellos principios con excepción de los territorios forales que no los hubieren expresamente regulado. Esta afirmación podría y debería ser plenamente válida en un contexto de análisis de derecho interno y a favor del respeto de las especialidades forales. Sin embargo, en un contexto europeo, considerando la problemática de endeudamiento de nuestro país, parecería que el hecho de no haberse incorporado expresamente aquellos motivos podrían constituir defectos formales pero que, interpretándose de manera análoga y contextualizada el principio, podría llegarse a la conclusión que son principios de plena y homogénea aplicación en el sector público español y a los distintos niveles de Administraciones Públicas.

Sobre la base de esta interpretación amplia, extensiva y indiscutiblemente finalista, la conclusión provoca que también el sector público estatal deba estar sujeto al principio de prudencia financiera, que lo está *ex lege* en la LGP pero no de facto al no existir desarrollo vía acuerdo de la CDGAE. Además, se recuerda que la concreta prudencia financiera de las entidades locales vasca se dicta por Orden Foral propia y no se rige por Resolución de la SGTPF.

En base a estas consideraciones, se concluye que desde una perspectiva jurídica estricta, los regímenes forales no adaptados expresamente al principio de prudencia financiera, no estarían estrictamente vinculados al cumplimiento de dicho principio incluido en las leyes estatales LOFCA y TRLHL. Sin embargo, desde una perspectiva finalista y contextualizada parecería que lo prudente, valga la redundancia, sería la aplicación de dicho principio, lo que podría entenderse como una vulneración a la especialidad del régimen foral. Es, por tanto, una cuestión discutible en su conjunto que merecería de resolución expresa por parte de los poderes públicos en beneficio de la seguridad jurídica y también financiera de estas Haciendas Forales.

### **2.3. Justificación, vinculación y ámbito temporal**

#### **2.3.1. Justificación del principio de prudencia financiera**

En atención a las exposiciones de motivos de las distintas normativas reguladoras, la prudencia financiera, como compendio de condiciones y requisitos a cumplir en las operaciones de endeudamiento de CCAA y EELL, aparece por varios motivos. El primero, para que dichas CCAA, primero, y EELL, después, pudieran hacer frente al pago de sus obligaciones financieras, y a fin de evitar que los vencimientos de deuda quedasen impagados con el perjuicio que ello acarrearía para el adecuado funcionamiento de los servicios públicos.

Además, otro argumento a favor fueron las dificultades de las CCAA, primero, y de las EELL, después, de poder acceder al crédito privado, en condiciones favorables y, en ocasiones, ante la imposibilidad de obtener la posibilidad de refinanciación de las operaciones de endeudamiento existentes. También, otro motivo contradictorio con lo anterior que coadyuvó, fue la facilidad del Estado para poder acceder a los mercados financieros, estatales, europeos y mundiales, y los bajos costes de la financiación por la caída generalizada de los tipos de interés.

En paralelo, ha influenciado notablemente la normativa europea que ha venido obligando al Estado español a reducir su déficit estructural a través de diversas medidas y mecanismos posibles, a fin de reducir el mismo progresivamente hasta el año 2020.

En consecuencia, el principio de prudencia financiera ha aparecido en el ordenamiento jurídico español por los motivos anteriores, alcanzando finalmente positivización legal a través de las diversas fases que se han descrito.

Sin perjuicio de lo anterior, no se puede negar que este principio presenta evidente connotación sancionadora para CCAA y EELL, toda vez que les impone un determinado régimen de costes financieros, eliminando su posibilidad de decisión al respecto. Considerando que CCAA y EELL son Administraciones soberanas, sujetos de Derecho público con derechos y competencias propias y, muy importante, con autonomía financiera y de decisión; resulta en principio por ello contradictorio que el Estado haya optado por restringir su capacidad de decisión en materia de endeudamiento. Por ello la finalidad de la prudencia financiera, además de corregir el endeudamiento de los sujetos a ella obligados, se podría decir que es a la vez punitiva en cuanto restringe la libertad de actuación y, con ello, las competencias propias de

CCAA y EELL por un bien superior que es la sostenibilidad financiera, lo que acaba siendo una defensa del interés público entendido en términos amplios y que, aludiendo a LABAND<sup>380</sup> a efectos de interpretación finalista, sería asimilable a lo que él denomina medidas “*ilícitas (...) necesarias para el bien del Estado*”.

A este punto cabe hacer referencia al vocablo “*prudencia*” incorporado como verdadero principio general del Derecho en el marco del endeudamiento público. Esto es, como concepto juridificado o inserto en lo jurídico, cuando la prudencia ha sido tradicionalmente considerada un valor cuyo estudio se insertaba en el campo de la Filosofía. Siendo ello así, las exposiciones de motivos de las normas estudiadas no profundizan sobre la justificación de incorporar un principio jurídico de prudencia financiera.

Para comprender la voluntad del legislador en este punto, si se analiza la definición de “*prudencia*” de la Real Academia de la Lengua Española, se observa que se trata de un concepto con tres acepciones todas ellas de contenido similar, a saber, “*templanza, cautela, moderación*”, “*sensatez, buen juicio*” y “*una de las cuatro virtudes cardinales, que consiste en discernir y distinguir lo que es bueno o malo, para seguirlo o huir de ello.*”

Yendo más allá de este concepto general y de índole marcadamente filosófica, VALLET DE GOYTISOLO<sup>381</sup> definió a la “*prudencia legislativa*” como aquella que “*debe guiar la realización de la justicia general o legal, encaminada como ella al bien común.*” Profundizando en el concepto y recordando a Tomás de Aquino, el autor cita que “*la ley no es objeto de la justicia, sino más bien de la prudencia*” y que “*el prudente considera lo lejano en tanto puede ayudarle o impedirle respecto de lo que debe hacer en el momento presente.*” También cita a Marcel de Corte en que “*cuando*

---

<sup>380</sup> LABAND, PAUL en *Derecho Presupuestario*, traducción de ZAMIT, JOSÉ, Colección *Clásicos del Pensamiento Tercer Milenio*, editorial Tecnos, 1ª edición, Madrid, 2012, pág. 10; “*En determinadas circunstancias, la ley puede equivaler, desde un punto de vista material, a una medida administrativa, o puede coincidir por su contenido con ella, especialmente cuando va destinada a posibilitar medidas que son ilícitas de acuerdo con el Derecho general vigente, pero necesarias para el bien del Estado. Ejemplo de ello lo tenemos en la Ley de Confiscación del patrimonio, perteneciente al ex rey de Hannover.*”

<sup>381</sup> VALLET DE GOYTISOLO, Juan. *Metodología jurídica*, editorial Civitas, Monografías, 1ª edición, Madrid, 1988, págs. 390 a 391.

*la razón prudencial ha escogido, en función de su experiencia acumulada, la regla conveniente para el caso dado, lo hace así porque corresponde a la realidad humana de sus acciones anteriores similares y es verdadera porque resulta en conformidad a ella. Cuando es rectificadora por el buen fin que persigue, sigue siendo conforme a la realidad verdaderamente humana de este fin, per conformitatem ad appetitum rectum. Nada es más objetivo, repitámoslo sin cesar, que la razón prudencial.”*

Con estas citas se pretende significar que la prudencia es un vocablo con fuerte connotación semántica. Así y dado el silencio con que se introduce este principio en nuestro ordenamiento jurídico, y la falta de justificación explícita de ello, cabe valorar si la voluntad del legislador ha sido la de considerar el *status quo* y proyectar el mismo a futuro o haya considerado la necesidad de introducir un mecanismo de bloqueo inmediato de los precios de los endeudamientos de CCAA y EELL, que es lo que está siendo. La prudencia en estas circunstancias podría ser la perpetuación de un *status quo* perjudicial para las haciendas públicas de CCAA y EELL y para erradicarlo. De ser este el escenario en el que se ha ideado el principio y de ser probablemente cierto que ello puede provocar que el endeudamiento público ocasionado por los gastos financieros vaya *in crescendo a futuro*, no es menos cierto que esta medida de choque puede ser correlativamente perjudicial para la otra parte contratante: las entidades financieras y, por ende, para los intereses particulares en el ámbito de la contratación bancaria. Este efecto paralelo y coyuntural derivado de la introducción del principio de prudencia financiera se analiza en los siguientes apartados.

Por último, al hilo del anterior y ahondando en los motivos de la introducción de una prudencia en el ámbito de las finanzas públicas, y aunque pudiera parecer exagerado, la radical limitación de la libertad financiera de CCAA y EELL, participa en cierto modo de las notas características de la prodigalidad<sup>382</sup>, institución del Derecho

---

<sup>382</sup> Institución antigua del Derecho Romano, aunque no definida explícitamente en la normativa, ha sido objeto de estudio doctrinal y jurisprudencial. Se destaca la labor recopiladora hecha por ROMERO COLOMA, Aurelia María. *Prodigalidad y protección de la familia*, Revista Aranzadi Doctrinal núm. 6/2013, págs. 163 a 176; en donde recoge la siguiente definición “Evidentemente, no basta con un acto aislado de la persona, sino que es exigible una conducta, un hábito. Si se dieran varios actos aislados que merecieran el calificativo de pródigos, no por ello se podría acudir, en la práctica forense, a instar la declaración de prodigalidad. En este sentido, ya la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 1942 estimó que, para la existencia de la prodigalidad, se exigía, como requisito sine qua non, una conducta desordenada y ligera y que sea habitual, ya que los actos más o menos irregulares o los gastos excesivos, pero aislados y meramente circunstanciales, no pueden

Civil destinada a inhabilitar al sujeto declarado pródigo para administrar su patrimonio. En estos casos es el curador la persona legalmente competente para disponer y administrar el patrimonio del pródigo, mientras éste no sea extinga la prodigalidad. Aquí la función de curador la estaría asumiendo el Estado sobre las CCAA y EELL, intuyéndose que esta función terminará cuando se haya eliminado la situación de riesgo financiero de estas Administraciones<sup>383</sup>.

Sirva por ello lo anterior como un potencial ensayo sobre la motivación del legislador español en el momento de la introducción de un nuevo principio general del Derecho, en particular del Derecho Financiero, denominado “*principio de prudencia financiera*”.

### 2.3.2. Vinculación del principio a las partes contractuales

En el ámbito de la contratación bancaria privada, el artículo citado artículo 1.255 del CC dispone que las partes “*pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público.*”

Utilizando esta previsión y aplicándola al ámbito de la contratación bancaria de las Administraciones Públicas, en la medida que el principio de prudencia financiera y su regulación goza con acomodo legal tanto para CCAA como para EELL, se afirma que la regulación de este principio será vinculante para las partes en el marco de esta contratación. Ello porque, sobre la base del precepto transcrito, las partes no podrían establecer pactos o cláusulas contrarios a la ley.

---

*ser calificados como constitutivos de la condición jurídica de prodigalidad. Dentro del marco de la prodigalidad, hay que incluir toda la gama, variada de los desórdenes económicos y todos los modos o formas de disipación. Es decir, tanto la conducta de la persona que disipa su patrimonio, gastándolo inútilmente, como la de aquella persona que lo disipa administrándolo negligentemente, no siendo necesario que dichos gastos sean vanos o inútiles”.*

<sup>383</sup> Según el artículo 760.3 de la LEC, la sentencia que declare la prodigalidad “*determinará los actos que el pródigo no puede realizar sin el consentimiento de la persona que deba asistirle.*” In extremis, nótese que los “*actos*”, en prudencia financiera serían las operaciones de endeudamiento sujetas al régimen, y lo relativo a “*no puede realizar sin el consentimiento*” sería aplicable tanto a las operaciones sujetas a prudencia financiera como a las operaciones para las que se solicite autorización excepcional de la SGTPF u órgano encargado de la tutela financiera en EELL.



Adicionalmente, es de interés el artículo 1.258 del CC que precisa los efectos de los pactos contractuales, al manifestar que *“Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.”* Esta regulación adquiere especial relevancia en el marco de los contratos bancarios sujetos a prudencia financiera, toda vez que deja claro que la firma del contrato obliga las partes a todas sus consecuencias y a este punto cabe recordar que los contratos que se convinieron antes de la existencia del régimen de prudencia financiera son contratos que, de un modo sobrevenido, se pueden ver afectados por dicho régimen en caso que sean objeto de modificación o subrogación según el Apartado Sexto de la Resolución PF8.

En esta tesitura sucederá que, habiendo la Administración Pública y la entidad financiera contratado una determinada financiación a unas concretas condiciones, este contrato se verá sujeto al régimen de prudencia financiera en determinados supuestos, lo que provocará que lo pactado *ab initio* por las partes quede, por imperio de la ley, modificado. Además, se hace notar que esta modificación se producirá a la baja en los supuestos en que las partes tengan por objeto modificar el precio, ya que así lo obliga la letra g) del Apartado Sexto de la Resolución PF8. Como se ha indicado anteriormente, no es previsible que sea a la alza, toda vez que el principio de prudencia financiera persigue aligerar la carga financiera del sector público y se basa con los diferenciales que aplican al coste de financiación que tiene el mercado español. Desde la aparición de la primera Resolución PF1 hasta el momento presente, dichos diferenciales han mantenido una evolución constante a la baja.

En consecuencia, el contrato previo que sea objeto de modificación verá su precio rebajado por mor de la prudencia financiera, circunstancia que será positiva y beneficiosa para la Administración Pública deudora del contrato, en la medida que le supondrá una rebaja de precio y con ello un menor compromiso de los ingresos públicos. Aunque, por otro lado, frustrará una expectativa económica a la entidad financiera que había confiado en que el precio de la financiación era uno determinado en un principio y había asumido que la eventual modificación del mismo lo sería por acuerdo de las partes y no por imposición legal, como es el caso actual.

Las consecuencias de ello se analizan a continuación, aunque se termina el presente apartado recordando que, en todo caso, es propio del ámbito de la contratación privada que las partes contratantes sean soberanas y puedan consensuar y consentir los pactos que tengan por conveniente.

Con ello se quiere significar que, si el cliente público solicita a la entidad financiera la rebaja del precio de una operación de financiación no sujeta originalmente a prudencia financiera (porque este régimen aún no existía), siendo ambas partes conocedoras de que dicha modificación provoca tener que aplicar necesariamente los precios de prudencia financiera, no bastando una mera rebaja del precio original por encima de prudencia financiera; esta situación es de antemano conocida por las partes. Por un lado, el cliente público solicita la rebaja porque conoce que dicha solicitud provoca tener que aplicar el precio de la Resolución de prudencia financiera aplicable. Y, por otro lado, la entidad financiera también conoce que, si acepta la solicitud de rebaja, deberá rebajar hasta el máximo de prudencia financiera (a menos que se pacte un precio por debajo de dicho máximo). Con lo que, a pesar del perjuicio y frustración de expectativas que dicha rebaja provoca en la entidad financiera, la modificación de la operación original no se podrá producir sin el consentimiento de ambas partes. Por lo que, si ambas aceptan la modificación, la entidad financiera habrá conscientemente aceptado una rebaja sustancial del precio del contrato.

En este punto cabe indicar que cuestiones de índole no jurídico intervendrán en la toma de la decisión por parte de la entidad financiera, cuestiones como la fidelización del cliente, el riesgo asumido con el mismo y las expectativas a largo plazo, pueden provocar que la entidad financiera acepte la rebaja provocada por el régimen de prudencia financiera.

Cabe pensar que, en caso de que la entidad financiera denegase la solicitud de rebaja hecha por el cliente público, éste tendría otras opciones para conseguir esta rebaja, como sería acudir a otra entidad financiera y concertar una nueva operación de endeudamiento, por supuesto, a precios de prudencia financiera. La liquidez obtenida mediante dicha nueva operación sería utilizada por parte de la Administración Pública para realizar una amortización anticipada, y consiguiente cancelación, de la operación existente en la otra entidad financiera.

Bajo este supuesto planteado sucedería que la primera entidad financiera habría cobrado íntegramente su operación financiera pero quizás habría perdido un cliente o, al menos, la fidelización con el mismo. Y, por otro lado, la Administración Pública habría eliminado de su presupuesto una operación financiera a unos costes fuera de mercado (entendido aquí el mercado como el mercado de sector público dominado por el principio de prudencia financiera), y la habría sustituido por una nueva operación de principal similar pero con unos vencimientos de menor cuantía y, por tanto, que supondrían un aligeramiento de la carga financiera de dicha Administración. Por tanto, la autonomía de la voluntad sigue presente con timidez, aún bajo un contexto de prudencia financiera, aunque limita las actuaciones y estrategias, además de las expectativas de negocio, de las entidades financieras, y a favor de las haciendas públicas de CCAA y EELL.

En cualquier caso, téngase en cuenta que la entidad financiera no estaría obligada *ex lege* a aceptar la modificación del contrato, en base a su autonomía de la voluntad ya que, como sociedad mercantil capitalista, convenir negocios desfavorables iría en contra de sus finalidades, lo que así ha manifestado STIGLITZ<sup>384</sup>. Por ello, en caso de denegación de la operación, el contrato debería necesariamente ser objeto de extinción también a la luz del artículo 1.256 del CC por el que *“La validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.”*

De hecho y ahondando en la cuestión, se observa que la reducción de precio solicitada por la Administración Pública podría ser considerada como un repudio encubierto de la deuda. Ello sobre la base de que el vigente régimen de prudencia financiera, que se desarrolla más adelante en detalle, prevé que cualquier modificación de una operación preexistente en cuya virtud *“el coste resultante de la operación supere financieramente el coste de la operación preexistente”* estará prohibida, y que *“en cualquier caso, el coste financiero máximo será el establecido en el apartado*

---

<sup>384</sup> STIGLITZ, Joseph Eugène. *La Economía del Sector Público*, editorial Antoni Bosch, 3ª edición, Barcelona, 1988, pág. 59; apunta que, en relación a la financiación de la deuda pública, *“Los prestamistas continúan financiando gustosamente la deuda pública, siempre que el tipo de interés sea suficientemente alto.”* Como apunte de filosofía histórica: GRACIÁN Y MORALES, Baltasar. *El Discreto, Oráculo manual y arte de la prudencia*, por editorial Penguin Clásicos, Serie Clásicos comentados, 1ª edición, Barcelona, 2016, pág. 70; en donde alude al *“Saber negar. No todo se ha de conceder, ni a todos.(...). El no y el sí son breves de decir y piden mucho pensar”* como manifestación de la prudencia como virtud humana.

*tercero de esta Resolución.*” Ello significa que cuando el cliente público solicite la rebaja de precio de una operación ya existente, por efecto del régimen de prudencia financiera, dicha rebaja debe ser en términos de prudencia financiera, por lo que no sería válida una rebaja por encima del precio de prudencia financiera existente en el momento de firma de la operación de modificación. Por ello se considera que la petición unilateral de la Administración Pública relativa a obtener una rebaja de precio, en la medida que no se puede realizar una mera rebaja sino que se deberá realizar una rebaja que esté dentro de los máximos y mínimos de prudencia financiera, se considera que todo el margen de intereses desde el interés original de la operación hasta el nuevo interés modificado cabría entenderlo como un repudio de intereses que el propio régimen de prudencia financiera ampara.

En este escenario sucede que la entidad financiera no puede negociar en términos de plena libertad el nuevo tipo de interés, solamente lo puede negociar dentro de los mínimos y máximos del régimen de prudencia financiera. Es una imposición que requiere de interpretación para llegar a esta conclusión, de modo que la autonomía de la voluntad que por supuesto asiste a la entidad financiera se podría decir que podrá ser ejercitada previo análisis minucioso del régimen de prudencia financiera y, en cualquier caso, será en perjuicio de la entidad financiera. En todo caso, por el hecho que el cliente público solicite una rebaja de interés y la entidad financiera lo acepte, el cliente público habrá logrado *de facto* y *de iure* repudiar parte de los intereses de la operación o, dicho en otros términos, habrá obtenido una condonación tácita de la carga de intereses de la operación.

Es interesante el análisis sobre el repudio que hace EINAUDI<sup>385</sup> y a cuyo respecto también alude a las formas de defensa de los financiadores frente al repudio. Alude a la defensa preventiva consistente en elevar el tipo de interés, lo que no sería factible en el contexto de las CCAA y EELL precisamente por la limitación derivada del régimen de prudencia financiera. Y a la defensa represiva por la que, y aludiendo a hechos históricos, los acreedores “*declaran el boicot a los Estados en quiebra, advirtiendo a los capitales de la inconveniencia de prestarles dinero*”, lo que provocó entonces la

---

<sup>385</sup> EINAUDI, Luigi. *Principios de Hacienda Pública*, Colección *Biblioteca de Ciencias Sociales*, editorial Aguilar, 5ª edición, Madrid, 1958, pág. 428 a 429.

negociación de los Estados de sus deudas financieras “*lo que no pudieron conseguir más que haciendo honor a sus deudas atrasadas y arreglándose con sus acreedores mediante un convenio aceptable para ambas partes.*”

Por todo lo que, ya sea de manera prevista o imprevista, se ha conseguido la reaparición de una figura histórica de la hacienda pública, como es el repudio de la deuda, más propia de escenarios en los que el principio de legalidad ni la seguridad jurídica han sido imperantes. Desde esta perspectiva, por tanto, la introducción del repudio posiblemente constituya un retroceso en la evolución del Estado de Derecho y una deficiente cohonestación entre la necesaria convivencia de los intereses públicos y privados. Sin que se olvide que, según diversas citas contenidas en el Capítulo I, los intereses privados aunados forman un interés público, como podría ser la protección de los ahorradores.

3.3.3. Examen de la intervención de precios que conlleva, y de su amparo constitucional

*A) Antecedentes afines*

Como se ha expuesto al principio de la tesis, únicamente se han encontrado dos monografías que en el pasado hayan estudiado la cuestión de los contratos de financiación de Administraciones Públicas desde la perspectiva de Derecho Público. Así, la obra de UDINA MARTORELL<sup>386</sup> explica las operaciones financieras que el Banco de Crédito Local podía realizar con EELL y, respecto de las mismas se citan intereses y comisiones máximas “*que fije el Gobierno*” para las siguientes operaciones: a largo plazo, a medio plazo y de tesorería, en esencia.

En particular, en esta misma obra se citan estas fuentes normativas de las que derivan algunas de las limitaciones de los costes a que aluden: (i) Orden de 28 de junio de 1963 sobre concesión de créditos a las Corporaciones locales radicadas en zonas turísticas para realización de obras de interés turístico (artículo 3 expresa que los créditos “*devengarán un interés del 5,25 por ciento anual, incluida la comisión del*

---

<sup>386</sup> UDINA MARTORELL, Santiago. *El crédito y la banca en el sector público local*, Instituto de Estudios Fiscales, editorial Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, 1ª edición, Madrid, 1972, págs. 251 a 269 sobre enumeración de límites, y págs. 103 a 126 sobre normativa aplicable.

*Banco de Crédito Local*”); y (ii) Orden de 22 de julio de 1963 por la que se autoriza al Banco de Crédito Local de España para concertar préstamos a medio plazo con las Corporaciones locales (artículo 1 expresa que los créditos “*devengarán un interés anual del 4,75 por 100, incluida la comisión del Banco*”). A pesar de que la obra indicada también expresa que en las operaciones de Tesorería los costes los fijaba el Gobierno, salvo error u omisión, no se incluye la normativa de referencia aplicable.

Todo cuanto se señala como precedente a la intervención de precios, aunque aquella fue únicamente aplicable al ámbito de las EELL y respecto de operaciones financieras determinadas realizadas por una entidad financiera específica: el Banco de Crédito Local. No se puede afirmar que sea un precedente del régimen de prudencia financiera actual, pero sí que constituye un antecedente en la historia de la hacienda pública local en que hubo intervención de precios, esto es, que los precios de las operaciones financieras no eran de libre fijación entre las partes. En cualquier caso, cabe decir que eran precios positivos, no eran precios comparables pues con los del régimen de prudencia financiera en el que se han legitimado escenarios sin precio o con precios negativos por efecto de la aplicación del coste de financiación del Estado. Consiguientemente, el régimen precedente aludido establecía un máximo de precio pero era verdaderamente un precio que satisfacía la entidad local a la entidad financiera.

En el régimen de prudencia financiera vigente, si bien puede hablarse de precio en teoría, en la práctica puede suceder que eventualmente no se satisfaga precio alguno de la entidad local a la entidad financiera porque el tipo de interés es cero o negativo.

#### *B) Sobre el posible carácter expropiatorio*

La frustración o perjuicio económico que la aplicación del régimen de prudencia financiera pueda causar al sector financiero es, en principio, un efecto derivado de la supremacía de la ley en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, procede analizar si ello constituye un caso de expropiación legislativa de un derecho previamente adquirido y consolidado, en este caso, por parte de las entidades financieras, y en su caso si se trata de una medida con amparo constitucional.

En primer lugar, se analizará, por tanto, desde la óptica de la responsabilidad del Estado legislador, prevista en el artículo 32.3 de la LRJSP. En puridad, observando la cuestión estrictamente desde la perspectiva de la entidad financiera, la rebaja del precio de la financiación en los casos indicados procede siempre de una imposición legal, en la que lógicamente no interviene margen de maniobra alguna de los sujetos contratantes. A pesar de ello, esta rebaja se produce en operaciones financiera firmadas y consensuadas años antes de la existencia del régimen de prudencia financiera, con unos diferenciales determinados que convinieron ambas partes y que la entidad financiera, previo análisis interno de riesgos y autorizaciones pertinentes, accedió a otorgar esta financiación a la Administración Pública para que ésta atendiera a sus fines propios de interés público. Ello significa que, en virtud de dichos contratos, el importe de la financiación fue puesto a disposición de la Administración Pública en el momento de perfección del concreto contrato (ya fuese una operación de crédito o de préstamo), de modo que dicha Administración pudo satisfacer sus necesidades mediante la entrega de este dinero. Sin embargo, en correlación, la entidad financiera esperaba recuperar a lo largo del tiempo tanto el principal del capital prestado, como el coste de la operación consistente en los intereses ordinarios (y, en su caso, de demora; ello sin perjuicio de las comisiones que en su mayoría habrían sido pagadas al principio de la vigencia del contrato).

Constatado lo anterior, lo más probable es que bajo el régimen de prudencia financiera haya sucedido que, mientras que por un lado las CCAA y las EELL ya han gastado y destinado los fondos de sus operaciones financieras precedentes, por otro lado las entidades financieras no habrán todavía recuperado estos importes porque aquellas CCAA y EELL aún no los habrán amortizado en su integridad, ante lo que las entidades financieras seguirán ostentando un derecho de crédito frente aquellos deudores por los importes pendientes de pago. Esta es la lógica y práctica habitual de los negocios y de la contratación privada sujeta al principio de la buena y diligencia de las partes. La aparición del principio de prudencia financiera en este escenario supone la pérdida automática de todo o parte de aquellos derechos de crédito de la entidad financiera consistentes en los intereses ordinarios pendientes de amortización proyectados hasta el final de vida de la operación de financiación.

Pues bien, respecto de estos supuestos de pérdida de derechos de crédito futuros aunque consolidados desde el principio del contrato, es una cuestión sobre la que no se pronuncia la normativa de prudencia financiera.

El régimen de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por actos legislativos de naturaleza no expropiatoria advierte que el acto legislativo en cuestión puede prever que genera un daño que los administrados no tienen el deber jurídico de soportar y, por ende, reconozca que debe ser objeto de indemnización<sup>387</sup>. Sin embargo, la jurisprudencia ha reconocido que dicha responsabilidad también podrá proceder aunque no se haya previsto expresamente<sup>388</sup>, y que debe tratarse de una responsabilidad especial, que afecte aun grupo determinado.<sup>389</sup>

---

<sup>387</sup> El artículo 32.3 de la LRJSP dispone “*Asimismo, los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos como consecuencia de la aplicación de actos legislativos de naturaleza expropiatoria de derechos que no tengan el deber jurídico de soportar cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que en ellos se especifiquen.*”

<sup>388</sup> Así se pronuncia la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 28/1997, de 13 de febrero de 1997 (cuestión de inconstitucionalidad núm. 278/1991) (RTC 1997\28), dispuso que (FJ 7) “*Es claro, por tanto, que el silencio de la Ley sobre esta particular, no puede ser considerado como una exclusión vulneradora de lo dispuesto en el art. 33.3 CE, sino que ha de entenderse que ese extremo quedará sometido a la normativa general del ordenamiento jurídico sobre la responsabilidad patrimonial por actos de los poderes públicos que procede otorgar a quienes, por causa de interés general, resulten perjudicados en sus bienes y derechos.*” Luego, esta doctrina fue recogida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2009 (Recurso de Casación 944/2004) en estos términos “*En este marco normativo, en relación con los artículos 9.3 y 106.2 de la CE, nos obliga a indagar sobre la finalidad en este punto de la ley, para constatar si asiste un propósito indemnizatorio para el caso que se suscita, como reiteradamente ha venido declarando esta Sala por todas Sentencia de 13 de marzo de 2001 (recurso de casación nº 5541/1998) al señalar que «se ha mantenido que si la ley no declara nada sobre dicha responsabilidad los tribunales pueden indagar la voluntad tácita del legislador (ratio legis) para poder así definir si procede declarar la obligación de indemnizar. No debemos solucionar aquí esta cuestión, que reconduce a la teoría de la interpretación tácita la ausencia de previsión expresa legal del deber de indemnizar.»*

<sup>389</sup> Al respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2011 (recurso de casación núm. 258/2009) (Id Cendoj 28079130042011100030) dispone que (FJ 7) “*Como precisan las sentencias de once de abril y dieciocho de diciembre de mil novecientos ochenta y seis «si el criterio esencial para determinar la antijuridicidad del daño o perjuicio causado a un particular por la aplicación de un precepto legal o normativo, debe ser el de si concurre o no el deber jurídico de soportar el daño, ya que las restricciones o limitaciones impuestas por una norma, precisamente, por el carácter de generalidad de la misma, deben ser soportadas, en principio por cada uno de los individuos que integran el grupo de afectados en aras al interés público»; la clave para apreciar la responsabilidad por acto legislativo, está en la apreciación de que los daños ocasionados sean de naturaleza especial, y que no se traten de meras expectativas de derecho. En definitiva, es preciso que exista un sacrificio patrimonial singular de derechos o intereses económicos legítimos afectados de manera especial por las actuaciones administrativas anteriores o concomitantes con la legislación aplicable.*”



Además, dicha jurisprudencia descansa en el hecho que la razón de ser de este tipo de responsabilidad yace en normas que posteriormente hayan sido declaradas inconstitucionales. Por ahora no existe recurso de inconstitucionalidad alguno interpuesto contra la LOEPSF, ni las reformas de la LOFCA y TRLHL sobre introducción del principio de prudencia financiera. Lógicamente, al no haberse recurrido no es previsible que se declare la inconstitucionalidad del principio y su régimen jurídico. Sin perjuicio de ello, cabe formular la siguiente reflexión.

*C) Sobre la intervención de precios y la libertad de empresa*

Ante la pregunta de ¿laissez faire o intervención económica estatal? DE FIGUEIREDO<sup>390</sup> ha afirmado que *“la mejor respuesta sigue siendo la ponderada y prudente aplicación del principio de subsidiariedad –fórmula feliz para armonizar sociedad y Estado, o sea: la libertad necesaria con la intervención indispensable.”*

Partiendo de este hilo y citando a MENÉNDEZ<sup>391</sup>, en el ámbito de los negocios, los precios del mercado se forman a partir del *“libre juego de las fuerzas económicas”*. Por ello, se trata *“del sistema opuesto al de intervención pública, cuya actuación puede oscilar –en función del grado de exigencia que reclame la satisfacción del interés general- desde la simple obligación de comunicar los precios que pretendan aplicarse hasta la fijación directa de los llamados precios tasados; los cuales, de persistir determinarán normalmente la aparición de mercados negros, donde seguirán formándose precios alternativos.”*

De hecho, los precios de los bienes y servicios surgen de la propia práctica del mercado. Aportando una referencia económica, WARD<sup>392</sup> apuntó que *“Una economía de mercado es una economía en la que los bienes se mueven de un participante a otro*

---

<sup>390</sup> DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, Diogo. *Crisis y regulación de mercados financieros. La autoregulación regulada: ¿una respuesta posible?*, Revista de Administración Pública, número 180, septiembre-diciembre, editorial Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Madrid, 2009, pág. 10.

<sup>391</sup> MENÉNDEZ, Aurelio y ROJO, Ángel (Dirs). *Lecciones de Derecho Mercantil*, Volumen II, editorial Civitas Thomson Reuters, 12ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2014, págs. 37 a 38.

<sup>392</sup> WARD, Benjamin. *Teoría elemental del precio*, traducción del inglés de José Antonio Fernández Arena, editorial Compañía Editorial Continental, México, 1ª edición, 1969, págs. 48 a 49.

*como resultado de los tratos. Es elemento esencial de los tratos el que cada participante tenga derecho a rehusar o aceptar los términos de cualquier oferta.”*

A su vez, STIGLER<sup>393</sup> apuntaba que *“El mercado perfecto se caracteriza por un conocimiento total por parte de los comerciantes. O, en otras palabras, en un mercado perfecto ningún comprador paga más de lo que cualquier vendedor aceptará, y ningún vendedor aceptará menos de lo que cualquier comprador pagará.”*

Más específicamente en el ámbito financiero, FRIEDMAN<sup>394</sup> afirmó que *“El tipo de interés, que proporciona el incentivo a los dueños del capital para conservar éste o aumentarlo, es el precio que juega en la solución de este problema en una economía de intercambio y libre empresa.”*

Sirvan estas citas para introducir la cuestión de la libre fijación de precios en el mercado *versus* el estricto régimen de prudencia financiera. Esto es, la libertad imperante respecto de la fijación de los diferenciales y comisiones de las operaciones financieras en la práctica bancaria privada, *versus* la intervención estatal de diferenciales y comisiones en el ámbito de la financiación de CCAA y EELL.

Desde una perspectiva estricta, la limitación de precios que conlleva el régimen de prudencia financiera en general, y las Resoluciones de la SGTPF en particular, hacen plantearse la cuestión de si tales regulaciones son respetuosas con la libertad de empresa y mercado (también denominada *“derecho a la iniciativa privada”* por LINDE PANIAGUA<sup>395</sup>) consagrada en el artículo 38 de la CE a cuyo tenor *“Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.”*

---

<sup>393</sup> STIGLER, George J. *La teoría de los precios*, traducción del inglés de Julio Segura Sánchez, editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1ª edición, 1967, págs. 103 a 104.

<sup>394</sup> FRIEDMAN, Milton. *Teoría de los precios*, traducción del inglés de José Vergara y José Vergara L. de San Román, editorial Alianza, Madrid, 1ª edición, 1972, pág. 18.

<sup>395</sup> LINDE PANIAGUA, Enrique. *Introducción al Sistema Económico en la Constitución Española*, editorial Cometa, Zaragoza, 1987, pág. 19.

Citando a RIVERO<sup>396</sup>, la intervención administrativa en la Economía es “*cualquier forma de injerencia de la Administración en la actividad de los particulares.*” Partiendo de esta premisa, LAGUNA<sup>397</sup> se ha ocupado de estudiar los supuestos en los que estaría justificada una regulación de precios (tales como los precios de los servicios públicos, de actividades sujetas a derechos especiales, en mercados en que no haya competencia efectiva, en servicios de interés general o para la adquisición de determinados bienes por parte del sector público), sin que en ninguno de ellos se pueda encuadrar el caso que nos ocupa. De hecho, el autor parte de la fijación natural de los precios en el mercado, lo que denota la dificultad de su fijación, y añade que “*el precio debe permitir la recuperación de las inversiones, así como un razonable beneficio empresarial. En caso contrario, la medida tendría carácter ablatorio, por lo que sólo podría adoptarse acompañada de la correspondiente compensación (subvenciones, ayudas, etc.)*”, insistiendo luego en que “*La regulación de precios debe adaptarse a las características del sector, buscando la menor restricción posible de la libertad empresarial*” y que esta reducción de precios debe “*evitar tanto ganancias extraordinarias como una excesiva reducción de los beneficios*”.

También, ESTEVE<sup>398</sup> ha afirmado que la intervención de las autoridades reguladoras que puede consistir en la fijación de “*unos topes máximos de los precios y tarifas*” para garantizar que no se produzcan abusos o disfunciones, en “*sectores que solo admiten un número muy reducido de operadores, en situaciones de oligopolio o de estricto monopolio.*” No es el caso analizado bajo ningún momento, motivo de más para al menos discutir la fijación de unos precios máximos en operaciones de endeudamiento entre entidades financieras y CCAA y EELL.

---

<sup>396</sup> RIVERO ORTEGA, Ricardo. *Derecho Administrativo económico*, editorial Marcial Pons, 6ª edición, Madrid, 2013, pág. 19.

<sup>397</sup> LAGUNA DE PAZ, José Carlos. *Derecho Administrativo Económico*, editorial Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 1ª edición, 2016, págs. 257, 261 a 262.

<sup>398</sup> ESTEVE PARDO, José. *Origen, principios y técnicas de la regulación de sectores económicos de interés general*, en la obra de REBOLLO PUIG, Manuel (Dir.). *La regulación económica. En especial, la regulación bancaria. Actas del IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo*, editorial Iustel, 1ª edición, Madrid, 2012, pág. 58.

En el caso estudiado, la reducción de precios supone claramente una reducción de los beneficios toda vez que al limitar los diferenciales aplicables al tipo de interés al de los diferenciales que pacta el propio Estado, es un precio de mercado rebajado al máximo en el que, y por efecto de los tipos negativos, puede provocar que la entidad financiera experimente un beneficio nulo. Ésta es la situación *de facto* de la que partir para realizar el siguiente análisis de conformidad constitucional primero, y del ordenamiento jurídico y en el marco de la Economía de mercado después.

Así, conforme a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional sobre la denominada “*Constitución Económica*” y, en particular, sobre este precepto cabe distinguir dos aspectos. Por un lado, la exigencia de que dicha libertad se ejerza en el marco de la economía de mercado, quedando ésta definida como la defensa de la competencia que constituye un presupuesto y un límite de aquella libertad, debiéndose evitar aquellas prácticas que puedan afectar o dañar seriamente a un elemento tan decisivo en la Economía de mercado como es la concurrencia entre empresas y no como una restricción de la libertad económica, lo que dio lugar a la materia de la defensa de la competencia.<sup>399</sup>

Por otro lado, la reserva de ley, así como la necesidad de que ésta respete en todo necesidad el núcleo esencial<sup>400</sup>, de cuya interpretación el Tribunal Constitucional ha manifestado que, en todo caso, el núcleo esencial de la libertad de empresa debe ser coherente con otros principios constitucionales con el reparto de la riqueza y la planificación económica del país, principios a los que la libertad de empresa debe

---

<sup>399</sup> Así lo expresa la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 208/1999, de 11 de noviembre de 1999 (recursos de inconstitucionalidad acumulados núms. 2.009/89 y 2.027/89) (RTC\1999\208), FJ6. En el mismo también se expresa que “*Como dijimos en la tan citada STC 88/1986 «el reconocimiento de la economía de mercado por la Constitución, como marco obligado de la libertad de Empresa, y el compromiso de proteger el ejercicio de ésta –art. 38, inciso segundo—por parte de los poderes públicos supone la necesidad de una actuación específicamente encaminada a defender tales objetivos constitucionales. Y una de las actuaciones que pueden resultar necesarias es la consistente en evitar aquellas prácticas que puedan afectar o dañar seriamente a un elemento tan decisivo en la economía de mercado como es la concurrencia entre Empresas, apareciendo así la defensa de la competencia como una necesaria defensa, y no como una restricción, de la libertad de Empresa y de la economía de mercado, que se verían amenazadas por el juego incontrolado de las tendencias naturales de éste» fundamento jurídico 4º*”

<sup>400</sup> Ex artículo 53.1 de la CE, cuya literalidad es “*Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a)*.”

sujetarse y, en su caso, ceder en beneficio del interés general si así ha sido previsto por el legislador<sup>401</sup>. En puridad, el Tribunal Constitucional ha dado a entender que “*no es preciso que todas las actuaciones de las empresas y de los empresarios sean libres*”, lo que denota que se pueden establecer limitaciones a esta libertad. Estas limitaciones, manifestadas en sentido amplio, parece que hace referencia al modo de ejercer la empresa por parte de los empresarios, que puede ser condicionada o limitada en ocasiones. Esta limitación, *a priori*, podría encajar con la cuestión analizada de la prudencia financiera.

Pero es que además, es elocuente la jurisprudencia cuando afirma que la libertad de empresa no es una libertad en sí misma, sino que viene delimitada por la existencia de otros principios como son (i) el consagrado en el artículo 128.1 de la CE según el cual “*Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general.*”; y (ii) el principio del artículo 131.1 de la CE a cuyo tenor “*El Estado, mediante ley, podrá planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución.*”

---

<sup>401</sup> La máxima exponente es la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 37/81, de 16 de noviembre de 1981 (recurso de inconstitucionalidad núm. 184/81) (RTC\1981\37), que afirma que (FJ 2): “*No hay, pues, lugar a entrar en el análisis de qué es lo que haya de entenderse por libertad de empresa o cuál sea el contenido esencial de esta libertad, que en todo caso ha de ser compatible con el principio declarado en el apartado 1 del art. 128.1 y con las habilitaciones específicas que al legislador confieren tanto el apartado 2 de este mismo artículo como el apartado 1 del art. 131, sino sólo en la precisión de cuál sea el alcance de la reserva de ley que la garantiza.*” Luego, en voto particular, el Magistrado Luís Díez-Picazo aclara mejor dicho contenido esencial bajo estos términos: “*En relación con el art. 38, ello no significa, ni puede significar, que en cada una de las situaciones concretas en que pueda resultar limitada la libertad de actuación de un empresario tenga que producirse una Ley, ni que en cada limitación de la concreta libertad empresarial haya necesariamente una reserva de Ley. Si la llamada libertad de empresa es un principio inspirador de la línea del orden económico, sólo puede hablarse de un «contenido esencial» de libertad de empresas para aludir a un determinado contenido, más allá del cual se adopta un sistema económico que ya no se ajusta a los parámetros constitucionalizados. Como hemos dicho más arriba, el marco constitucional permite sistemas económicos diferentes y si no es preciso que todas las actuaciones de las empresas y de los empresarios sean libres, mientras el orden económico se desenvuelva dentro de los principios de libre empresa y economía de mercado, las medidas de coerción tendentes a favorecer la libre empresa o la economía de mercado, aunque limite la libertad de los empresarios, no alteran los términos del art. 38.*”

En consecuencia, la libertad de empresa deberá encajar con estos límites derivados de la propia CE, aunque como indica PAREJO<sup>402</sup> *“la actividad económica en libre competencia en el mercado no está libre de Estado”*. En esta tesitura, si por un lado la introducción del régimen de prudencia financiera puede perjudicar al sector financiero en cuanto a los contratos que sean modificados *ex post* y, con ello, rebajados sus diferenciales inicialmente previstos; no es menos cierto que dicho régimen persigue una mejor distribución de la riqueza nacional y la erradicación de la situación de morosidad de CCAA y EELL, por lo que esta situación puede ser entendida como de interés general. A su vez, a pesar del carácter amplio con el que es redactado, se podría considerar que el régimen de prudencia financiera es una suerte de planificación destinada a atender, en definitiva, las necesidades de CCAA y EELL que, en puridad, son necesidades colectivas en tanto que Administraciones Públicas, cuya finalidad es equilibrar la situación financiera de dichas Administraciones, no haciendo una más justa distribución de la renta pero sí limitando su capacidad de gasto de manera muy notoria y favorable.

A mayor abundamiento, cabe traer a colación el estudio de ARIÑO y SALA ARQUER<sup>403</sup> respecto de la competencia estatal exclusiva en materia monetaria *ex artículo 149.1.11ª de la CE a cuyo tenor el Estado tiene competencia exclusiva sobre el “Sistema monetario: divisas, cambio y convertibilidad; bases de la ordenación de crédito, banca y seguros.”*

De este precepto los autores concluyen que incluye un amplio elenco de competencias estatales y de *“todo aquello que de una manera indirecta contribuya a la determinación y defensa de su valor”* y, en particular y entre otras, *“la regulación o liberación de los tipos de interés”* y con carácter más general la *“regulación de todos los instrumentos necesarios para asegurar una cierta continuidad en el valor de la moneda (...) y, en general, el establecimiento de techos, porcentajes o condiciones de*

---

<sup>402</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano (Dir.). *Lecciones de Derecho Administrativo. Orden económico y sectores de referencia*, editorial Tirant Lo Blanch, 3ª edición, Valencia, 2012, págs. 19 a 21; en donde también añade que, entre las principales manifestaciones de la política económica está *“la política de libre competencia, que tiene por objeto la generación y el mantenimiento, en los mercados idóneos al efecto, de la óptima situación posible de competencia real y efectiva (...)”*.

<sup>403</sup> ARIÑO ORTIZ, Gaspar y SALA ARQUER, José Manuel. *La Bolsa española: marco institucional. Colección Estudios de Derecho Bancario y Bursátil*, editorial Centro de documentación bancaria y bursátil, 1ª edición, Torrejón de Ardoz (Madrid), 1987, pág. 127.

*nacimiento de aquellas magnitudes directamente relacionadas con la oferta monetaria.*” Es una interpretación extensiva de la competencia estatal exclusiva que, desde la óptica del análisis del régimen de prudencia financiera, cabe entender que también a través del artículo 149.1.11<sup>a</sup> de la CE dicho régimen halla *a fortiori* acomodo constitucional.

Nótese sin embargo que el artículo 149.1.11<sup>a</sup> de la CE se refiere al sector monetario pero también a la regulación de la actividad bancaria, esto es, a la regulación del Derecho Bancario Público. Por lo tanto, la *norma normarum* ya se ocupó en sus orígenes de considerar dentro de una misma realidad la organización y regulación del sistema monetario y el de sus actores como es el sector bancario, de lo que se puede entender que uno y otro sector deberán ser combinados de manera correcta. No obstante, la manera de realizar esta combinación en modo idóneo puede ser objeto de debate en la práctica, tal y como sucede en el caso analizado. Es la primera vez durante la vigencia de la CE que el Estado decide o impone unos precios máximos, techos o *caps* para las operaciones de financiación que concierten CCAA y EELL con entidades financieras. Opción que, a la luz de lo indicado por los autores citados, tendría cabida dentro de su competencia exclusiva.

Sobre la base de estas premisas, parece de difícil argumentación que el régimen de prudencia financiera pueda ser considerado inconstitucional, no en sí mismo que podría ser discutible la drástica limitación de la libertad de empresa que supone en tanto que intervención en los precios de los contratos de financiación, pero sí en el contexto de la Constitución Económica en donde dicha libertad de empresa aparece difuminada por otros principios de mayor peso, económico y político en la práctica, como son la protección del interés público y el mejor reparto de la riqueza o ingresos de las CCAA y EELL. Bajo estas premisas, la libertad de empresa cede a favor de estos otros principios, motivos por los que la inconstitucionalidad del régimen de prudencia financiera parecería estar dentro de estos límites establecidos.

A pesar de ello, la seguridad jurídica queda en entredicho con la inclusión de esta regulación que impacta en los precios y en la práctica bancaria inmediata, pues aludiendo nuevamente a DÍEZ-PICAZO<sup>404</sup> que describe la seguridad jurídica como “seguridad normativa” basada en la “rectitud, probidad y la inteligencia de los gobernantes, de manera que la seguridad afecta tanto al gobierno y al Estado como a la sociedad en sí misma”. Asimismo, es también ilustrativa la reflexión de LÖSING<sup>405</sup> sobre la seguridad jurídica en relación al desarrollo económico a cuyo respecto afirma que “Sólo cuando se fijan ciertas reglas y se impone su observancia, puede tener lugar de modo razonable el «juego», en este caso el desarrollo económico. Cuanto mayor sean la falta de certeza y los peligros, tanto mayores son los costes de transacción (costes para protegerse de las inseguridades), tanto menos actores pueden participar y tanto menor es la ganancia.

En todo caso, son precios que, a su vez, son objeto de revisión mensual (con tendencia a la baja en prácticamente todas las Resoluciones publicadas desde el inicio del régimen de prudencia financiera), lo que y a pesar de poder haber superado un juicio de constitucionalidad, no es menos cierto que pueda provocar una desconfianza del sector financiero privado *versus* las políticas del sector público en la materia en la medida que, desde la perspectiva de los sujetos privados, son medidas perjudiciales e inseguras citando a la doctrina de ARIÑO<sup>406</sup>, en la medida que suponen *de facto* un bloqueo a la libertad más esencial que deben gozar los comerciantes.

---

<sup>404</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis. *La seguridad jurídica y otros ensayos*, Colección Cuadernos Civitas, editorial Civitas Thomson Reuters, 1ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2014, pág. 15.

<sup>405</sup> LÖSING, Norbert. *Estado de Derecho, seguridad jurídica y desarrollo económico*, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional número 6, enero-diciembre 2002, editorial Centro de Estudios constitucionales y Políticos, Madrid, pág. 277.

<sup>406</sup> ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*, editorial Marcial Pons, 1ª edición, Madrid, 1993, págs. 58 a 59; apunta que “hay que establecer mecanismos institucionales y fiscales que promuevan la aportación de ahorro y financiación privada a la realización de obras y servicios públicos (...). Sólo si existen un marco legal e incentivos fiscales adecuados, surgirá la iniciativa privada.” Y en su pág. 99 señala que para que exista una economía abierta y competitiva hace falta, entre otras, libertad de empresa y “libertad de transacciones económicas: libertad de pactos, de precios y de mercados, sin más limitaciones que las que se deriven de la existencia de monopolios naturales.” El mismo autor alude a la Encíclica de Juan Pablo II, *Centesimus Annus* (Capítulo IV, párrafo 48), en cuanto alude a las funciones del Estado garantista, en *op. cit.* págs. 68 a 70: “La actividad económica, en particular la economía de mercado, no puede desenvolverse en medio de un vacío institucional, jurídico y político. Por el contrario, supone una seguridad que garantiza la libertad individual y la propiedad, además de un sistema monetario estable y servicios públicos eficientes. La primera incumbencia del Estado es,



A pesar de que en una época anterior a la existencia del principio de prudencia financiera, PLEITE<sup>407</sup> afirmara que, en relación al principio de legalidad en materia de deuda pública, *“hay que tener en cuenta los problemas que plantea la deuda pública contraída a través de contratos de préstamo y crédito, que en la ley se fijan las características de los mismos, dados los cambios tan rápidos y las fluctuaciones de los mercados financieros, harían obsoleto que las leyes fijen determinadas condiciones de estas operaciones, como los tipos de interés.”* De modo que el autor veía imposible que la ley pudiese llegar a este nivel de detalle, esto es, el de regular los tipos de interés de las operaciones de préstamo y crédito, precisamente a razón de la volatilidad de los mismos. Pues ello ha acontecido, con la introducción del principio de prudencia financiera, por lo que actualmente es una realidad.

También y en época aún más anterior, MARTÍN MATEO<sup>408</sup> advirtió sobre *“el intervencionismo de la administración llevado a sus últimas consecuencias puede colocarla también en situación de dominio sustancial de empresas ajenas, e incluso desembocar en nacionalismos encubiertos de caracteres, además, prácticamente confiscatorios”*; reflexión que merece ser tenida en cuenta por su en la medida que, aún aludiendo luego a la intervención de precios en el mercado de la energía, ciertamente advierte del riesgo de un intervencionismo administrativo excesivo.

Al respecto de esta libertad de comercio, CANGA ARGÜELLES<sup>409</sup> ya destacó en 1813 la importancia de preservarlo frente a perjuicios al afirmar que (transcripción literal) *“El comercio, manantial precioso de la abundancia y de las riquezas, vejado de mil maneras, y mortificado de varios modos por los agentes del fisco, siempre que recobrarse de la justa libertad que debe tener, nos proporcionara fondos con que sostener la lucha”*.

---

*pues, la de garantizar esa seguridad (...).”* Link Encíclica (consulta del día 15/06/17): [https://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/es/encyclicals/documents/hf\\_jp-ii\\_enc\\_01051991\\_centesimus-annus.html](https://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/es/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_01051991_centesimus-annus.html)

<sup>407</sup> PLEITE GUADAMILLAS, Francisco. *El principio de legalidad en materia de deuda pública autonómica*. Parlamento y Constitución. Anuario, número 3, publicado por Cortes de Castilla La Mancha, 1999, pág. 142.

<sup>408</sup> MARTÍN MATEO, Ramón. *Empresa pública, empresa privada, economía mixta*, Revista Española de Derecho Administrativo, número 15, octubre-diciembre, Madrid, 1977, pág. 590.

<sup>409</sup> CANGA-ARGÜELLES, José. *Apuntes para la historia de la Hacienda Pública de España en el año 1811*, editorial Imprenta Tormentaria (a cargo de Juan Domingo Villegas), Cádiz, 1813, **pág. 19**.

Cierto es que era otro contexto y que las prioridades de inversión de los recursos públicos eran fundamentalmente la defensa del Estado, pero la reflexión es interesante como advertencia a la excesiva injerencia del Estado en la actividad de los comerciantes. Como autor contemporáneo, ARROYO<sup>410</sup> ha señalado que *“el empresario ha de gozar de un mínimo, pero suficiente, reducto infranqueable de autonomía, sin la cual no sería empresa privada sino empresa pública.”*

A este punto, y sin perjuicio de la claridad de las reflexiones de LAGUNA sobre el particular, se destacan también las vertidas por TAPIA HERMIDA<sup>411</sup> en la obra de MARTÍN-RETORTILLO, en relación con el concepto del Derecho Bancario Público, que entiende que la limitación sustancial de la autonomía negocial que la intervención implica no debe traducirse en *“una disciplina del crédito privado reglamentarista y burocrática. Esta exigencia constitucional de libre iniciativa (y competencia) que los poderes públicos, lejos de frustrar con una intervención inadecuada, vienen obligados a garantizar y proteger en su ejercicio (art. 38 de la Constitución) (...).”*

Finalmente cabe formular una observación desde la perspectiva de la libre competencia, a cuyo fin se cita lo apuntado por ANGULO<sup>412</sup> respecto de la actividad normativa y la Doctrina de Acción de Estado. Al respecto *“ningún reproche será realizado a aquellas medidas normativas que, aunque dañinas para la competencia, estén justificadas y superen un test de proporcionalidad; es decir, las autoridades de competencia aceptarán una norma que distorsione potencial o efectivamente la*

---

<sup>410</sup> ARROYO JIMÉNEZ, Luis. *Libre empresa y títulos habilitantes*, Colección *Estudios Políticos*, editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1ª edición, Madrid, 2004, pág. 155 en donde sobre el ejercicio de la libertad de empresa se afirma que *“el empresario ha de gozar de un mínimo, pero suficiente, reducto infranqueable de autonomía, sin la cual no sería empresa privada sino empresa pública.”*

<sup>411</sup> TAPIA HERMIDA, Alberto, Capítulo II sobre *Evolución histórica, situación y perspectivas generales del Derecho Público Bancario*, de la obra de MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián (Dir.). *Estudios de Derecho Público Bancario*, editorial Ceura, 1ª edición, Madrid, 1987, pág. 69.

<sup>412</sup> ANGULO GARZARO, Noemí y ANGULO GARZARO, Amaya. *La contratación pública en la Unión Europea: la necesaria sumisión de la normativa y la práctica contractual de las Administraciones Públicas a la competencia para garantizar el mercado único de la contratación pública*, Revista General de Derecho Administrativo, número 43, editorial Iustel, octubre, 2016, accesible en (consulta del día 15/06/17): <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1506915> Sobre las diferencias entre regulación y Derecho de la competencia *vid.* el artículo de CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, Manuel. *La regulación como finalidad distinta al Derecho de la competencia*, en la obra de GUILLÉN CAMARÉS, Javier (Dir.). *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las Administraciones Públicas*, editorial Thomson Reuters Civitas, 1ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2011, pág. 91.

*competencia siempre y cuando dicha norma sea necesaria y apropiada para obtener el objetivo de interés público perseguido.”* Las autoras consideran que cuando se emana una normativa que prima los intereses públicos y que puede parecer anticompetitiva, antes de la emisión de la normativa, el regulador tiene que haber sopesado tanto los beneficios perseguidos por la norma a adoptar como los efectos anticompetitivos que la norma puede suponer. Cabe sobreentender que el legislador español valoró ambos aspectos en ocasión de la aprobación del RDLFF y la LO 6/2015 en su modificación a la LOFCA especialmente, así como también del Acuerdo de la CDGAE de 2 de febrero de 2012. Ello es al final una asunción que se hace, pues no se ha tenido constancia de que ello sea así ni se ha encontrado redacción justificativa al respecto en los cuerpos citados.

#### *D) Valoración global y crítica*

Por todo lo que, aunque desde la visión del paraguas constitucional, el régimen de prudencia financiera halle acomodo constitucional, valga la redundancia, por haberse encajado en el ordenamiento jurídico como una medida macroeconómica intervencionista y garantista de los intereses económicos del sector público y, por ello, del interés público general; no es menos cierto que tiene un impacto económico cuantificable sobre la economía privada o ámbito de actuación de las entidades financieras, si se toma en consideración la posición que éstas ostentan frente a financiaciones con el sector público *versus* la posición que tienen frente a financiaciones con el sector privado, o incluso si se compara la posición que tenían hace unos años frente al mismo sector público.

Es cierto que, en cualquier caso, el régimen de prudencia financiera es obligatorio para CCAA y EELL, esto es, para la Administración Pública autonómica y local, pero no se impone coactivamente para el sector financiero, esto es, la banca no es sujeto obligado por esta regulación de manera expresa ni explícita, aunque no se puede negar que el sector financiero está impactado directamente por esta regulación. Esto es, las entidades financieras no están obligadas *ex lege* a formalizar operaciones de financiación con el sector público sujeto al régimen de prudencia financiera, por lo que no se puede abstraer del ordenamiento jurídico que exista un deber de financiación, lo que dicho sea de paso sí que vulneraría de manera flagrante varios principios y leyes de nuestro ordenamiento jurídico, entre ellas la libertad de empresa.

Sin perjuicio de ello, el régimen de prudencia financiera parece un régimen eufemístico en la medida que, claramente, está dirigido al sector bancario desde el momento que los instrumentos sobre los que se aplica son los propios y característicos de la actividad bancaria (esto es, instrumentos de financiación a corto plazo, préstamos, valores, arrendamiento financiero y certificados de deuda bajo ley alemana). Por este motivo se considera que sí que es un régimen directamente aplicable al sector financiero y que provoca su intervención para con financiaciones con Administraciones Públicas, pretender afirmar que no es así constituye una imposibilidad lógica. Bajo esta perspectiva, sí que se debe manifestar que el régimen de prudencia financiera es bidireccional y que, si bien y por un lado, su finalidad es controlar el nivel de endeudamiento de CCAA y EELL, es también y por otro lado, un régimen de intervención de precios para el sector financiero, tradicionalmente financiador de sendas Administraciones Públicas.

Es, por este segundo punto, un régimen cuyo análisis no se debe limitar en la satisfacción del interés general, sino también en la satisfacción y/o debida protección del interés privado. Y es que sobre la base del estudio realizado, aunque ha quedado claro que el interés público subyacente es claro y evidente, no ha quedado sin embargo demostrado que se haya articulado una correlativa compensación para el sector financiero por el menoscabo, perjuicio o peor situación en la que se le ha situado. En este sentido, parece que la medida de la prudencia financiera es un régimen ideado sin tener en cuenta el interés privado directamente impactado por la misma.

Visto desde otra perspectiva, partiendo de la ficción de que el sector financiero español optase en bloque por no atender las peticiones de financiación de CCAA y EELL, pues no estarían *ex lege* obligados a atenderlas como se ha dicho, cabe preguntarse cuál sería el interlocutor financiero de las CCAA y EELL. Tal vez se podría pensar que la banca extranjera podría estar interesada en ocuparse de estas financiaciones, o bien otros sujetos de los mercados financieros, tales como los fondos de inversión; aunque por la tradición y experiencia habida en las últimas décadas, ninguno de ellos parecen candidatos claros para entrar en este tipo de negocio de bajo precio y a largo plazo, con rentabilidad prácticamente escasa y sujetos a una variabilidad, no sólo de precios (por la volatilidad de los tipos aplicables al Estado) sino también de regulación y, por ello, variabilidad jurídica también, o inseguridad

jurídica directamente. Este escenario que, por tanto, no parece que vayan a intervenir nuevos *players* en el mismo, se ha regulado con carácter punitivo para el sujeto privado cuyo perfil es el más adecuado para acometer este tipo de financiaciones.

Y es que, abundando en la hipótesis de que el sector bancario español optase eventualmente por no financiar a CCAA y EELL por considerar el régimen de prudencia financiera lesivo para sus intereses comerciales y políticas internas de negocio, se llegaría a la situación de inaplicación del régimen de prudencia financiera. Dicho en términos teórico-jurídicos, se estaría ante un escenario de inaplicación de la norma y, en esta tesitura y recordando a KELSEN<sup>413</sup> “*una norma general que no es aplicada y obedecida no es considerada como válida*”. Y es que, estrictamente, la inaplicación por parte del sujeto pasivo no mencionado en la norma, que son las entidades financieras españolas, provocaría la inaplicación en sí del propio régimen. Ello porque, al ser un régimen basado en la dualidad o bilateralidad, aunque no lo exprese así, las CCAA y EELL por sí solas no podrán aplicar el régimen de prudencia financiera pues la plena virtualidad del mismo pasa por el hecho que las entidades financieras españolas acaten su contenido, lo hagan suyo y lo plasmen en los contratos bancarios con CCAA y EELL.

Por todo ello, el fundamento de la validez del régimen de prudencia financiera queda o puede quedar en entredicho, a pesar, insistimos, de su examinado acomodo constitucional que, nuevamente en palabras de KELSEN<sup>414</sup>, tal acomodo procedería de la “*norma fundamental*” que daría validez a las normas posteriores por emanar éstas del “*deber ser*” (lo que significa que el comportamiento es debido) y no del ser. Además, el mismo autor se ocupó de señalar que los actos del deber ser pueden ser de origen diverso e incluía entre ellos también a los “*actos convencionales, en especial, los contratos*” (además de los actos de legislación, actos de costumbre, actos jurisdiccionales, actos administrativos) y a los sujetos que los emanaban los denominó “*personas autorizadas*”; de aquí que las entidades financieras *per se* dejando de

---

<sup>413</sup> KELSEN, Hans. *Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho*, traducción del alemán de Eduardo A. Vázquez, Colección *Filosofía y Derecho*/7, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1969, pág. 95; en donde se desarrolla la idea que “*para que una norma jurídica general sea considerada como válida no solo tiene que ser establecida por un acto del ser sino que también debe tener cierto grado de eficacia, es decir, debe ser de hecho generalmente aplicada y obedecida.*”

<sup>414</sup> KELSEN, Hans. *Contribuciones a la ...*, *op. cit. supra*, pág. 93.

aplicar el régimen de prudencia financiera estarían retirando la validez al propio régimen y, con ello, también su obligatoriedad. Ésta sería al final la debilidad del régimen de prudencia financiera.

Todo ello, claro está, sin perjuicio de la autofinanciación, esto es, la financiación de CCAA y EELL directamente a través de sus propios presupuestos lo que según la doctrina ha merecido comentarios dispares<sup>415</sup>, o a través del Estado. Para el segundo caso ya ha habido experiencias en el pasado y en el presente a través del Instituto de Crédito Oficial como agente de pagos; siendo ésta una opción no descartable para el buen fin de los diversos intereses involucrados, públicos y privados, y sin perjuicio de la intervención que ello a su vez provocaría en las dinámicas habituales de los mercados financieros y por alterar su normal funcionamiento<sup>416</sup>.

A este punto es también relevante traer a colación algunos pronunciamientos jurisprudenciales referidos en la obra de TORNOS<sup>417</sup>, en relación a la limitación pública de precios en materia de medicamentos e hidrocarburos, supuestos no coincidentes al que nos ocupa. Sin embargo, dichas sentencias resultan de utilidad para comprender el alcance de la libertad de empresa, coincidiéndose en ellas sobre la subordinación de la misma “a las exigencias de la economía en general”. Aunque las sentencias utilizan las expresiones de “sujetar” y “delimitar”, en puridad parece más reveladora la

---

<sup>415</sup> PÉREZ DE ARMIÑÁN, Gonzalo. *Legislación Bancaria Española*, editorial Banco de España, 6ª edición, Madrid, 1983, pág. 176; en donde, partiendo de la tesis del profesor ALBI sobre la necesaria autosuficiencia municipal, se añade que la mayoría de la doctrina llega a conclusiones contrarias basadas en la realidad de las circunstancias políticas y económicas, en donde cita BAMWELL, Harold como firme detractor de la autofinanciar al pronunciar que “*queréis autonomía local y, casi al mismo tiempo, afirmáis también que no tenéis recursos financieros suficiente para prescindir del poder central. no podéis tener las dos cosas a la vez*”.

<sup>416</sup> CAMINAL, Ramón y FREIXAS, Xavier (Dirs.). *Seminari Internacional El Crèdit Públic a Europa*, editorial Institut Català de Finances, 1ª edición, Barcelona, 1997, pags. 79 a 130; en cuyo Capítulo IV sobre *Intervención pública en los mercados de capitales: el caso de Holanda*, en referencia a la intervención pública en los mercados de capitales, se afirma que (traducción directa del catalán) “*La existencia de bancos y otros intermediarios financieros puede ser considerada como una respuesta institucional a la incapacidad que tienen los mecanismos de mercado, a la hora de resolver los problemas de información. Los bancos invierten en la producción de información para discernir ex ante los futuros prestatarios y de supervisarlos ex post.*”

<sup>417</sup> TORNOS MAS, Joaquín (Coord.). *Ordenación Económica*, Colección *El Derecho Administrativo en la Jurisprudencia*, editorial Lex Nova, 1ª edición, Valladolid, 2008, págs. 221 a 223; en donde se analizan las Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1998 (recurso ordinario núm. 46/1993) (RJ 1998, 6776) y de 20 de abril de 2004 (recurso de casación núm. 1416/2000) (RJ 2004/2867). Cabe indicar que en la misma obra se incluye un interesante Capítulo X sobre referencias jurisprudencias en el ámbito de la “*Ordenación del crédito y la banca*”, págs. 227 a 239.

expresión de “*subordinar*” toda vez que es propiamente esto lo que provoca la defensa de las exigencias de la economía en general frente a la libertad de empresa, que ésta queda sometida o subordinada a aquélla.

Y por último, cabe señalar que, y a pesar de la habilitación legal que tiene el vigente régimen de prudencia financiera, este régimen y en particular las Resoluciones de la SGTPF inciden claramente en cuestiones de Derecho privado. Esto es, por los motivos explicados de que el régimen impacta directamente a las entidades financieras como sujetos pasivos del mismo, el régimen incide en cuestiones de Derecho Privado y en concreto de Derecho Mercantil y Bancario. A este punto es necesario recordar las palabras de DE LA VALLINA<sup>418</sup> sobre los límites de la potestad reglamentaria siendo uno de los cuatro el siguiente: “*Los reglamentos administrativos no deben regular cuestiones jurídico-privadas*”. Y ésta es la cuestión, pues claramente aquellas Resoluciones impactan en cuestiones jurídico-privadas de lleno. Esta circunstancia debería provocar una reflexión en el seno del régimen de prudencia financiera, por parte del legislador, en función también del desarrollo del mismo y de la respuesta que tenga el sujeto pasivo del mismo que son las entidades financieras que han visto intervenida su manera habitual de realizar la actividad bancaria con CCAA y EELL.

#### 2.3.4. Inexistencia de habilitación legal inicial

Cuestión distinta es, sin embargo, la legalidad del régimen de prudencia financiera con anterioridad a la publicación del RDLFLA toda vez que, como se ha comentado anteriormente, antes de esta norma con rango de ley (que llamaba al desarrollo del principio mediante Resolución de la SGTPF *ex* artículo 4.1), la Resolución PF1 fue publicada sin que tuviera apoyo legal específico.

De hecho, dicha Resolución PF1 fue el documento que, por vez primera, mencionaba al principio de prudencia financiera en el país. Esta Resolución PF1, además, tenía su única base y justificación en el Acuerdo de la CDGAE de 2 de febrero de 2012, acto al que no se ha podido acceder a su contenido para determinar la eventual base legal del nuevo principio de prudencia financiera en aquel momento. De

---

<sup>418</sup> DE LA VALLINA VELARDE, Juan Luis. *Derecho Administrativo y Ciencia de la Administración*, editorial Gráficas Ibérica, 1ª edición, Madrid, 1962, pág. 52.

hecho, el artículo 6.5 de la LGO dice expresamente que *“Las deliberaciones de las Comisiones Delegadas del Gobierno serán secretas.”* Se hace notar que la referencia es a las *“deliberaciones”* y no al contenido de los actos que adopte. Sin embargo, respecto de su Acuerdo de 2 de febrero de 2012, sin perjuicio de que no se ha publicado su deliberación, tampoco se ha publicado su contenido.

A efectos categóricos, se puede afirmar que nos hallamos ante un acto administrativo de los denominados *“actos políticos”* que, sin embargo, es un concepto ya más bien de la historia del Derecho Administrativo en la medida que los privilegios e inmunidades de que habían gozado tales actos políticos en el pasado ya han cesado en nuestro ordenamiento jurídico.

Así, GARRIDO<sup>419</sup>, que reconoce que las Comisiones Delegadas del Gobierno *“también ex lege tienen confiada la función política”*, recuerda que *“para la generalidad de la doctrina una auténtica denegación de justicia, la vuelta pura y dura a la razón de Estado, una categoría incomprensible en el Estado de derecho”*. Y así es hasta el punto que, como se ha anticipado en el párrafo precedente, el legislador español ha eliminado este régimen privilegiado a diferencia de la anterior Ley de la Jurisdicción de 1956, que los excluía de su ámbito de aplicación. En la actualidad, la Exposición de Motivos de la LJCA<sup>420</sup> no puede ser más explícito al afirmar que los actos exentos de control *“resultan inadmisibles en un Estado de Derecho”* sobre la base del *“principio de sometimiento pleno de los poderes públicos al ordenamiento jurídico, verdadera cláusula regia del Estado de Derecho.”*

---

<sup>419</sup> GARRIDO CUENCA, Núria. *El Acto de Gobierno. Un análisis en los ordenamientos francés y español*, editorial Cedecs, 1ª edición, Barcelona, 1998, págs. 173 y 410.

<sup>420</sup> Por su elocuencia, se transcribe otro fragmento del apartado II de la Exposición de Motivos de la LJCA: *“La Ley parte del principio de sometimiento pleno de los poderes públicos al ordenamiento jurídico, verdadera cláusula regia del Estado de Derecho. Semejante principio es incompatible con el reconocimiento de cualquier categoría genérica de actos de autoridad –llámense actos políticos, de Gobierno, o de dirección política excluida «per se» del control jurisdiccional. Sería ciertamente un contrasentido que una Ley que pretende adecuar el régimen legal de la Jurisdicción Contencioso-administrativa a la letra y al espíritu de la Constitución, llevase a cabo la introducción de toda una esfera de actuación gubernamental inmune al derecho. En realidad, el propio concepto de «acto político» se halla hoy en franca retirada en el Derecho público europeo. Los intentos encaminados a mantenerlo, ya sea delimitando genéricamente un ámbito en la actuación del poder ejecutivo regido sólo por el Derecho Constitucional, y exento del control de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, ya sea estableciendo una lista de supuestos excluidos del control judicial, resultan inadmisibles en un Estado de Derecho.”*



Llegados a este punto y yendo al origen del análisis, cabe afirmar que el Acuerdo de la CDGAE de 2 de febrero de 2012 sí debía haber sido objeto de publicación, a pesar de que sus deliberaciones fueran secretas. Y, además, podía haber sido recurrido ante la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa, por ser tratado por el Gobierno como un acto político cuya cabida ya es inexistente en nuestro ordenamiento jurídico.

Por si ello no fuera suficientemente claro, resulta que la normativa estatal sobre transparencia aporta un nuevo impedimento a la publicidad de actos administrativos como el analizado. Así, el artículo 14.1 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno; establece, entre las limitaciones al derecho de acceso, la siguiente: *“k) La garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión.”* Claramente, este límite concuerda con el carácter secreto de las deliberaciones del artículo 6.5 LGO. Luego, el artículo 14.2 de la misma Ley 19/2013 matiza en qué términos se podría dar el acceso al decir que *“La aplicación de los límites será justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección y atenderá a las circunstancias del caso concreto, especialmente a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso.”*

Por lo que, si bien no se obstaculiza el acceso, sí que se condiciona el mismo a las circunstancias del caso concreto y a la evaluación de los parámetros previstos en dicho artículo, que constituyen verdaderos conceptos jurídicos indeterminados *a priori*, pero determinables en el caso concreto por parte del órgano administrativo titular del acto administrativo cuyo acceso se solicita. De modo que, al final, depende de una decisión administrativa el acceso al Acuerdo de la CDGAE de 2 de febrero de 2012. Parece, en definitiva, un circuito cerrado de información en el que el órgano administrativo podría denegar el acceso y ser ello conforme a Derecho.

De hecho, se ha solicitado formalmente el acceso al Acuerdo de constante referencia al amparo de la Ley 19/2013, en fecha 14 de marzo de 2017 y la CDGAE no ha respondido a la solicitud a la fecha de depósito de la presente tesis.

Difícilmente este Acuerdo establecería alguna base legal, toda vez que dicho principio no estaba aún entonces positivizado en el ordenamiento jurídico español, como tampoco se había promulgado aún la LOEPSF, motivos por los que todo parece indicar que, como se ha dicho, la Resolución PF1 fue publicada sin base legal para limitar la libertad de empresa que, a tenor del referido artículo 53.1 de la CE, está sujeto a reserva de ley.

Este escenario es coincidente al referido por SAINZ DE BUJANDA<sup>421</sup>, cuando alude a la función económica del Derecho frente a la Economía como instrumento técnico, y manifiesta que *“cuando la ley –concebida como expresión de normas jurídicas, emanadas del órgano al que específicamente incumbe la función de legislar, con arreglo a la constitución de cada Estado- se abandona y se sustituye por un obrar de la Administración, ajeno a normas de esa naturaleza y de ese origen, los objetivos de la política económica pueden naufragar, tanto por razones jurídico-políticas, como por razones estrictamente económicas”*; y, justamente, esto es lo que ha sucedido en este caso.

Desde un punto de vista teórico-jurídico, ha sucedido que la Administración ha actuado en este caso ajeno a la ley, más bien ante un vacío legal, y por ello vulnerando el principio constitucional esencial de someter su actuación a la ley y al Derecho. KELSEN<sup>422</sup> manifestó que los reglamentos *“constituyen respecto a la ley un grado inferior”*, y puntualiza que la potestad reglamentaria de las autoridades administrativas se produce *“dentro de su respectiva esfera de acción, sobre las bases de la ley (establecida por el legislador propiamente dicho), y en vista a la realización inmediata de la misma.”* Antes HAURIU<sup>423</sup> también había afirmado que *“le règlement est subordonné à la loi”*.

Así, la emanación de un norma jurídica de rango inferior a la ley sin observar a ésta constituye un ejercicio de la potestad reglamentaria sin habilitación legal previa, y

---

<sup>421</sup> SAINZ DE BUJANDA, Fernando. *Hacienda y Derecho. Estudios de Derecho financiero*, volumen II, editorial Instituto de Estudios Políticos, 1ª edición, Madrid, 1962, págs. 150.

<sup>422</sup> KELSEN, Hans. *Compendio de Teoría General del Estado*, traducción del alemán por Luis Recaséns Siches y Justino de Azcárate, Editora Nacional, 2ª edición, México D. F., 1974, pág. 194.

<sup>423</sup> HAURIU, Maurice. *Précis de Droit Administratif et de Droit Public Général*, editorial Larose, 3ª edición, París, 1903, págs. 14 a 15.

sin que se trate de un reglamento independiente pues, citando a GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>424</sup>, “*un reglamento independiente de la Ley únicamente cabe en el ámbito de las materias organizativas*” y que el reglamento independiente “*está excluido, sin embargo, en el ámbito normativo externo a la Administración que implique definición «abstracta» de deberes y obligaciones para los particulares, porque esta materia está reservada constitucionalmente a la Ley*”.

Por su parte, ESTEVE<sup>425</sup> explica que tres características de los reglamentos independientes, y no se cumplen todos ellos en el caso de la Resolución PF 1. A saber, (i) no pueden adentrarse en los espacios reservados a la ley (la Resolución PF 1 no regula a priori materia de ley), (ii) la facultad de dictarlos corresponde únicamente al Gobierno y a “*ningún otro órgano de la Administración del Estado*” podrá ejercer esta facultad salvo que dispusiera de habilitación específica y singular por parte del Gobierno (no consta que la SGTPF tuviera esta habilitación) y (iii) no existe un ámbito reservado para estos reglamentos que siempre deberán subordinarse a la ley.

Y, por su rotundidad, se cita también a SANTAMARÍA PASTOR<sup>426</sup> que señala con nitidez los límites del reglamento al afirmar que “*si la ley, como hemos visto, posee un ámbito de actuación ilimitado (en principio, salvo las excepciones y atribuciones específicas de competencia que la CE establece), el reglamento debe tener, por necesidad, un campo de actuación residual y limitado; el que la ley, unilateralmente, le deje.*”

Por las consideraciones anteriores y sin perjuicio de la cuestión relativa al acceso y transparencia, se afirma que la actuación del Ministerio de Hacienda en la emisión de la Resolución PF1 debe ser considerada como arbitraria, tanto en lo relativo a la aprobación y publicación de dicha Resolución, como en cuanto a los actos aplicativos de la misma. Por lo que hubo un doble impacto de arbitrariedad.

---

<sup>424</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, Volumen I, editorial Civitas Thomson Reuters, 17ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2015, pág. 239.

<sup>425</sup> ESTEVE PARDO, José. *Lecciones de Derecho Administrativo*, editorial Marcial Pons, 2ª edición, Madrid, 2011, págs. 68 a 69.

<sup>426</sup> SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General*, Volumen I, editorial Iustel, 2ª edición, Madrid, 2009, págs. 259 a 260.

Recordando de nuevo a SAINZ DE BUJANDA<sup>427</sup>, como doctrina principal en materia de Derecho Financiero patrio, en su estudio sobre las arbitrariedades en el Derecho afirma que cabe “*que el Reglamento sea arbitrario, no ya por contradecir un precepto superior de rango legal, sino porque no exista precepto legal alguno que lo autorice*” punto en el que alude a GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>428</sup>, quien, a la sazón y contraponiendo el reglamento al acto administrativo, sostiene la cabe exigir “*una justificación mucho más estricta [al reglamento] que cuando la voluntad se manifiesta en meros actos aplicativos porque es totalmente evidente que es entonces cuando reviste más enérgicos caracteres de peligrosidad*” en la medida que el reglamento, entre otros efectos, puede alcanzar “*a cualquier extremo del orden jurídico, lo que es decir a cualquier aspecto de la vida humana de los que son susceptibles de ser afectados por dicho orden.*”

Y dentro de dicho orden se halla el sector financiero, ya no tanto el sector público o administrativo, que también, pero en especial la peligrosidad del reglamento a que alude cabe focalizarla en el hecho que el sector financiero pudo verse obligado por una norma reglamentaria carente de legitimidad, en cuyo caso los actos aplicativos del reglamento ilegal también lo serían.

En efecto, el mismo autor afirma que, si bien el acto administrativo de aprobación y publicación serían arbitrarios, el Reglamento o Resolución en sí sería nulo o anulable, e impugnabile correlativamente. Llegados a este punto, cabe señalar que la ilegalidad contenida en la Resolución PF1 no sería determinante de nulidad de pleno Derecho, por no concurrir ninguna de las causas de nulidad legalmente tasadas, pero sí sería anulable por su contrariedad al ordenamiento jurídico. Bajo esta perspectiva, sería de aplicación la figura de la consolidación normativa y, por ende y ante la no impugnación de la Resolución PF1 (que no consta), habría sucedido que dicha Resolución habría convalidado los efectos de los cuales adolecía *ex artículo 67.1*

---

<sup>427</sup> SAINZ DE BUJANDA, Fernando. *Hacienda y Derecho. Estudios de Derecho financiero*, volumen III, editorial Instituto de Estudios Políticos, 1ª edición, Madrid, 1963, págs. 297 a 304. Es interesante la alusión a un “*Derecho arbitrario*”, referido tanto a las normas arbitrarias como a los actos aplicativos de las mismas, como imposibilidad lógica “*pues sería decir de una cosa que era y no era Derecho*”.

<sup>428</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria*, Revista de Administración Pública, número 30, septiembre-diciembre, Madrid, 1959, pág. 154.

de la LRJPAC, aplicable por motivos transitorios, de modo que habría pasado a ser una norma reglamentaria insertada en el ordenamiento jurídico del Estado español. Estrictamente hablando, no consta que el Ministerio de Hacienda hubiera dictado acto alguno de convalidación de la Resolución PF1 como exige el artículo citado, seguramente porque el acto de convalidación sería igualmente anulable si no se ha aprobado una ley habilitante o de cobertura. Por ello, la Resolución PF1 permaneció insertada en el ordenamiento jurídico como norma reglamentaria arbitraria hasta que fue derogada por la Resolución PF2.

Durante la vigencia de aquella seguramente se concertaron operaciones de financiación de la tipología regulada por la Resolución y bajo sus condicionantes. Dichas operaciones, como contratos bancarios, ergo negocios jurídicos sujetos a Derecho Privado y también a la Resolución PF1, fueron perfeccionados y generaron efectos jurídicos para las Administraciones contratantes y las entidades financieras, incluso pueden seguir vigentes en la actualidad si eran operaciones a largo plazo. A pesar de su histórico, son contratos que siguen siendo vigentes y de los que cabría predicar su convalidación automática. De hecho, siendo una causa de anulabilidad la que afectaba a la Resolución PF1 y habiendo transcurrido los cuatro años de prescripción aplicables, se afirma que las entidades financieras contratantes ya no tendrían acción contra el Ministerio de Hacienda para reclamar la anulación de dichos contratos por su contrariedad, parcial (sólo en lo que aplicasen la Resolución PF1 que, en realidad, es en lo esencial: los precios), a Derecho.

Después de este análisis se llega a la conclusión de que la Resolución PF1, aún partiendo de un nacimiento *contra legem*, obtuvo una posterior convalidación *ex lege*; lo que no deja de ser contradictorio aunque conforme a nuestro Derecho vigente. En cualquier caso ello no abunda a favor de la buena praxis administrativa y actuaciones de esta índole deberían ser evitadas a todas luces, sin perjuicio del no ejercicio de acciones por parte de las entidades financieras como eventuales perjudicadas por la aplicación de un régimen de precios por debajo de los de mercado para sujetos de Derecho privado.

### 2.3.5. Ámbito temporal de aplicación del principio

En la medida que el principio de prudencia financiera se halla positivizado y reconocido en normas de rango de ley en nuestro ordenamiento jurídico, la vigencia y vinculación del mismo se mantendrá inalterada hasta que no sea expresamente derogado. Considerando este rango legal y la situación de recesión económica, no parece que en el corto o medio plazo dicho principio sea eliminado del ordenamiento jurídico. Esta situación de estabilidad normativa choca con la inicial introducción del principio, mediante la Resolución PF1 y también después en virtud del RDLFLA, que parecía que el mismo venía a ser un instrumento de carácter transitorio para erradicar la situación de morosidad del sector público. Pasados estos primeros momentos, la consagración del principio en la LOFCA y en el TRLHL hace pensar que CCAA y EELL seguirán vinculadas al principio por largo tiempo.

Consiguientemente, se afirma que es un principio más del ordenamiento jurídico español, específico para cuestiones relativas al endeudamiento de CCAA y EELL. Este nuevo principio va en la línea de introducción de nuevos principios, necesarios en atención a la realidad del tiempo en que han de ser aplicados y las situaciones y circunstancias sobrevenidas, que consagra también la LRJSP en su artículo 3.1 como principios generales del sector público.

Entre dichos principios hay algunos que tienen relación directa con el de prudencia financiera, se trata de los principios de: “g) *responsabilidad por la gestión pública*. i) *Economía, suficiencia y adecuación estricta de los medios a los fines institucionales*. j) *Eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos*.”

En cualquier caso y al hilo de todo lo que antecede cabe puntualizar que el Derecho debe ser dinámico y evolutivo por lo que, ante un cambio de las circunstancias que lo justificaron en un tiempo pasado, el Derecho debe evolucionar. Así lo expresaba STAMMLER<sup>429</sup> a raíz de los cambios económicos, propugnando el punto de vista histórico-evolutivo, al afirmar que “*Los cimientos económicos de un*

---

<sup>429</sup> STAMMLER, Rudolf. *Economía y Derecho según la concepción materialista de la historia. Una investigación filosófico social*, Colección *Biblioteca Jurídica de autores españoles y extranjeros*, volumen CXXXII, traducción del alemán por Wenceslao Roces Suárez, editorial Reus, 1ª edición, Madrid, 1929, pág. 24.

*orden social no han de concebirse como estados permanentes, fijos e inmóviles, sino en incesante movimiento (...). La investigación del curso de evolución de los fenómenos económicos, conforme a la ley última, constituye, pues, la condición primera y fundamental de las ciencias sociales. es esta la base sobre la que, con arreglo a lo que queda dicho, cabe desentrañar las transformaciones necesarias del orden jurídico en cuestión.”* Esta concepción evolutiva del Derecho y derivada de la evolución de la Economía, es de plena aplicación al supuesto de la prudencia financiera, como régimen transitorio ideado y aplicado para erradicar la morosidad del sector público español, pero que no está en su raíz el mantenimiento de su vigencia indefinidamente.

## **2.4. Incumplimiento y excepciones**

### 2.4.1. Consecuencias de su incumplimiento

Para terminar, cabe abordar la cuestión relativa a qué sucede si, estando la CCAA y/o la EELL dentro del ámbito subjetivo de aplicación del a Resolución PF aplicable, así como también la concreta operación de endeudamiento que se pretenda formalizar, dicha operación no respete el contenido de aquella Resolución PF.

Como se ha indicado, la Resolución PF es una norma de rango reglamentario. Sin embargo, la base de la misma es legal y, en realidad, tanto el artículo 13.3 bis de la LOFCA como el artículo 48.3 bis del TRLHL se remiten al desarrollo que haga la SGTPF mediante Resolución. Ante ello, un incumplimiento de la Resolución PF aplicable al caso concreto, equivale a un incumplimiento de la LOFCA o del TRLHL, según corresponda.

Tratándose de una vulneración de una norma del ordenamiento jurídico, el régimen de invalidez aplicable sería el de anulabilidad previsto en el artículo 48.1 de la LPAC, a cuyo tenor *“Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.”*

No se considera, por tanto, que se trate de un supuesto de nulidad de pleno derecho, tanto porque no coincide con exactitud con ninguna de las causas previstas en

el artículo 47.1 de la LPAC, como por la interpretación muy restrictiva que la doctrina y jurisprudencia han aplicado a los supuestos de nulidad de pleno derecho<sup>430</sup>.

Nótese que, en todo caso, el acto anulable será el de formación de la voluntad de la CCAA o EELL, no tanto el concreto contrato que se haya formalizado. Sin embargo, en la medida que la formación de la voluntad habrá estado viciada *ab initio*, también lo estarán los actos aplicativos del acto anulable, tal y como exige el artículo 49.1 de la LPAC según el cual “*La nulidad o anulabilidad de un acto no implicará la de los sucesivos en el procedimiento que sean independientes del primero.*” Se precisa realizar una lectura *a sensu contrario* de este precepto para concluir que el contrato de financiación que se haya formalizado no es un documento independiente del previo acuerdo de voluntad adoptado por la Administración, sino que se trata de un acto de continuación o de materialización o ejecución de aquel anterior acuerdo de voluntad. Por lo tanto, la anulabilidad que afecta al acuerdo de voluntad se trasmite al contrato que se haya formalizado con posterioridad.

Habiéndose formado la voluntad de contratar un endeudamiento de manera viciada por parte de una Comunidad Autónoma o una Entidad Local, hay dos opciones para subsanar el defecto, proactivamente o por imposición de la SGTPF u órgano que ostente la tutela financiera. De hecho, el artículo 52 permite la convalidación de los actos viciados, lo que en el caso analizado se traduciría en la adaptación de un nuevo acuerdo por parte del órgano competente siempre que este nuevo acuerdo incluyera todos los extremos exigidos por el régimen de prudencia financiera aplicable a la operación. Sobre la base de este nuevo acuerdo de convalidación, se podría proceder a la formalización de un nuevo contrato de endeudamiento y dejando sin efecto el contrato firmado anteriormente<sup>431</sup>.

---

<sup>430</sup> Así lo ha venido expresando de manera uniforme el Tribunal Supremo al hilo del artículo 62 de la LRJPAC: como potestad excepcional en su Sentencia de 19 de septiembre de 2008 (recurso de casación para unificación de la doctrina núm. 124/2004, RJ 2008/7225), de interpretación restrictiva en su Sentencia de 4 de diciembre de 2007 (recurso de casación núm. 716/2005, RJ 2007/8974), y de aplicación excepcional en su Sentencia de 19 de marzo de 2001 (recurso de casación núm. 6553/1995, RJ 2001/6602).

<sup>431</sup> Haciendo un símil con el régimen de las autorizaciones, resulta de interés la opinión de GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio. *Los actos administrativos*, editorial Civitas, Colección Tratados y Manuales, 1ª edición, Madrid, 1986, págs. 240 a 243; en donde expone que “*Estamos que en el caso de falta de autorización, a lo más a que se debe llegar es a admitir la convalidación porque, en*



Desde la perspectiva de la entidad financiera esta convalidación supondría un cierto perjuicio, cuanto menos de índole organizativa y documental, pero eventualmente de índole económica. Y es que, en todo caso, desde la perspectiva privada y financiera se partirá de que el cliente público habrá actuado con plena sumisión a la ley en la adaptación de sus acuerdos internos, no correspondiendo a la entidad financiera la revisión de los mismos ni tampoco el ostentar los específicos y exactos conocimientos sobre toda la normativa aplicable al cliente público, tanto desde la perspectiva material como formal, además de los consagrados principios de buena fe, confianza legítima<sup>432</sup> y buena administración<sup>433</sup>.

Por ello, eventualmente, podría suceder que el primer acuerdo adoptado por la Administración autorizara el endeudamiento por unos precios superiores a los de prudencia financiera, y que la entidad financiera los hubiera aceptado expresamente, y en el peor de los casos ya formalizado la operación y practicado el desembolso del dinero pactado. Luego, ante una sustitución de aquel acuerdo viciado por otro de

---

*realidad, es un nuevo acto, pero no a dar efectos retroactivos en ningún caso al acto convalidante. Tampoco es correcto hablar de ratificación porque no puede ratificarse lo inválido sino rectificarse, lo cual es muy distinto.”*

<sup>432</sup> Reconocidos en el artículo 3.1.e) de la LRJSP.

<sup>433</sup> Este principio no ha sido mencionado específicamente en la LPAC, pero está reconocido en diversas normas del ordenamiento jurídico. Originalmente, en el preámbulo de la Ley de la Jurisdicción de 1956 se aludía a la “buena y recta Administración.” Luego, en el artículo 41 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales se regula un verdadero “derecho a la buena administración.” que, entre otros contenidos, incluye a favor de las personas “la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones.” Y, en la actualidad, el mismo se halla consagrado en el artículo 25 del TRLCSP como límite a la libertad contractual: “En los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración.” también la jurisprudencia lo ha reconocido, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2007 (recurso de casación núm. 4693/2003) RJ 2007/8351, y la de 11 de mayo de 2015 (recurso de casación para unificación de la doctrina núm. 1277/2013) en la que, trayendo a colación el artículo 41 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, concluye que (FJ 4) (RJ 2015\2857): “Todo lo cual nos lleva a erigir la motivación como un derecho del administrado frente a la prohibición de la arbitrariedad en la actuación administrativa que responde a una exigencia impuesta por el artículo 24.2 de la Constitución Española.” También, la vertiente ética y moral de dicho principio ha sido aludida por RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime en “El Buen Gobierno y la Buena Administración de Instituciones Públicas”, Colección Divulgación Jurídica, ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, 1ª ed, pág. 167; en estos términos “(...) siendo la dimensión ética muy importante, como hemos señalado en más de una ocasión líneas atrás, debe afirmarse que el buen gobierno y la buena administración parten, sí de presupuestos éticos, pero que alcancen al entero arte del gobierno y administración de la cosa pública. El buen gobierno y la buena administración, en efecto, descansan, como hemos intentado subrayar en el trabajo, sobre el servicio objetivo al interés general. Interés general que traduzco muchas veces por bienestar integral de la ciudadanía, que requiere también el dominio de unas técnicas, de unas aptitudes y de la ciencia del mando o del gobierno.”

posterior correcto podría suponer, por un lado, que el nuevo precio fuere inferior, o bien que la operación no pudiese ser realizada. En caso que el nuevo precio fuere inferior al anterior, la entidad financiera no estaría legalmente obligada a aceptar en todo caso el nuevo acuerdo, toda vez que su consentimiento fue prestado en exclusiva para la oferta anterior y con el previo y correspondiente análisis económico y de viabilidad de la operación. Una rebaja posterior del precio de la operación podría suponer la posterior denegación de la entidad financiera a concertar la financiación. En la medida que en el caso analizado la financiación ya estaría emitida, se debería proceder a deshacer las prestaciones, en tanto que contrato sinalagmático o recíproco<sup>434</sup> y en virtud del artículo 1.124 del CC, y sin perjuicio de los daños y perjuicios que esta restitución mutua de prestaciones pudiese generar a la entidad financiera. En este escenario, se estaría ante un verdadero evento de Derecho privado de resolución de contrato<sup>435</sup>.

Otra opción sería que la operación inicialmente autorizada por la Administración fuere una operación prohibida a la luz del Apartado Sexto de la Resolución PF8.

---

<sup>434</sup> La única referencia sobre las obligaciones recíprocas (o sinalagmáticas) en el CC se halla en su artículo 1.100 in fine, a cuyo tenor “*En las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe. Desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro.*” Sin embargo, el Tribunal Supremo se ha ocupado de su creación doctrinal, siendo exponente de ello su Sentencia núm. 607/2013, de 23 de octubre de (recurso de casación núm. 838/2011), en el que expone (FJ 15) (RJ 2013/7858): “*Tratándose de un contrato generador de obligaciones recíprocas, a su cumplimiento o incumplimiento se aplicarán reglas específicas, una de las cuales es la necesidad de cumplimiento simultáneo, que significa que el acreedor no puede exigir el cumplimiento al deudor sin que él haya cumplido, cumpla al tiempo u ofrezca cumplir su respectiva obligación de la que es deudor; y a la inversa, que no se pueda alegar el incumplimiento (y exigir la aplicación de la cláusula penal) aquel que está a su vez obligado y no ha cumplido. Para que pueda hablarse de reciprocidad de obligaciones y, en consecuencia, entre en juego esta regla, se exige que cada una de las partes sea simultáneamente acreedora y deudora de la otra y que cada una de las obligaciones sea contrapartida, contravalor o contraprestación por depender la una de la otra, aunque no exista equivalencia de valores, objetiva ni subjetiva, entre las dos prestaciones, pero sí que ambas tengan la condición de principales en el funcionamiento de la relación contractual de que se trate. Además, es preciso que las prestaciones recíprocas deban cumplirse simultáneamente, esto es, que sean ambas exigibles. Quien se ha retrasado en el cumplimiento de una obligación principal que le era exigible (la realización de la obra) no puede escudarse en que la otra parte del contrato no ha ejecutado su prestación (pago de la totalidad del precio) si esta no le era inmediatamente exigible porque, como en este caso, es precisa una previa liquidación.*”

<sup>435</sup> El artículo 1.124 del CC prevé que “*La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible. El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo. (...).*”

Siendo este el caso, el nuevo acuerdo de la Administración únicamente podría ser relativo a la revocación de su anterior acuerdo en virtud del artículo 109.1 de la LPAC, a cuyo tenor *“Las Administraciones Públicas podrán revocar, mientras no haya transcurrido el plazo de prescripción, sus actos de gravamen o desfavorables, siempre que tal revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, ni sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico.”* En este supuesto, la revocación sería un acto administrativo de cumplimiento de las leyes y de evidente interés público.

Hecha la revocación, en caso que la operación de endeudamiento ya estuviere formalizada y el dinero entregado, procedería también una mutua restitución de prestaciones toda vez que la entidad financiera no podría solicitar el cumplimiento forzoso del contrato en la medida que el contenido el contrato sería contrario a Derecho. También en este caso se podrían derivar daños y perjuicios para la entidad financiera, que podrían considerarse de mayor cuantía que en el caso de rebaja del precio. Incluso, tal proceder administrativo poco diligente y causante del error contenido en el primero acuerdo podría ser considerado como un funcionamiento anormal por parte de la entidad financiera y, por tanto, dar lugar a una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios irrogados.

Cabe pensar que en supuestos de esta índole, en los que el dinero derivado del contrato convenido ya se hubiere puesto a disposición del cliente público, podría haber sucedido que este dinero hubiera sido ya gastado, en todo o en parte, a las finalidades previstas y que, posiblemente, fuere de difícil recuperación. En esta tesitura, la entidad financiera habría tenido un evidente perjuicio económico del que tendría que ser indemnizada.

Cabe pensar que, desde que se adoptase el acuerdo de voluntad viciado, hasta que finalmente se adoptase el segundo acuerdo de rectificación o revocación, según el caso, podría pasar semanas o incluso meses, tiempo suficiente como para que se produzca la aplicación del dinero facilitado a fines previstos. Y es que, como se ha indicado, esta rectificación bien podría producirse de oficio, en cuyo caso cabe entender que la restitución mutua de las prestaciones tendría lugar en el corto plazo.

Sin embargo, también es posible que la rectificación venga obligada por el Estado, como consecuencia de lo previsto en el Apartado Octavo de la Resolución PF8 según la cual *“1. Las Comunidades Autónomas y Entidades Locales tienen la obligación de comunicar las condiciones finales de todas las operaciones de endeudamiento y de derivados realizadas y de la cartera global de deuda y de derivados al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas conforme a las obligaciones de suministro de información establecidas en la legislación.”*

Por ello, el actual Ministerio de Hacienda y Función Pública es el que finalmente verificará que las operaciones formalizadas se ajusten al principio de prudencia financiera. Lógicamente, en caso que la operación comunicada no respetara el principio, se instaría a la Administración Pública correspondiente para que la rectificara ya que no se puede mantener vigente una operación de endeudamiento contraria a la legalidad. Ni la Resolución PF8 ni la normativa aplicable establecen esta facultad del Ministerio para solicitar la rectificación de la operación, es por tanto un supuesto no regulado, una laguna jurídica. Sin perjuicio de ello, haciendo una interpretación contextualizada del supuesto con la normativa y atendiendo a las finalidades perseguidas por la misma, parece que la única opción de salida a estas situación sea la de que el Ministerio solicite a la Administración incumplidora a que ajuste su actuación a la legalidad y, por ello, o bien rectifique o bien revoque la operación de que se trate.

#### 2.4.2. Régimen autorizatorio excepcional

La posibilidad de que la SGTPF autorice operaciones que no cumplan el contenido de las Resoluciones se ha previsto desde la Resolución PF1 hasta la vigente Resolución PF8. Si bien, la introducción de la posibilidad excepcional ha sido objeto de evolución en las diferentes Resoluciones en lo relativo al fundamento de su concesión, pero siempre previa la presentación de una memoria por parte de la Administración solicitante.

Así, en la Resolución PF1 se aludía a las *“circunstancias extraordinarias de mercado y las razones que justifican las condiciones de la operación”* (Apartado Séptimo). Luego, de la Resolución PF2 hasta la Resolución PF5 se hacía referencia a

las “*circunstancias extraordinarias de mercado y se justifique que la operación no pone en riesgo su solvencia financiera*” (Apartados Sexto).

Y, de la Resolución PF6 a la vigente Resolución PF8, en la medida que se refieren a CCAA y EELL, la redacción de la excepcionalidad ha sido también adaptada a ello. Por un lado, en cuanto a criterios para decidir sobre la autorización excepcional se distinguen dos: uno para las operaciones de endeudamiento y otro para derivados financieros complejos. Para las operaciones de endeudamiento el criterio que se mantiene en las tres Resoluciones es el de que “*se detalle la conveniencia financiera de la operación, justificando que la misma no pone en riesgo la solvencia financiera del deudor.*” Mientras que para derivados financieros complejos la memoria deberá contener “*una explicación del funcionamiento del derivado y la finalidad perseguida.*” Sobre la base de estos criterios, la SGTPF deberá decidir si se puede autorizar la operación, de modo que estos criterios serían los límites de una potestad que a priori se presenta como amplia, pero que podría ser considerada como potestad reglada en la medida que todos estos criterios de valoración permiten obtener una respuesta afirmativa o negativa sobre la base del análisis de elementos objetivos de tipo contable.

El *quid* es la solvencia financiera, que no se ponga en situación de riesgo. En puridad, la interpretación sobre si la solvencia puede quedar perjudicada con la autorización de una operación fuera de prudencia financiera es una cuestión que podría merecer diversas interpretaciones. Ello porque si lo que se pretende autorizar es una operación fuera de prudencia financiera significa que se tratará de una operación a un coste superior, lo que *per se* ya podría ser un primer indicio de puesta en riesgo de la solvencia financiera.

Además, la concreta solvencia financiera de la Administración de que se trate puede merecer diversas calificaciones según la haga la propia Administración o la SGTPF. A lo sumo, la puesta en riesgo de la solvencia financiera para la Comunidad Autónoma o Entidad Local de que se trate debería ser aplicable a las que no estén actualmente en esta situación de riesgo. Con todo ello se persigue significar que, en último término, será la SGTPF la que apreciará si se pone en riesgo o no sobre la base de las informaciones correspondientes a la Administración solicitante y, consiguientemente, bajo un margen de maniobra y de apreciación que corresponde a la SGTPF. Por lo que se considera que la autorización o informe que finalmente emita la

SGTPF habrá sido dictado sobre la base de una potestad discrecional, además, autoadjudicada. Y es que, de hecho, la posibilidad de emitir autorizaciones excepcionales se prevé en las propias Resoluciones pero no en la normativa de rango legal que amparan el régimen de la prudencia financiera, excepto en materia de avales, reavales y otras garantías públicas o medidas de apoyo extrapresupuestario (ex artículo 13 bis. 5 de la LOFCA y 48 bis.5 del TRLHL). De modo que cuando el legislador ha querido conceder al Estado o al organismo al que corresponde la tutela financiera la posibilidad de autorizar excepcionalmente operaciones fuera del régimen de prudencia financiera, lo ha hecho expresamente. El caso de autorizaciones excepcionales para pasivos financieros no está prevista en la normativa aplicable, sin embargo sí que lo está en las Resoluciones de la SGTPF. Que, además de no ostentar amparo legal, sean autorizaciones o informes vinculantes y preceptivos es una circunstancia que puede contribuir a que el ejercicio de la potestad discrecional apuntada pudiera volverse arbitraria en la práctica por el hecho que los criterios para conceder la autorización los ha predispuesto el mismo órgano autorizante.

Sin perjuicio de ello, se sobreentiende que una autorización excepcional sería una *ultima ratio* y que, muy probablemente, las solicitudes de autorizaciones de este tipo podrán ser desestimadas considerando que el fin de este régimen es evitar el sobreendeudamiento, un endeudamiento excesivo y descontrolado, así como la corrección y ordenación de las finanzas autonómicas y locales. Por ello, es más probable que el criterio interpretativo de la SGTPF sea más proclive a la denegación de tales operaciones lo que, sin perjuicio de sus amplias potestades de decisión, será una interpretación favorable al interés público y a la sostenibilidad financiera de la concreta Administración solicitante.

Y, por otro lado, aunque se sigue exigiendo una memoria por parte de la Administración solicitante, se prevé que la SGTPF emitirá un informe sobre si la operación puede ser autorizada a diferencia de las Resoluciones PF1 a PF5 en las que se establecía que la SGTPF “*podrá autorizar*”. Nótese que, respecto de las EELL, algunas de éstas tienen atribuida la tutela financiera a las CCAA, motivo por el que las Resoluciones han adaptado la redacción de la excepcionalidad a este extremo y, por ello, en los casos que esta tutela corresponda a una Comunidad Autónoma la SGTPF no autoriza sino que emite un informe.

Sobre este informe, en la Resolución PF6 se indica “*informe preceptivo y vinculante*”, mientras que en la Resolución PF7 y la Resolución PF8 se indica “*informe justificativo*”. Se observa el cambio en los adjetivos utilizados por la SGTPF al calificar su informe. En todo caso, el menester de la SGTPF bajo este informe será decidir si la operación propuesta es compatible con el régimen de prudencia financiera y si su autorización va a ir en la línea del mismo o no. Por ello, sigue siendo en todo caso un informe vinculante, toda vez que según RDLFLA, LOFCA y TRLHL corresponde a la SGTPF determinar la concreción del principio de prudencia financiera, con lo que su criterio debe ser el prevaleciente a la hora de decidir si se admiten operaciones que incumplan aquel principio. Por ello se considera que la transición conceptual de “*informe preceptivo y vinculante*” a “*informe justificativo*” obedece a un mero cambio de estilo de redacción ya que, en esencia, ambas denominaciones persiguen en todo caso la supremacía de la SGTPF a la hora de decidir autorizar operaciones que incumplan el principio de prudencia financiera.

En cualquier caso, se considera que la existencia de un régimen excepcional resulta contradictoria con la esencia y finalidad del principio de prudencia financiera. Posiblemente la SGTPF no ha querido establecer un régimen absoluto *in extremis* aunque, como se ha indicado, parece que la no autorización de las operaciones para las que haya solicitud excepcional podría ser la mejor decisión en aras a la salvaguarda del interés público de la Administración solicitante concretada en la protección de su solvencia financiera.

### **3. RÉGIMEN DE GARANTÍAS**

#### **3.1. Referencia a las garantías de Derecho privado**

Para terminar el análisis de los contratos de financiación entre Administraciones Públicas y entidades financieras, habiendo analizado las peculiaridades de concertación y características de aquel tipo de contratos, corresponde a continuación analizar las garantías sobre cuya base las entidades financieras valoraran la concesión de tales financiaciones. Ello partiendo de la lógica de la contratación bancaria privada en la que, en caso de que un cliente bancario privado solicite financiación a una entidad financiera para un determinado fin, dicha entidad financiera no concederá o denegará la financiación solicitada sin antes haber realizado un estudio de perfil de

riesgo del solicitante, de sus patrimonio y posibles garantías que aquel podría aportar para la viabilidad de la operación de financiación.

Estas garantías pueden consistir en fondos o depósitos de dinero, bienes patrimoniales o garantías aportadas por terceros actuando como fiadores o avalistas<sup>436</sup>. Remotamente, podrían existir operaciones de financiación sin garantías en el sector privado, aunque ello no sea la práctica habitual<sup>437</sup>.

A continuación se analizará las posibilidades de las Administraciones Públicas de ofrecer garantías a una entidad financiera, habida cuenta que ésta última las va a solicitar, según la práctica bancaria habitual, para analizar y en su caso conceder la operación de financiación de que se trate.

Para realizar este análisis de partirá de todo cuanto ha sido expuesto en el Capítulo II sobre el régimen del dinero público y de los bienes públicos patrimoniales, por lo que, para evitar reiteraciones en la explicación, se hará remisión a lo que allí se ha explicado.

---

<sup>436</sup> Sobre el concepto de “*garantía*” vid. CARRASCO PERERA, Ángel, CORDERO LOBATO, Encarna y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús. *Tratado de los Derechos de Garantía*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002, pág. 60; a cuyo tenor “*La garantía es un derecho, que nace de contrato, por medio del cual, en la perspectiva y para el caso de incumplimiento de un deudor, su acreedor se provee de un recurso técnico que le permite obtener satisfacción de su crédito con mayores posibilidades que las que resultarían de contar exclusivamente con el respaldo de la responsabilidad universal del deudor. Estas mayores posibilidades pueden provenir de que un tercero responda con su propio patrimonio cuando el deudor incumpla o que el acreedor pueda hacerse pago sobre los bienes del deudor o de un tercero en condiciones más ventajosas que el resto de los acreedores de aquéllos.*”

<sup>437</sup> CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. *Cuadernos de Derecho Judicial. Contratos Bancarios y Financieros*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1ª edición, 1994, pág. 60 explica que se debe distinguir “*entre contratos puramente obligacionales (préstamo personal) y contratos con garantías, bien sean personales (de terceros fiadores) o reales (sobre créditos afectos a la restitución de las cantidades recibidas: Lombardgeschäft o anticipo; sobre valores o sobre bienes materiales, muebles o inmuebles).*” En la misma línea se había pronunciado URÍA, Rodrigo. *Derecho Mercantil*, editorial Marcial Pons, 19ª edición, Madrid, 1992, págs. 815 a 816 al afirmar que “*al desarrollo de la actividad mercantil moderna no bastan las formas de garantía personal (fianzas, avales, etc.), y los empresarios han tenido que acudir, para movilizar y conseguir el crédito, a específicas formas de garantía real adaptadas a las exigencias del comercio. Nacieron así, al lado de la prenda y de la hipoteca normales, nuevas instituciones de garantía real como la prenda sin desplazamiento de posesión y la hipoteca mobiliaria, hoy reguladas por la Ley de 16 de diciembre de 1954.*”



## 3.2. Garantías del deudor público

### 3.2.1. Evolución del esquema de garantías personales públicas

*A) Ex Código Civil: la responsabilidad patrimonial del deudor versus las disponibilidades presupuestarias. Presunción de solvencia*

En la práctica comercial privada, es la primera circunstancia que se analizará por parte de la entidad financiera respecto de un sujeto solicitante de financiación bancaria. La garantía personal básica e inicial es el propio patrimonio del solicitante, esto es, los bienes y derechos de contenido económico que se hallen dentro de su esfera jurídica del solicitante de financiación bancaria. El propio CC ha consagrado esta responsabilidad personal del deudor en su artículo 1.911, a cuyo tenor “*Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros.*”<sup>438</sup>

Es una regulación clara y omnicomprensiva, que persigue significar que todo el patrimonio actual del deudor está sujeto al cumplimiento de las obligaciones por éste contraídas, así como también todo el patrimonio futuro que entre en la esfera jurídica de dicho deudor<sup>439</sup>. Por lo tanto, por un lado cabe afirmar que se trata de una

---

<sup>438</sup> La idea de sujetar todo cuanto pertenezca al deudor procede del Derecho Romano en donde era incluso un derecho más extenso en la medida que se podía extender, además del patrimonio, al propio cuerpo del deudor, aunque esta posibilidad de ejecución personal quedó abolida con la *Lex Poetelia Papiria* (aproximadamente, en el siglo 326 a. C.). Resulta interesante el detalle sobre la evolución de la responsabilidad del deudor en el Derecho Romano realizada por RODRÍGUEZ ENNES, Luis. *La “obligatio” y sus fuentes*, Revista Internacional de Derecho Romano, abril-2009, págs. 90 a 126; en donde también se analiza la dicotomía entre el débito (*debitum*) que incumbe al deudor, entendido como deber de cumplimiento de la obligación, y la responsabilidad del deudor, entendida como el sacrificio o perjuicio que se le provocará en caso de incumplimiento (denominadas “*Schuld*” y “*Haftung*” respectivamente en la terminología pandectística).

<sup>439</sup> Es extensa la jurisprudencia al respecto. Entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 95/1993 (Sala de lo Civil), de 10 de febrero, (recurso de casación núm. 2267/1990, RJ 1993/1453) y la Sentencia del mismo Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1983 (RJ 1983/5958). Y la doctrina, destacando ESPIGARES HUETE, José Carlos. *Sentencia de 13 de diciembre de 2010. Ejercicio de acción de reintegración del artículo 71 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, frente a hipoteca conjunta constituida por nuda propiedad no deudora. Presunción de perjuicio patrimonial derivada de acto a título gratuito y posibilidad de rescisión parcial*, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil núm. 87/2011, págs. 1715-1750; resultando de especial interés esta afirmación referida al deudor sujeto a derecho privado: “*voy a permitirme advertir que la dicción literal del artículo 1911 del Código civil, para su cabal entendimiento, ha de ser completada en el sentido de que el deudor responde frente a sus acreedores del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes no embargables presentes, futuros y, en los casos en que así resulta legalmente establecido, algunos de los pasados. A tal fin el artículo 1111, in fine, del Código civil consagra la vigencia en*

responsabilidad de tipo universal, toda vez que alcanza todos los bienes posibles, actuales y futuros, que correspondan en propiedad al deudor. Y, por otro lado, se debe afirmar que es una responsabilidad ilimitada, a diferencia de la responsabilidad de las personas jurídicas con forma de sociedad capitalista<sup>440</sup>.

El artículo 1.911 del CC resulta de plena aplicación al ámbito de la contratación de financiación bancaria con el sector público, por la aplicación del Derecho privado a este tipo de contratación. Sin embargo, en la línea de lo que se ha venido explicando hasta el momento, cabe matizar la anterior afirmación porque el principio de la responsabilidad patrimonial universal del deudor aplicará pero limitada por el especial y, en ocasiones, privilegiado régimen jurídico que aplica a las Administraciones Públicas y a sus entidades y organismos de su perímetro SEC.

No se puede negar que con el pago se producirá la extinción de la obligación de la Administración Pública para con la entidad financiera (por concepto de principal, intereses, comisiones y otros gastos que pudieren aplicar), a tenor de lo previsto en el artículo 1.156 del CC. Sin embargo, para los casos en que no se produzca este pago voluntario de parte del cliente público, la entidad financiera deberá de haber arbitrado otros mecanismos de cobro al amparo del ordenamiento jurídico aplicable. Estos otros mecanismos de cobro, mecanismos subsidiarios o garantías de la financiación, son los que van a ser analizados a continuación.

Cabe precisar que, en ningún caso, es cometido ni intención del presente trabajo abordar el análisis de la situación de morosidad del sector público ni de la reclamación del pago de sus deudas que, aún siendo aspectos interrelacionados con el esquema de

---

*nuestro ordenamiento jurídico de las tradicionales acciones paulianas, facultando a los acreedores para impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho.”*

<sup>440</sup> Según artículo 4 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital. En comentarios a este Texto Refundido se ha pronunciado FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis, en su artículo sobre “*Disposiciones Generales (Título I, artículos 1 a 18)*”, publicado en la Revista de Derecho de Sociedades núm. 36/2011, editorial Aranzadi, págs. 39 a 68, cuyo pronunciamiento sobre el capital social es el siguiente: “(...), el capital social constituye, como cifra formal, no solo un instrumento de medida sino que fija el total de la garantía de los acreedores al cortar el expediente técnico de la limitación de responsabilidad toda referencia al patrimonio particular de los socios.” Sin olvidar la doctrina tradicional en la materia, entre ella, URÍA, Rodrigo. *Derecho Mercantil*, editorial Marcial Pons, 19ª edición, Madrid, 1992, págs. 171 y 175.

garantías, ya han sido ampliamente estudiados por la doctrina<sup>441</sup>. Asimismo, tampoco es objeto del presente trabajo ahondar sobre el concepto y características de las garantías de Derecho privado a las que se aludirán, pues ello requeriría de una mayor extensión, al ser temáticas muy ampliamente estudiadas por la doctrina, sin perjuicio de que se hará una breve referencia a las mismas.

En cualquier caso, téngase en cuenta que la primera especialidad que aplica al principio de la responsabilidad patrimonial universal en el ámbito de las Administraciones Públicas es el de la limitación a las disponibilidades presupuestarias. En efecto, sobre la base del principio de legalidad que aplica en materia de presupuestos públicos, éstas van a reconocer sus deudas en sus presupuestos y a adjudicarles unos ingresos proporcionales a fin de poder atender aquéllas y, en ningún caso, se podrán atender gastos no previstos en tales presupuestos<sup>442</sup>.

Sin embargo e *in extremis*, la capacidad de repago de la Administración Pública está subordinada a la potencialidad y viabilidad de los ingresos que tenga. Dicho en otros términos, aún habiendo presupuestado determinados ingresos para atender a determinados compromisos de gasto, si dichos ingresos no llegan a ser ingresados en su totalidad por circunstancias diversas y *a priori* incontrolables por la Administración acreedora, sucederá que los ingresos reales recibidos por dicha Administración serán inferiores a los originalmente presupuestados.

Ello podría provocar una situación de insolvencia parcial, y en su caso transitoria, de la Administración, ante lo que en función de sus posibilidades podría realizar o bien modificaciones de créditos, suplementos de créditos, o en el peor de los casos para el que resulte acreedor, posponer el pago de las deudas hasta que su

---

<sup>441</sup> Como obra relativamente reciente destaca la de RECUERDA GIRELA, Miguel Ángel (director). *La morosidad del sector público en el cumplimiento de sus obligaciones*, editorial Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2012.

<sup>442</sup> Lo que se configura como un verdadero principio de limitación presupuestaria que se relaciona con la exigibilidad de las obligaciones. Se halla recogido en el artículo 21.1 de la LGP: “*Las obligaciones de la Hacienda Pública estatal sólo son exigibles cuando resulten de la ejecución de los presupuestos, de conformidad con lo dispuesto en esta Ley, de sentencia judicial firme o de operaciones no presupuestarias legalmente autorizadas.*” Y también en el artículo 173.1 del TRLHL, para el ámbito local: “*Las obligaciones de pago sólo serán exigibles de la hacienda local cuando resulten de la ejecución de sus respectivos presupuestos, con los límites señalados en el artículo anterior, o de sentencia judicial firme.*”

situación financiera se lo permita lo que define a la perfección la expresión de “*supeditarse de forma estricta a las disponibilidades presupuestarias*” que aparece recogida como principio general en el artículo 26.2 de la LGP<sup>443</sup>.

Por otro lado, aún habiendo la Administración Pública realizado las correspondientes dotaciones presupuestarias, el crédito derivado de las mismas quedará bloqueado, y no se destinará al fin previsto, en caso de que para la concreta operación de financiación fuere necesaria la obtención de autorización y ésta no se hubiere obtenido. Ello sobre la base de que dichas operaciones no serían en puridad válidas ni eficaces desde un punto de vista legal y, por ello, tampoco resultarían exigibles<sup>444</sup>.

Sin perjuicio de todo anterior, es tradición jurídica, económica y práctica la de considerar que la solvencia de la Administración es incuestionable, en primer lugar, por el hecho de que la Administración no puede desaparecer, a diferencia de las personas jurídicas privadas que se pueden disolver y extinguir. En el caso de las Administraciones, estatal, autonómica y local, las mismas deben permanecer en el tiempo en atención a las necesidades e intereses públicos que tutelan y por los que velan. Y, respecto de los entes y entidades públicos integrantes del perímetro SEC que pueden disolverse o fusionarse conforme a Derecho, la realidad es que, de fusionarse, la solvencia continuará con la entidad absorbente y, de extinguirse, el activo y pasivo revertirá a la Administración territorial titular por lo que la solvencia frente al acreedor será la de ésta. Y la solvencia, en segundo lugar, se aprecia “*basada en la confianza de su solvencia y en la garantía de que cumplirá sus obligaciones*”, en palabras de PÉREZ DE ARMIÑÁN.<sup>445</sup>

---

<sup>443</sup> Este precepto establece que “*Las disposiciones legales y reglamentarias, en fase de elaboración y aprobación, los actos administrativos, los contratos y los convenios de colaboración y cualquier otra actuación de los sujetos que componen el sector público estatal que afecte a los gastos públicos, deben valorar sus repercusiones y efectos, y supeditarse de forma estricta a las disponibilidades presupuestarias y a los límites de los escenarios presupuestarios plurianuales*”

<sup>444</sup> En esencia, es el caso de los organismos autónomos de la Administración General del Estado, que precisan autorización para sus operaciones de endeudamiento y de aval (artículo 111 de la LGP), de los autonómicos, y de las operaciones de endeudamiento y avales de las EELL en los casos del artículo 53 del TRLHL (según artículo 173.6.b del mismo TRLHL).

<sup>445</sup> PÉREZ DE ARMIÑÁN, Gonzalo. *Legislación Bancaria Española*, editorial Banco de España, 6ª edición, Madrid, 1983, pág. 183

En este sentido, se puede afirmar que la solvencia de estas Administraciones es real y existe o, en su caso existirá, pero no se puede afirmar que dichas Administraciones van a perder en un futuro su solvencia de manera sobrevenida pues, es una consideración así consolidada en la realidad de las cosas y en la práctica, que esta Administración tiene o puede tener recursos económicos con los que responder de sus deudas como ya dijo JARACH<sup>446</sup>.

Sin ir más lejos, la Administración ostenta la potestad tributaria y, de hecho, históricamente ha hecho un uso muy frecuente de la misma para atender al pago de sus gastos (otra cosa son las consecuencias que para la economía del sector público conlleva el incrementar la carga tributaria de los ciudadanos, aspecto que queda fuera del ámbito de esta tesis de índole jurídica). Tan es así que VON EHEBERG<sup>447</sup> justificaba la deuda perpetua del Estado y la confianza de los capitalistas en prestarle financiación en estos términos sobre la base de *“la fe en la naturaleza del Estado, de eterna duración cualquiera que sean las alteraciones de detalle, y la confianza en su capacidad de prestación financiera, tenía que considerarse como lo más normal la duración ilimitada del crédito.”*

En definitiva, como apunta FERREIRO<sup>448</sup>, la solvencia del Estado deriva del principio de legalidad al afirmar que *“sólo ella [la ley] puede garantizar así a los prestamistas que es ella quien responde de la Deuda, prestándole así la máxima credibilidad.”*

Sin embargo, esta presunción de solvencia pública, *ergo*, de las Administraciones Públicas es de difícil clasificación.

---

<sup>446</sup> JARACH, Dino. *Finanzas Públicas. Esbozo de una teoría general*, Colección *Estudios de Finanzas Públicas y de Derecho Tributario*, editorial Cangallo S.A.C.I., Capital Federal (Argentina), 1ª edición, 1978, págs. 557 a 561; apunta que *“por su solvencia fundada no sobre su patrimonio, a diferencia de la deuda privada, sino sobre su poder de imperio que los habilita para imponer tributos sobre los habitantes y en función de la capacidad contributiva de la población.”*

<sup>447</sup> VON EHEBERG, Carlos T. *Hacienda Pública*, traducción del alemán de Enrique Rodríguez Mata, editorial Gustavo Gili, 19ª edición, Barcelona, 1929, págs. 596 a 597.

<sup>448</sup> FERREIRO LAPATZA, José Juan. *Curso de Derecho Financiero Español. Instituciones*, editorial Marcial Pons, 25ª edición, Madrid, 2006, pág. 155. Luego, citando a EINAUDI, abunda en la misma idea afirmando que *“el Estado garantiza su Deuda pública fundamentalmente, insistimos, con la fuerza de su propio crédito, de la confianza que inspira a sus acreedores”*, pág. 175.

Considerarla presunción *iuris et de iure* y, por ello, incontestable, supondría entender que la Administración siempre va a pagar, aunque lo cierto es que no ya sólo en la historia de España que las arcas del erario público han estado muy consumidas por el exceso de gastos públicos, tradicionalmente y en esencia por causa de guerra<sup>449</sup>, también en los años recientes se han presenciado situaciones de insolvencia de las Administraciones Públicas que han dado lugar a la articulación de mecanismos específicos para el pago a proveedores, así como a través de la creación de fondos públicos específicos para refinanciar las deudas públicas y ofrecer un calendario de pagos coherente a los acreedores.

A pesar de ello lo cierto es que, al menos en los años más recientes, las Administraciones Públicas han pagado sus deudas, aunque haya sido de manera tardía. Por decirlo de otra manera, en los años recientes no se han dado situaciones de impago prolongado y definitivo de deudas de las Administraciones Públicas. Por todo ello se considera que la presunción de solvencia pública debe ser considerada una presunción de tipo *iuris tantum*, esto es, que admite prueba en contrario. Tal y como indica el profesor CAZORLA PRIETO “*la auténtica garantía es la confianza que susciten en los mercados financieros los entes públicos emisores per la solvencia de su Hacienda Pública, la corrección de su política económica y su estabilidad política.*”<sup>450</sup>

#### *B) Ex Constitutione: garantía sobre el pago de la deuda pública*

En todo caso, el pago de la deuda pública, intereses y capital, está garantizada en el artículo 135.3 de la CE bajo este literal: “*Los créditos para satisfacer el pago de*

---

<sup>449</sup> SMITH, Adam. *Investigación de la naturaleza y causas de la riqueza de las Naciones*, Libro IV, editado por Junta de Castilla y León, 1ª edición, Salamanca, 1996, pág. 180; apuntaba que “*La guerra y la preparación para ella son las dos circunstancias que en nuestros tiempos motivan la mayor parte de las necesarias expensas de los Estados grandes.*”. Posteriormente, CANGA-ARGÜELLES, José. *Apuntes para la historia de la Hacienda Pública de España en el año 1811*, editorial Imprenta Tormentaria (a cargo de Juan Domingo Villegas), Cádiz, 1813, pág. 18; describía la misma realidad (transcripción literal) “*La situación en que se mira la Patria desde el generoso movimiento de mayo de 1808, obliga á reducir los desembolsos del tesoro, al compas de los inmensos sacrificios que causa nuestra defensa, á limitar las pretensiones de la ambición, á suprimir muchas consignaciones sobre el Erario, que siendo tolerables en épocas de abundancia, son criminales en la presente, y á distribuir los fondos públicos en las necesidades de la guerra, que son las primeras á que debemos atender en el dia.*”

<sup>450</sup> CAZORLA PRIETO, Luis María. *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*, editorial Thomson Reuters Aranzadi, 14ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2014, pág. 530, punto en el que cita al profesor FERREIRO.

*intereses y capital de la Deuda Pública de las Administraciones se entenderán siempre incluidos en el estado de gastos de los presupuestos y su pago gozará de prioridad absoluta. Estos créditos no podrán ser objeto de enmienda o modificación, mientras se ajusten a las condiciones de la ley de emisión.”*

Por este motivo autores como PALAO TABOADA y PLEITE<sup>451</sup>, éste citando al primero, han reconocido que el mandato del artículo 135.3 de la CE “*se asemeja (...) a la responsabilidad patrimonial universal del deudor en el Derecho privado*”, reconociendo este último que la alusión constitucional a la “*Deuda pública*” alcanza también a los contratos de financiación mediante préstamo o crédito ya que “*dentro del concepto de deuda pública tiene que ser indiferente la forma de la misma, bien mediante títulos valores o bien en contratos de préstamo o crédito, la garantía de la Constitución se extiende a la totalidad de la deuda pública.*” Abundando sobre este particular, el mismo autor afirma finalmente que “*la garantía es política en cuanto va dirigida a que ninguna Ley pueda modificar las partidas destinadas a satisfacer los pagos de los intereses y del capital.*”

Ciertamente, se podría afirmar que lo previsto en el artículo 135.2 de la CE es la culminación del principio de legalidad en materia financiera. Esto es, se parte de unos precedentes históricos en los que el pago o amortización del endeudamiento público no estaba asegurado a los financiadores, lo que históricamente ya provocó la ruina de algunos de ellos<sup>452</sup>, además de los episodios de repudio de la deuda pública, que en la actualidad están prohibidos intrínsecamente con la regulación constitucional de

---

<sup>451</sup> PLEITE GUADAMILLAS, Francisco. *Los contratos de préstamo y crédito de las Administraciones Públicas. Especial referencia a Corporaciones Locales y Comunidades Autónomas*, Colección *Monografías Jurídicas*, editorial Marcial Pons, 1ª edición, Madrid, 1999, pág. 193 a 195. Las valoraciones de esta obra al anterior artículo 135.2, hoy artículo 135.3 con ligera modificación de redacción ex Reforma del artículo 135 de la Constitución Española, de 27 de septiembre de 2011; son de utilidad interpretativa en la actualidad.

<sup>452</sup> VOLTES BOU, Pedro. *Dos mil años de economía española. Como hemos ido a parar a donde estamos*, Colección *Espejo de España*, número 136, editorial Planeta, 1ª edición, Barcelona, 1988, pág. 95; en donde explica que “*los [banqueros] Fugger siguieron reivindicando créditos por lo menos hasta 1710 (...). Después de complejos trámites durante el siglo XVIII, la real orden de 18 de julio de 1836 estableció que los créditos legítimos contra los monarcas austríacos y Felipe V pasasen a ser estudiados por la Junta de liquidación de la Deuda del Estado, lo cual tenía sin duda apremios más próximos que pagar las deudas de Carlos I. Uno de los provechos que España sacó del cambio de dinastía fue, por lo menos, archivar estas deudas.*”

referencia<sup>453</sup> aunque ello no significa que se puedan producir actualmente según se explica en el apartado 2.3.3. del presente Capítulo IV. Así y a pesar de los privilegios que sigue manteniendo la Administración Pública en el Estado de Derecho, dicha Administración está obligada por la ley, y por ende por el principio democrático, a devolver o amortizar los importes que haya tomado a préstamo, tanto su capital como sus intereses.

Esta obligación del legislador, esto es, de la comunidad, hacia la Administración Pública supone una verdadera relación de sujeción y subordinación del aparato público al correcto y efectivo cumplimiento de las obligaciones financieras contraídas. Por este motivo, precisamente, las entidades financieras tendrán esta garantía legal presente en todo momento, a pesar de que en los contratos de financiación en concreto no se aluda expresamente a la misma.

Por imperio de la ley, la garantía sobre la devolución de lo prestado está allí y debe ser respetada. Esta protección, por tanto, hacia los intereses de las entidades financieras contribuye indiscutiblemente a la seguridad jurídica exigida también por la norma constitucional en su artículo 9.3. Y es que, en puridad y analizado desde una perspectiva global y jurídica, no se trata del interés particular de las entidades financieras el que es el destinatario de esta garantía y obligación, sino que es la propia solvencia del sistema financiero actual, lo que contribuye directamente a satisfacer el interés de la colectividad y a garantizar la seguridad en el mercado. Dicho en otros términos, si la garantía del artículo 135.2 de la CE no existiera, se podrían dar válidamente escenarios de desatención de la deuda por parte de las Administraciones Públicas. Es cierto que igualmente se les podría exigir el pago de dicha deuda sobre la base del artículo 1.911 del CC en los términos ya comentados, pero esta única garantía supondría abandonar la solvencia del sistema financiero, español e internacional, a la suerte de la voluntad de cada Administración Pública. En cambio, el artículo 135.2 de la CE establece un verdadero límite tanto a la actuación de la propia Administración

---

<sup>453</sup> FUENTES QUINTANA, Enrique. *Hacienda Pública. Introducción, presupuesto e ingresos públicos*, editorial Rufino García Blasco, 1ª edición, Madrid, 1973, pág. 460; realiza un interesante y completo análisis de la figura del repudio, definiéndola como una “*forma violenta de amortizar la Deuda Pública*” en la que el Estado “*declara, de forma unilateral, que no va a pagar, en parte o en su totalidad, los intereses o el capital de la Deuda.*” También explica el repudio encubierto como aquel en que “*se disfraza bajo la horma de un impuesto especial sobre los intereses de la Deuda Pública.*”



Pública en lo que es su toma de decisiones, pero también al propio legislador al que le obliga a respetar las deudas contraídas, así como el marco normativo de modificación legislativa y sus mayorías. Por lo que el límite es doble. Es en este sentido que se afirma que el artículo 135.2 de la CE incluye una verdadera garantía de seguridad jurídica y financiera para el ordenamiento jurídico español, de protección a su mercado financiero y de salvaguarda del interés de los ciudadanos.

Así lo ha manifestado GARCÍA-ANDRADE<sup>454</sup> al afirmar que su *“finalidad es asegurar el buen fin de las operaciones financieras de endeudamiento, de manera que los acreedores confíen en el Estado, y no evitar las demoras en el pago a los acreedores.”* Este mismo autor deja también claro, en cierta contraposición con PLEITE GUADAMILLAS en cuanto al alcance, que esta medida *“no se predica del volumen global de la deuda pública, sino únicamente de las emisiones y de los créditos contraídos en operaciones financieras sobre deuda pública.”* Además, la considera como una de las *“garantías de máximo rango normativo de que serán atendidos sus créditos”* y que es claramente *“una regla constitucional para garantizar el pago preferente a los creadores de la deuda pública.”*

Por todo lo que se trata indiscutiblemente de una garantía creada expresamente por el legislador para asegurar el pago de la deuda pública a los acreedores del Estado y, por extensión, de las Administraciones Públicas españolas. Es, en efecto, una garantía máxima que pretende otorgar la seguridad jurídica y financiera antes referida.

### 3.2.2. Los compromisos plurianuales

Una peculiaridad de la normativa de Derecho público en materia de pago es que se reconoce a las Administraciones Públicas la posibilidad de asumir compromisos de pago durante varios años por un mismo concepto, sin perjuicio del principio de

---

<sup>454</sup> GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, Jorge. *La reforma del artículo 135 de la Constitución Española*. Revista de Administración Pública, número 187, enero-abril, editorial Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Madrid, 2012, págs. 52 a 55.

anualidad presupuestaria<sup>455</sup>. Son las denominadas partidas plurianuales, también denominadas “*plurianualidades*” o “*gastos de carácter plurianual*”.

Se trata de compromisos destinados a financiar inversiones cuya amortización se dilate en el tiempo, de diversa índole, en donde se incluyen los pagos en concepto de cargas financieras, esto es, amortizaciones de principal, intereses y comisiones dimanantes de contratos de financiación bancaria. Por lo tanto, actuarán como mecanismos de garantía, establecidos *ad hoc* y *ex ante* para contratos de financiación concertados por Administraciones Públicas.

Su regulación se halla tanto a nivel estatal, autonómico, como local. Por su lado, la LGP ya concibe a la plurianualidad como parte del principio de estabilidad presupuestaria en su preámbulo y en su artículo 26.1, y del artículo 5 de la LOEPSF que consagra el denominado “*principio de plurianualidad*”. Luego, en su artículo 28.4 recoge la posibilidad de crear escenarios plurianuales a través de los programas plurianuales (ministeriales y de centros gestores), en cuyo contenido habrán partidas de ingresos y de gastos.

En particular, respecto de los gastos plurianuales, el artículo 47 de la LGP establece los siguientes requisitos para su válida constitución y existencia: (i) que los gastos se empiecen a ejecutar en el mismo ejercicio en que han sido autorizados, (ii) que el número de ejercicios a aplicarlos no sea superior a cuatro años, (iii) que no hay límite cuantitativo alguno para los gastos destinados a atender los compromisos derivados de “*la carga financiera de la Deuda*” (a diferencia de otros supuestos en los que se establecen estos límites de imputación: en el primer año se impute el 100%, en el segundo el 70%, en el tercero el 60% y, en los cuarto y quinto el 50%); y (iv) que estos compromisos deberán ser objeto de contabilización separada.

Para el caso de que, de manera excepcional, en un año determinado se hubiere incumplido la dotación presupuestaria correspondiente, el artículo 47 bis de la LGP exige a la Administración incumplidora que: (i) informe de inmediato al tercero afectado (que, en el caso de operaciones financieras, sería la entidad financiera), (ii)

---

<sup>455</sup> EL CONSULTOR DE LOS AYUNTAMIENTOS Y DE LOS JUZGADOS. *Temporalidad de los créditos*, número 7.105, 15 de enero, 2016, Año 161- número 1, editorial La Ley Grupo Wolters Kluwer, págs. 19 a 20.

proceda a reprogramar las obligaciones asumidas y a reajustar anualidades, si tuviere crédito para ello<sup>456</sup>; y (iii) si hubiere insuficiencia de crédito, la Administración debería resolver el contrato del que dimanase el compromiso plurianual pero *“fijando las compensaciones que, en su caso, procedan.”* Esta última posibilidad es de aplicación a los compromisos de pago de deudas financieras toda vez que, en caso de resolución de estos contratos muy probablemente se activen las cláusulas de resolución de vencimiento anticipado, en cuya virtud la entidad financiera acreedora exigirá el pago íntegro de la deuda pendiente a la Administración Pública deudora.

Además, el artículo 47 bis de la LGP *in fine* establece un supuesto específico relacionado con el (iii) que se acaba de señalar, para el caso de que en el negocio jurídico del que dimanasen los compromisos plurianuales hubiere una condición resolutoria consistente en la falta de *“crédito adecuado y suficiente en los Presupuestos Generales del Estado de cada uno de los ejercicios para los que se comprometió”*. En estos casos, antes de acordar la resolución de la relación jurídica *“valorará el presupuesto de gastos autorizado y el grado de ejecución del objeto del negocio, a fin de considerar soluciones alternativas antes de que opere la condición resolutoria, para lo cual deberá notificar de forma fehaciente al tercero tal circunstancia.”* Respecto de esta concreta regulación, cabe formular una observación.

Nótese que, en el escenario planteado, el deudor es la propia Administración Pública y, además, un deudor incumplidor. Sin perjuicio de ello, la propia norma concede a dicho deudor la facultad de resolver la relación jurídica. Sin embargo y en el marco de relaciones jurídicas de índole financiera (esto es, contratos de financiación) y bajo los contratos de financiación, la opción de resolver el contrato corresponderá únicamente a la entidad financiera. Por ello, sucede que la LGP incluye una regulación que se sobrepone a la autonomía de la voluntad y a la práctica habitual seguida en la contratación privada. Parece paradójico que sea el propio deudor el que pueda acordar resolver un contrato cuando es el propio deudor el que lo ha incumplido.

---

<sup>456</sup> El procedimiento de reprogramación y reajuste se halla regulado en la Disposición Adicional Decimonovena de la LGP, redacción introducida por la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2013.

Ante ello sólo se puede concluir que se trata de un verdadero privilegio a favor de la Administración Pública y en posible detrimento de la parte privada del contrato. Este privilegio, en buena lógica, debería haber sido incluido a fin de defender y tutelar un interés público superior. En base a ello se adivina que, en caso de no existir esta previsión y habiendo incumplimiento de pago de parte de la Administración Pública, la entidad financiera podría optar por solicitar ella misma la resolución del contrato y, con ello, el pago anticipado de toda la deuda pendiente, con intereses de demora en caso de retraso en este pago y, además, con posibilidad de reclamación judicial del pago de la deuda en caso de impago prolongado. En esta tesitura, parecería que el mecanismo arbitrado por el artículo 47 bis de la LGP *in fine* obedecería a una necesidad de la Administración Pública de anticiparse a la situación y de evitar males mayores para su propia hacienda, estableciendo así una suerte de ordenación de su situación de morosidad en el marco de un escenario de gastos plurianuales<sup>457</sup>.

Hecha esta reflexión cabe mencionar que la redacción de los artículos 47 y 47 bis de la LGP fue introducida por la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de presupuestos Generales del Estado para el año 2013. Ésta fue la primera ley presupuestaria que se aprobó después de la vigencia de la LOEPSF y, en su propio preámbulo, ya se remitía a la doctrina del Tribunal Constitucional en lo relativo al criterio de temporalidad de las leyes presupuestarias precisando que *“si bien la Ley de Presupuestos puede calificarse como una norma esencialmente temporal, nada impide que accidentalmente puedan formar parte de la misma preceptos de carácter plurianual o indefinido.”* Luego, el mismo preámbulo justifica las regulaciones de la concreta ley anual presupuestaria en la necesaria reducción del gasto público, la sostenibilidad financiera de las Administraciones Públicas y en fortalecer la confianza en la estabilidad de la economía española y reforzar el compromiso de España en la Unión Europea en materia de estabilidad presupuestaria.

Parecería, pues, que todos estos objetivos, unidos a la posibilidad constitucional de asumir compromisos plurianuales, ampararían la posibilidad de resolución anticipada de operaciones financieras concertadas con financiadores privados, aun

---

<sup>457</sup> La regulación contenida en los artículos 47 y 47 bis fue introducida por la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2013. No se han encontrado comentarios a estos preceptos en los debates de sesiones del proyecto de ley (121/0000027).

cuando la normativa privada y los pactos privados lo regulasen como facultad de la parte acreedora. Por este motivo y sobre este punto en concreto se concluye que la facultad de resolución del artículo 47 bis de la LGP a favor de la Administración Pública: (i) contradice la práctica habitual de los negocios de financiación y, por ello, la costumbre mercantil existente sobre cuya base las causas de resolución son las que facultan a la parte acreedora (y no a la deudora) para solicitar la extinción del contrato con el consiguiente vencimiento anticipado de la deuda pendiente, por lo que desnaturaliza la posición contractual de la parte acreedora; (ii) no halla justificación en el artículo 1.124 del CC toda vez que el mismo, si bien aplica a las obligaciones recíprocas, regula la resolución como facultad, no obligación, de la parte cumplidora, no de la incumplidora<sup>458</sup>. Y, por todo ello, (iii) aquella facultad supone un verdadero privilegio para la Administración Pública en la medida que la sitúa en una posición de superior respecto de la parte acreedora, hasta el punto de permitirle decidir acerca de la extinción del contrato en un escenario en que el propio deudor ha incumplido al no realizar las consignaciones de las plurianualidades, constituyendo un tratamiento distinto para la parte acreedora al previsto en la ley y en la costumbre habitual en materia de contratación mercantil y bancaria.

Sobre la base de tales conclusiones cabe afirmar que más que una cuestión de jerarquía normativa *ex* artículo 1.2 y 3 del CC, del artículo 47 bis de la LGP sobre la costumbre mercantil, se está más bien una cuestión de conflicto normativo en la que el Derecho privado queda perjudicado en beneficio del Derecho público por tutelar éste un interés público superior al privado y en donde, por mor del principio de especialidad normativa, el legislador habría dado supremacía al interés público sobre el privado, lo que la doctrina ha denominado un verdadero Derecho Excepcional, aunque el Tribunal Constitucional lo ha matizado exigiendo que todo trato desigual exige un

---

<sup>458</sup> Al respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 4 de enero de 1992 (recurso de casación núm. 2474/1989) (RJ 1992/148) trae a colación jurisprudencia relativa a la necesaria existencia de un vínculo contractual manifestando que (FJ 4) “*el precepto concede a la parte perjudicada para pedir que lo pactado subsista y se cumpla, o para que se resuelva, dejando sin efecto la vida del contrato originario.*” También, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla núm. 341/2010, Sección 5ª, de 8 de julio de 2010 (recurso de apelación 8206/2009) (JUR 2010/370030) (FJ 4) deja claro que “*Del tenor del artículo 1.124 del Código Civil resulta que esta norma concede al acreedor, ante el incumplimiento de la otra parte, la facultad de exigir el cumplimiento o la resolución.*”

juicio de conformidad con el principio de igualdad del artículo 14 de la CE<sup>459</sup>, circunstancia que en el caso analizado no aparece ni en el preámbulo de la Ley 17/2002 antes referida ni en los trabajos parlamentarios previos a la misma. Ante ello cabría plantearse un eventual exceso de una ley excepcional del artículo 4.2 del CC en contra de lo previsto en el artículo 9.3 de la CE sobre prohibición de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras o no favorables restrictivas de derechos individuales.

Igualmente, en el ámbito autonómico, las diferentes leyes sobre hacienda pública regulan los escenarios plurianualidades en el marco de la hacienda autonómica en términos idénticos<sup>460</sup>, y en los que también se advierte de la posibilidad de que las leyes presupuestarias anuales puedan establecer limitaciones temporales o cuantitativas respecto de lo previsto en la ley autonómica general.

Y, en el ámbito de las EELL, los gastos de carácter plurianual se hallan regulados en el artículo 174 del TRLHL en términos también idénticos a los

---

<sup>459</sup> Así lo exige la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 55/1990, de 28 de marzo (RTC 1990/55) (FJ 16), citada por TARDÍO PATO, José Antonio. *El principio de especialidad normativa (lex specialis) y sus aplicaciones jurisprudenciales*, Revista de Administración Pública, número 162, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, septiembre-diciembre, Madrid, 2003, págs. 189 a 225; en donde analiza las posiciones doctrinales sobre los conceptos de Derecho Especial y Derecho Excepcional sobre la base de que ambos dos suponen que una norma contradiga una ley o principio general, alcanzado una conclusión lógica y finalista al respecto (pág. 192): “De una parte, se considera que la norma especial prevalece sobre la general, porque la norma específica es más apta para regular lo específico. Y, de otra, se destaca que dicha regla es la que mejor responde a la voluntad del legislador, porque si el mismo legislador dicta dos normas, una general y otra especial, y un mismo supuesto de la vida real cae hipotéticamente entre ambas, es porque el legislador quiso dar preferente aplicación a la Ley especial, pues de otro modo no tendría sentido su promulgación.”

<sup>460</sup> Por ejemplo, el artículo 40 del Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo, del Texto Refundido de la Ley de Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, en las plurianualidades relativas a “cargas financieras del endeudamiento”, se estipula que “se estará a lo que se determine en el seno del Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas sobre endeudamiento de las Administraciones Públicas.” También, el artículo 64 de la Ley 14/2014, de 29 de diciembre, de finanzas de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears; y en su artículo 65.4 especifica que los supuestos de “b) Cargas financieras derivadas del endeudamiento, las cuales se regirán por la normativa que sea de aplicación en cuanto al procedimiento, la competencia y los límites.” El artículo 66.2 de la misma Ley exige informe previo de la dirección general competente en materia de presupuestos y fiscalización de la Intervención General, para la autorización y modificación de gastos plurianuales. Además, el procedimiento de modificación y contabilización se desarrolla en el Decreto 75/2004, de 27 de agosto, de desarrollo de determinados preceptos de la Ley de Finanzas y de las leyes de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears. Igualmente, el artículo 40 de la Ley 1/2015, de 6 de febrero, de hacienda pública, del sector público instrumental y de subvenciones; prevé las plurianualidades para “b) cargas financieras”, no las sujeta a duración máxima, a la vez que establece que, en caso que los fondos provengan totalmente del Estado o de la Unión Europea se aplicarán las limitaciones y porcentajes que establezca la Administración financiadora.

explicados. En particular, se prevé: (i) la subordinación de la autorización o realización de gastos plurianuales “*al crédito que para cada ejercicio autoricen los respectivos presupuestos*”; (ii) se permiten los gastos plurianuales, entre otros, para “*d) Cargas financieras de las deudas de la entidad local y de sus organismos autónomos*”; (iii) no se sujetan estos gastos para cargas financieras a límites temporales ni cuantitativos; (iv) exigiéndose en todo caso una contabilización separada.

Sin perjuicio de lo anterior, es importante destacar que en el ámbito del Estado y de las CCAA, las aprobaciones anuales de leyes presupuestarias podría conllevar algún tipo de modificaciones al régimen general, estatal o autonómico, de dichas partidas plurianuales. Por lo que, antes de perfeccionar un contrato de financiación sujeto a la garantía de las plurianualidades, es altamente recomendable confirmar el concreto régimen presupuestario del año en curso que aplica a la Administración Pública contratante.

En puridad, los gastos de carácter plurianual consignados en los presupuestos públicos suponen la forma normal de repago de la deuda por parte de la Administración. Sin embargo, en la medida que conllevan una esperanza implícita para el acreedor, consistente en poder confiar en que durante los próximos años esta partida seguirá constando en el estado de gastos del presupuesto del deudor, puede ser entendida como garantía o como medida reforzada de pago, frente a los gastos que no hayan sido considerados *ab initio* con el carácter de plurianuales<sup>461</sup>.

### 3.2.3. Pignoración de depósitos *versus* domiciliación irrevocable

La prenda de los derechos de crédito derivados de depósitos bancarios y/o de las imposiciones realizadas en dichos depósitos es la garantía real más idiosincrásica de la práctica financiera, toda vez que permite al financiador hacer suyo el dinero del deudor en caso de incumplimiento de éste, configurándose como una garantía rápida sobre la

---

<sup>461</sup> Esta garantía implícita viene amparada, desde una perspectiva finalista y de defensa del interés del acreedor, por los principios de buena fe, eficacia y confianza legítima (artículo 3.1 de la Ley 40/2015) y también por la doctrina de los actos propios de la Administración. Por lo que, en caso de incumplimiento, todos ellos deberían ser puestos de manifiesto en el marco de una reclamación.

base del carácter líquido del dinero, lo que la configura como la garantía preferida en el ámbito de los negocios financieros<sup>462</sup>.

Esta garantía real puede ser prestada por el deudor o por un tercero, pero en todo caso recae sobre los fondos o saldos existentes en un determinado depósito bancario, esto es, en una cuenta bancaria de una entidad financiera titularidad del deudor o de un tercero, de depósito a la vista o de imposiciones a plazo<sup>463</sup>. Igualmente, forman parte del *quantum* de dicho depósito el saldo existente en el mismo en el momento de constitución de la prenda, así como las imposiciones que se hagan en el futuro en dicho depósito. Todos estos importes, el deudor o deudor pignoraticio los pone a disposición de la entidad financiera o acreedor pignoraticio para ejecutarlos en caso de incumplimiento de la obligación garantizada. Y, en todo caso, el deudor debe asegurar a la entidad financiera que los derechos de crédito objeto de prenda se encuentran libres de cargas y gravámenes, embargos o cualquier otra limitación a su libre disposición.

Correlativamente, dado el derecho real así creado, es habitual que el deudor se obligue frente al acreedor pignoraticio a (i) no disponer, ceder, enajenar ni de cualquier otra forma transmitir o gravar los derechos de crédito pignorados a favor de terceros, (ii) ni a cancelar el depósito y/o las imposiciones en el mismo; sin el consentimiento expreso del aquel acreedor. Además, la prenda se extenderá, por subrogación real, a todas las imposiciones futuras que se realicen en el mismo depósito y también a los intereses remuneratorios que se percibieran del depósito. En caso de ejecución, el importe de la prenda responderá del pago de toda la deuda que tuviere el deudor, pero

---

<sup>462</sup> CARRASCO PERERA, Ángel, CORDERO LOBATO, Encarna y Y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús. *Tratado de los Derechos de Garantía*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002, pág. 867; a cuyo tenor “los depósitos bancarios constituyen el crédito por antonomasia que los bancos aceptan en prenda como garantía de sus créditos contra sus clientes. La naturaleza de la prenda cambiará en función del tipo de depósito de que se trate. Pueden pignorarse depósitos y cuentas a la vista, ya en forma de depósitos en cuenta corriente (con servicio de caja y contrato de cheque) o en forma de libreta de ahorros (...). Más seguros son los créditos derivados de imposiciones a plazo o cuentas indisponibles (como cuentas vivienda).” Manifestaciones todas ellas pensadas respecto de un cliente bancario de tipo privado, ya sea persona física o jurídica.

<sup>463</sup> Sin perjuicio de no hallarse prevista en el CC, actualmente su regulación se halla en la Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgente para el impulso de la productividad y para la mejora de la contratación pública; en donde se conceptualiza y establece los requisitos para su formalización. Todo ello en trasposición al ordenamiento español de lo previsto en la Directiva 2002/47/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de junio de 2002, sobre acuerdos de garantía financiera.



en primer lugar de los intereses (ordinarios y de demora), las comisiones y otros gastos (incluidos los de la ejecución) y el capital o principal<sup>464</sup>.

Generalmente, en las operaciones financieras, la ejecución de la prenda de saldos conlleva la compensación en el saldo del deudor por un importe equivalente al de la deuda, de modo que la institución de la compensación, legal o convencional, es la que produce la confusión de derechos y, con ello, la extinción de la deuda del deudor con la consiguiente satisfacción del acreedor<sup>465</sup>.

Este régimen jurídico de la garantía prendaria, puesto en relación con lo comentado anteriormente en el Capítulo II de la tesis acerca del concepto del dinero público, su beneficio de la inembargabilidad y la exclusión de la facultad de compensación.<sup>466</sup> Ante ello, la práctica bancaria halla un primer obstáculo para aplicar y exigir el tipo de garantía por antonomasia en los contratos de financiación, y ello sin perjuicio de que resulta incuestionable de que las Administraciones Públicas disponen

---

<sup>464</sup> En coherencia con lo dispuesto en el artículo 1.868 del CC que, aunque no se refiere a la prenda de depósitos bancarios ya que el CC sólo regula la prenda respecto de bienes corporales, establece que *“Si la prenda produce intereses, compensará el acreedor los que perciba con los que se le deben; y, si no se le deben, o en cuanto excedan de los legítimamente debidos, los imputará al capital.”* Por antigüedad, cabe referir la máxima prevista en el Fuero Real de 1.255 (Título XIV, Ley VIII) que, sin referirse expresamente al dinero público, alude a la no pignoración de bienes por ley (transcripción literal): *“Toda cosa que es defendida por la ley que non se pueda vender, defendemos que non se pueda enpennar, et aquellas cosas que se pueden vender aquellas se puedan enpennar.”* Publicación extraída del documento *Opúsculos Legales del Rey Don Alfonso el Sabio*, Tomo II, Real Academia de la Historia, Imprenta Real, Madrid, 1836, pág. 113.

<sup>465</sup> FÍNEZ RATÓN, José Manuel. *Garantías sobre cuentas y depósitos bancarios, la prenda de créditos*, Cuadernos de Derecho Privado 12, editorial J.M. Bosch editor, 1ª edición, Barcelona, 1994, págs. 16 a 17; en donde se afirma que *“No en pocos supuestos la concesión de un préstamo queda condicionada al depósito del mismo en la propia entidad bancaria. Con ello los bancos persiguen garantizar o dar seguridad a sus operaciones activas.”*

<sup>466</sup> MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, volumen I, editorial Iustel, Madrid, 2ª edición, 2006, pág. 72: *“La peseta del Estado era siempre «peseta del Estado», esto es, una peseta privilegiada tanto a efectos de cobro (prelaciones, apremio, no compensación) como de pago (inembargabilidad, liquidación y ejecución de deudas por la propia Administración, régimen especial de prescripción quinquenal o anual, etc), sin tener en cuenta para nada la naturaleza del título causal del crédito o la deuda. Esta concepción se aprecia con toda evidencia en nuestra vigente Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública que es, bien puede decirse, la cristalización de un pretendido estatuto jurídico subjetivo de la Hacienda Pública.”*

También alude a este carácter diferente del dinero público FERREIRO LAPATZA, José Juan. *Instituciones de Derecho Financiero*, Marcial Pons, 1ª edición, 2010, pág. 83; al afirmar que *“el dinero público se diferencia visiblemente, por el régimen jurídico peculiar de su obtención, administración y empleo, del resto de los bienes y derechos de la Administración que constituyen, en sentido técnico-jurídico, su dominio.”*

de saldos con fondos en cuentas bancarias, pero los mismos están beneficiados por su carácter inembargable.

Por ello, la prenda de depósitos titularidad de Administraciones Públicas no es una garantía que dichas Administraciones puedan ofrecer en el marco de un contrato de financiación bancaria. Correlativamente, la entidad financiera no podrá exigir ni esperar la garantía de pignoración de los derechos de crédito de los depósitos de Administraciones Públicas porque es una garantía inexistente. Por ello, ambas partes deberán aportar y exigir, respectivamente, otro tipo de garantías.

No siendo legalmente viable la pignoración de los derechos de crédito derivados de un depósito de titularidad pública, sí que en cambio es legalmente posible que la Administración Pública deudora asuma un compromiso irrevocable de domiciliar determinados derechos de crédito a una determinada cuenta bancaria de la entidad financiera acreedora, con la finalidad de pagar con ellos las obligaciones que tuviere el deudor en el marco de un contrato de financiación. Esta domiciliación irrevocable es un pacto atípico que no constituye una garantía real, ni una garantía *strictu sensu*, pero sí constituye una obligación de hacer asumida por la parte deudora, en los términos del artículo 1.098 del CC<sup>467</sup>, y pactada entre ambas partes contratantes y, por ello, con fuerza de ley entre ellas *ex* artículo 1.091 del CC. Por lo que se podría calificar como garantía de segundo nivel porque, no siendo en puridad una garantía de primer nivel con la ventajas de la eficacia *erga omnes y numerus clausus* de una garantía real, sí que es más beneficioso para el deudor su existencia a que no exista.

En base a lo anterior, esta obligación de domiciliar unos determinados créditos futuros en una cuenta bancaria sólo se podrá pactar en casos en que dichos créditos futuros sean plenamente identificables y que sea seguro su cobro, ya que de otro modo la entidad financiera no los aceptaría como garantía de segundo nivel. A pesar de las limitaciones que tiene el dinero público, podrían ser objeto de domiciliación irrevocable muchos ingresos públicos previstos en los correspondientes presupuestos y que en los mismos ya estén destinados al pago de estos contratos de financiación. Y es

---

<sup>467</sup> Este precepto regula la posibilidad de ejecución forzosa en caso de incumplimiento de la obligación de hacer habida cuenta del carácter de ley entre las partes de la misma: “*Si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciere, se mandará a ejecutar a su costa. Esto mismo se observará si la hiciere contraviniendo al tenor de la obligación. Además podrá decretarse que se deshaga lo mal hecho.*”

que, precisamente, sobre la base de lo comentado anteriormente sobre la necesaria y previa dotación presupuestaria, no sería válido un pacto de domiciliación irrevocable respecto de ingresos públicos que, o bien no constasen en los presupuestos de la Administración Pública deudora, o bien que estuvieren destinados a otro finalidad. Como se ha comentado, rige el principio de legalidad en materia presupuestaria y también los de responsabilidad por la gestión pública, economía, suficiencia y adecuación estricta de los medios a los fines instituciones y, sobre todo, el principio de *“eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos”* (según artículo 3.1 de la LRJSP).

Por lo anterior, en puridad, no debería ser siquiera necesario establecer un pacto de domiciliación irrevocable para garantizar el pago de la deuda, toda vez que, de estar correctamente presupuestado las partidas necesarias para la amortización de la deuda, dicha domiciliación irrevocable sería una garantía innecesaria y superflua. Ello desde la óptica de la hacienda pública, sin embargo y visto desde la óptica privada y sin perjuicio de que la entidad financiera confíe en que su cliente Administración Pública vaya a consignar anualmente las partidas precisas, la obtención de una manifestación expresa y exclusiva acerca de que va a domiciliar determinados importes para el pago de la operación financiera de que se trate, otorga un mayor confort al negocio y puede incluso llegar a ser determinante para la concesión de la operación de financiación. De hecho, la comprobación de parte de la entidad financiera de que se han realizado las dotaciones presupuestarias correspondientes puede ser una tarea compleja, considerando que en dichos presupuestos los importes consignados en la partida de ingresos y que vayan destinados a una determinada operación financiera, pueden ser de difícil individualización, sin perjuicio de que sería una labor de investigación que, según ya se ha comentado con anterioridad, excedería de las funciones de la entidad financiera la cual debe confiar en el buen hacer de la Administración Pública deudora, toda vez que el ordenamiento jurídico vigente ya sujeta a ésta al cumplimiento del principio de legalidad, buena fe, confianza legítima.

Sin perjuicio de lo anterior, un supuesto en el que podría exigirse dicha domiciliación irrevocable por parte del financiador privado sería cuando la Entidad Local contratante ofreciese como garantía la referida participación en los tributos del Estado, en todo o en parte. Dicho importe es indiscutiblemente un ingreso público,

pero un importe procedente del propio Estado en los importes y limitaciones regulados en los artículos 118 y siguientes del TRLHL. En esta tesitura y sin perjuicio de la posibilidad del Estado de retener de dicha participación por el Estado por deudas de la Entidad Local<sup>468</sup>, constituiría un ingreso o derecho de crédito futuro de la Entidad Local que podría ser objeto de domiciliación irrevocable en el marco de un contrato de financiación.

Otro supuesto en el que cabría pactar la domiciliación irrevocable es para el previsto en el artículo 49.5.B).d) del TRLHL en donde se permite, para operaciones de crédito a largo plazo, garantizarlas con una subvención de capital consistente en *“fondos procedentes de la Unión Europea o con aportaciones de cualquier Administración pública”*. Para aplicar esta garantía el legislador también ha establecido la condición de que el dinero de la subvención de capital tenga una *“relación directa de ésta con el gasto financiado con la operación de crédito”*, de modo que se subordina al carácter finalista de la subvención para con la financiación solicitada. En caso de cumplirse esta exigencia, el importe consistente en la subvención de capital a cobrar en un futuro puede perfectamente ser objeto de domiciliación irrevocable bajo el contrato de financiación correspondiente.

En caso de pactarse la domiciliación irrevocable, en la medida que la consiente la propia Administración Pública deudora y no un tercero, se recogerá en una cláusula específica del propio contrato de financiación o, en función de las preferencias de redacción de las partes, también podría ser configurada como anexo a dicho contrato o bien a través de una carta específica al margen del mismo, en cuyo caso dicha carta debería referir que es parte integrante de un determinado contrato de financiación. En

---

<sup>468</sup> Según artículos 134.5 y Disposición Adicional Cuarta del TRLHL. Además, este derecho de retención también se prevé en el artículo 18.5 de la LOEPSF, para casos en que el periodo medio de pago a proveedores supere en más de 30 días y se hayan adoptado medidas anteriormente que no hayan funcionado, y en el artículo 4.2 del RDLFF, para responder de los importes que las EELL deban al Estado en el marco del FFEELL. Y sin perjuicio de que así se acuerden en futuras leyes especiales, tal y como se hizo en su momento en el artículo 11 del Real Decreto-ley 4/2012, de 24 de febrero, que determinaba obligaciones de información y procedimientos necesarios para establecer un mecanismo de financiación para el pago a los proveedores de las entidades locales. También, la SGCAL puede retener el importe de las entregas en cuenta, anticipos y liquidaciones definitivas de la participación en los tributos del Estado a las EELL que incumplan su obligación del artículo 193.5 del TRLHL (consistente en remitir al Estado copia de la liquidación de sus presupuestos antes de finalizar el mes de marzo del ejercicio siguiente al que corresponda), según prevé el artículo 36.1 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

todo caso, fuere cual fuere la forma de incluir la obligación de hacer, es intrínseco a dicho pacto que se indique la cuenta corriente concreta en la que la Administración Pública deudora transferirá los ingresos para el pago de la deuda bancaria.

Y, además, puede darse la posibilidad que dicha cuenta bancaria a la que se ha realizado la domiciliación de los ingresos sea, a su vez, pignorada en garantía de la entidad financiera acreedora. Es decir, se puede establecer un derecho real de prenda respecto de la concreta cuenta bancaria, pero no respecto de los saldos que existan o que se ingresen en dicha cuenta bancaria, toda vez que dichos saldos son inembargables y no compensables. Por ello, es posible al amparo de la autonomía de la voluntad, que las partes, Administración Pública y entidad financiera convengan crear un derecho de prenda sobre la cuenta bancaria a favor de la entidad financiera. La ventaja de este pacto es que se refuerza la garantía de segundo nivel consistente en la domiciliación irrevocable, con una garantía de primer nivel consistente en el derecho real de prenda. Para el acreedor, supone que la cuenta bancaria está bajo un derecho preferente a su favor, de modo que así se evita la prenda de la cuenta por parte de terceros, lo que en caso de ocurrir podría mermar las expectativas del acreedor de referencia toda vez que los ingresos esperados en dicha cuenta han sido domiciliados irrevocablemente a su favor por la parte deudora.

La prenda de cuenta bancaria es una operación habitual en la práctica de los negocios bancarios sujetos a Derecho privado, en cuyo marco se pignoran los derechos de crédito esperados y la propia cuenta, a fin de sujetar íntegramente al deudor al pago de sus obligaciones asumidas, y es habitual en negocios estructurados de financiación. Sin perjuicio de ello, su traslación a la práctica bancaria publico-privada, aunque es factible y jurídicamente construible, puede resultar innecesaria en la práctica toda vez que en dicha cuenta no se van a producir embargos o compensaciones de terceros, que son el mayor temor sobre cuya base el acreedor suele tener interés en una pignoración de cuenta bancaria en el ámbito de los negocios privados.

#### 3.2.4. Afectación de ingresos determinados

A diferencia de la prenda, que es una garantía de tipo real, la afectación de ingresos determinados en depósitos merece la calificación también de garantía de

segundo nivel, si se compara con las garantías habituales en el ámbito del Derecho privado.

La afectación de saldos de ingresos determinados, como su nombre indica, no se configura como una pignoración, por lo que ya se descarta la inmediatez y eficacia *erga omnes* del derecho del acreedor. A diferencia del derecho de prenda, la afectación se configura como un derecho de cobro preferente propio del ámbito de las relaciones con o entre Administraciones Públicas, pero atípica para el ámbito de las relaciones entre sujetos privados y, por ello, con base legal expresa.

Estrictamente, la afectación consiste en la sujeción previa y específica de unos ingresos determinados al pago de unas obligaciones determinadas. A diferencia de la domiciliación irrevocable para la que no existe regulación específica, sí que la afectación aparece recogida en determinados supuestos en los que el legislador la ha considerado procedente.

Sin perjuicio de la anterior consideración, cabe advertir, también al hilo de lo comentado en el Capítulo II sobre la inembargabilidad del dinero público, que son diversas las opiniones, doctrinales y de la práctica, que consideran que la afectación no es una garantía precisamente por efecto de el privilegio de la inembargabilidad. Así se lo han expresado ARNAL y GONZÁLEZ<sup>469</sup> afirmando tajantemente que *“como tal garantía carece de efectividad práctica”* porque *“habrá que entablarse un procedimiento judicial que, una vez finalizado con la correspondiente sentencia, permitirá, de no ejecutarse, acudir al procedimiento del artículo 921, párrafo primero de la Ley de Enjuiciamiento civil del año 2000.”*

Bajo esta opinión, resultaría que el legislador habría articulado una garantía, denominada como tal por sí mismo, que no tendrían validez ni ejecutividad alguna. Llegar a esta drástica conclusión parece tal vez excesivo por considerar que esta regulación, en el conjunto de la ley, debe de tener un sentido y una finalidad. Es una regulación contenida en los artículos sobre operaciones financieras, de modo que no cabe duda que se han articulado para dar conformidad al sector financiero, dentro

---

<sup>469</sup> ARNAL SÚRIA, Salvador y GONZÁLEZ PUEYO, Jesús M<sup>a</sup>. *Comentario al Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales*, editorial El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, 1<sup>a</sup> edición, Madrid, 2005, págs. 380 a 381.

lógicamente el marco jurídico vigente con la prerrogativa del *privilegium fisci*. Ante ello, se entiende que esta regulación no es equivalente a nada, sino que de existir habilitará a la entidad financiera a reclamar el pago preferente en base a la ley, por tanto, le otorgará legitimación *ex lege* para realizar la reclamación, y la tenencia de legitimación en escenarios de ejecución de garantías no es una cuestión baladí, de hecho de no tenerla o no estar esta clara se vería imposibilitada la ejecución, extremo que bajo las garantías de afectación de ingresos que ahora se analizan no debería de suceder.

Esta garantía no funcionará como una prenda como se ha apuntado, pero sí podrá o debería dar lugar al establecimiento de un régimen de prelación de pagos, precisamente, sobre la base de estas garantías en forma de afectación de ingresos.

En el ámbito de la Administración Pública estatal, no se halla regulación específica en materia de afectación en la LGP<sup>470</sup>. Tampoco en la LOFCA ni en la LOEPSF para las CCAA. En cambio, sí que hay regulación específica para las EELL en el TRLHL para operaciones financieras, a corto y a largo plazo, y permitiéndose para supuestos tasados<sup>471</sup>.

#### *A) En operaciones de crédito a corto plazo*

El artículo 49.5 del TRLHL regula las formas como se pueden garantizar el pago de las obligaciones derivadas de operaciones de crédito concertadas por EELL. Respecto de las operaciones a corto plazo, se establecen dos casuísticas diferentes de afectación. Por un lado, en los casos del artículo 51.a) del mismo TRLHL, se admite *“la afectación de los recursos tributarios objeto del anticipo, devengados en el ejercicio económico, hasta el límite máximo de anticipo o anticipos concedidos.”* Se

---

<sup>470</sup> Cosa distinta es el derecho de afección (legal) de bienes al pago de la deuda tributaria que se regula en el artículo 79 de la LGT, y que se ha considerado materialmente como prenda por parte de la doctrina. *Vid.* CARRASCO PERERA, Ángel, CORDERO LOBATO, Encarna y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús. *Tratado de los Derechos de Garantía*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002, pág. 810.

<sup>471</sup> La regulación vigente en el TRLHL en materia de afectación supone un avance sustancial respecto de la anterior regulación, contenida en el artículo 50.4 de la LHL en cuya virtud únicamente se preveía la posibilidad pero no se acotaban los ingresos afectables ni en qué operaciones: *“El pago de las obligaciones derivadas de las operaciones de crédito podrá ser garantizado con la afectación de ingresos específicos, con la constitución de garantía real sobre bienes patrimoniales determinados, o mediante prestación de avales.”*

establece una clara condición para aplicar esta garantía consistente en que la afectación debe ser necesariamente de los mismos ingresos que se anticipan. Es una previsión lógica y coherente en la medida que, si por necesidades transitorias, la Entidad Local precisa disponer de inmediato de los ingresos que va a recaudar en un futuro, la garantía más coherente, y posiblemente segura, sea los propios ingresos anticipados. Ello porque son unos ingresos seguros que se van a cobrar con elevada probabilidad, sin perjuicio de que pudiere haber algún impago, toda vez que se basan en las estimaciones hechas por la propia Entidad Local sobre el padrón de habitantes del municipio y las recaudaciones de los ejercicios precedentes.

Cuando el artículo 49.5.A).a) alude a “*recursos tributarios*”, se incluyen dentro de este grupo a los referidos en el artículo 2.1.b) del mismo TRLHL, a saber: tasas, contribuciones especiales e impuestos.

Y, por otro lado, el resto de operaciones de crédito a corto plazo que concierten EELL se podrán garantizar “*con la afectación de ingresos procedentes de contribuciones especiales, tasas y precios públicos*” según el artículo 49.5.A) c). Nótese que es un concepto más amplio que el caso anterior, toda vez que excede del concepto de recursos tributarios al incluir también a los precios públicos (enumerados también en el artículo 2.1.e) del TRLHL).

Por lo tanto, en este caso el legislador no ha establecido la condición de que sean los mismos ingresos que se anticipan en la concreta operación de crédito. Sin embargo, se trata igualmente de una regulación coherente con la realidad de las haciendas locales toda vez que serán garantías cuya máxima duración será un año y, además, operarán en la medida que se perciban por parte de la Entidad Local. Por lo que la garantía alcanzará hasta el importe que se haya recaudado por estos conceptos aunque, en buena lógica, la parte financiadora no aceptará una garantía que, en el momento de ofrecerla no pueda cubrir potencialmente el importe total de la deuda con intereses de demora.



A este punto conviene referir la opinión de FERREIRO<sup>472</sup> respecto de todas las garantías que el TRLHL permite a las Entidades Locales, lo que considera “*una privatización criticable desde cualquier punto de vista*” y “*una clara regresión en el ordenamiento jurídico de nuestras entidades locales*”, partiendo de que el autor apela en todo momento a la fuerza del crédito público como garantía pública indiscutible. Debemos discrepar de esta opinión particularmente en relación a la posibilidad de afectación de ingresos en operaciones a corto plazo. Y es que, como se ha explicado, las mismas son operaciones extrapresupuestarias, lo que significa que no van a ser contempladas en el estado de gastos del presupuesto de la Entidad Local, ello conlleva para la parte financiadora la relativa preocupación acerca de si las mismas van a ser efectivamente amortizadas, a diferencia de las operaciones a largo plazo que en circunstancias normales y por mandato de la Ley van a dar lugar a la consignación de las partidas correspondientes para su amortización en cada ejercicio que corresponda. Ello no sucederá en las operaciones a corto plazo, pues se conciertan y cancelan durante el mismo ejercicio. Por ello, una afectación de ingresos generados durante el mismo ejercicio otorga al financiador un indicio de solvencia relevante, que va más allá de la presunción general de solvencia pública. Es por este motivo que no se considera una privatización ni una regresión la figura de la afectación de ingresos en las operaciones financieras de EELL y, en especial, para aquellas de a corto plazo.

Además de todo ello, cabe tener en consideración que, según ha apuntado PLEITE<sup>473</sup>, la previsión de afectación de ingresos en un contrato de financiación no es una garantía absolutamente segura, pues el autor considera que si llegado el vencimiento no existe liquidez en la tesorería “*según el principio de no afectación de los ingresos y de caja única los ingresos se destinarán a satisfacer la totalidad de los gastos públicos, en consecuencia, con los recursos disponibles se podrán atender otros gastos que son igualmente obligatorios para los entes públicos como los de personal*”; escenario en el que el autor afirma que “*la garantía carece de eficacia*”

---

<sup>472</sup> FERREIRO LAPATZA, José Juan. *Curso de Derecho Financiero Español. Instituciones*, editorial Marcial Pons, 25ª edición, Madrid, 2006, págs. 176 a 177.

<sup>473</sup> PLEITE GUADAMILLAS, Francisco. *Los contratos de préstamo y crédito de las Administraciones Públicas. Especial referencia a Corporaciones Locales y Comunidades Autónomas*, Colección *Monografías Jurídicas*, editorial Marcial Pons, 1ª edición, Madrid, 1999, pág. 199.

*para las entidades de crédito por lo que habrá de habilitarse otras fórmulas para satisfacer los pagos pendientes.”*

Por tanto, nótese que, a pesar de ser una garantía prevista en la ley, la realidad de los hechos puede provocar que, ante la inexistencia de ingresos para amortizar la deuda financiera, la entidad local no pueda destinar los nuevos ingresos a ello sino a necesidades públicas de personal. Esta reflexión choca con lo previsto en el artículo 135.2 de la CE.

#### *B) En operaciones de crédito a largo plazo*

El legislador también ha establecido la posibilidad de afectación en operaciones a largo plazo pero la ha condicionado a que los gastos financiados tengan relación directa con lo afectado. Así lo expresa el artículo 49.5.B) c) *“Con la afectación de ingresos procedentes de contribuciones especiales, tasas y precios públicos, siempre que exista una relación directa entre dichos recursos y el gasto a financiar con la operación de crédito.”*

Nótese que se ha establecido una definición de ingresos afectables en los mismos términos que para las operaciones a corto plazo no incluidas en el artículo 51.a) del TRLHL.

En todo caso, para terminar este apartado, se reitera que la posibilidad de afectación no es un derecho de garantía sino un derecho de cobro preferente establecido en la ley. Al respecto, concedida la garantía de la afectación por parte de la Entidad Local, la misma habrá a su vez asumido una obligación de hacer consistente en tomar nota de que el producto de los ingresos afectados deberá ponerse a disposición del acreedor afectante en caso de impago de la Entidad Local. Por este motivo, el artículo 173.6 del TRLHL establece que la disponibilidad de los créditos presupuestarios quedará condicionada a *“a) la existencia de documentos fehacientes que acrediten compromisos firmes de aportación, en caso de ayudas, subvenciones, donaciones u otras formas de cesión de recursos por terceros tenidos en cuenta en las previsiones iniciales del presupuesto a efecto de su nivelación y hasta el importe previsto en los estados de ingresos en orden a la afectación de dichos recursos en la*

*forma prevista por la Ley o, en su caso, a las finalidades específicas de las aportaciones a realizar.”*

Por lo que es esencial que la afectación de ingresos, al constituirse como garantía de una concreta operación de crédito, quede claramente recogida en los documentos contractuales, de manera que sea indubitada la obligación de la Entidad Local afectante de consignar el derecho de cobro preferente de la entidad financiera acreedora. Además, llegado el caso de tener que ejecutar la garantía consistente en la afectación, toda vez que no se podrá ejecutar por compensación, procederá estar a los requisitos de gestión presupuestaria y, en concreto, a las fases de disposición reconocimiento o liquidación de la obligación de pago y de ordenación del pago, previstas en los artículos 184 a 186 del TRLHL a cuyo tenor: (i) la parte acreedora deberá reclamar el pago de los conceptos afectados a la Entidad Local (esta reclamación se podrá realizar por conducto notarial en caso que la operación de crédito, con la garantía de la afectación, constaren en póliza intervenida por Notario), y (ii) el Presidente de la Entidad Local deberá reconocer y liquidar la obligación asumida.

Adicionalmente, téngase en cuenta que el artículo 187 del TRLHL prevé que el Presidente de la Entidad Local establezca el plan de disposición de fondos de la tesorería, estableciendo la prioridad de los gastos de personal y de las obligaciones contraídas en ejercicios anteriores. Este punto debe ser puesto en relación con los artículos 135 de la CE y 14 de la LOEPSF a cuyo tenor el pago de la deuda pública gozará de prioridad.

Por lo tanto, llegado el caso en que tenga que ejecutarse la garantía consistente en la afectación, la Entidad Local deudora deberá arbitrar los procedimientos internos correspondientes a fin de liquidar los importes consistentes en dicha afectación a favor de la parte acreedora. Por este motivo, se considera que la afectación es una verdadera garantía pero que no es inmediata sino que requiere de los trámites previos y necesarios a realizar por la parte deudora (y que no puede realizar la parte acreedora, más que solicitar formalmente su pago) a fin de liquidar el importe a favor de la parte acreedora.

### *C) Sobre la afectación de la participación en los tributos del Estado*

Esta participación es un ingreso para EELL procedente del Estado. No se halla incluido dentro del elenco de garantías afectables del artículo 49.5 del TRLHL, pero se halla regulado después en los artículos 118 a 126 del TRLHL. Según indica MUÑOZ MACHADO<sup>474</sup> es una técnica a la que “*se ha recurrido sistemáticamente*” en la medida que presenta ventajas como la de mantener una legislación fiscal única, que las CCAA puedan beneficiarse de impuestos con gran capacidad recaudatoria y la mayor eficacia administrativa, siendo una técnica por la que “*el poder tributario respecto de las figuras cedidas se mantiene centralizado y lo que se cede, en verdad, es el producto de la recaudación de determinados impuestos.*”

Como apunta IBÁÑEZ<sup>475</sup>, ha sido una de las fuentes tradicionales de financiación del presupuesto municipal. Y se ha considerado como una verdadera garantía por parte de PLEITE<sup>476</sup> quien, reconociendo su uso frecuente, afirma que esta garantía puede ser efectiva cuando “*está prevista en el contrato con una cláusula específica de no poder ser alterada durante la vigencia del mismo*”. Partiendo de que los fondos son transferidos mensualmente a la Entidad Local, el autor reconoce la posibilidad de conectar los mismos “*con la Entidad prestamista su afectación total o parcial a una determinada cuenta durante toda la vigencia del contrato.*” lo que provocará que “*la Administración del Estado o la Autónoma deberán transferir necesariamente el importe de la participación a la cuenta de la Entidad prestamista, con lo que la devolución del préstamo de sus intereses queda garantizado.*”

Su pago es reconocido anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para cada ejercicio<sup>477</sup>, por lo que ésta es la base sobre la que tanto las EELL

---

<sup>474</sup> MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, Volumen II, editorial Iustel, 2ª edición, Madrid, 2007, págs. 477 a 478.

<sup>475</sup> IBAÑEZ CASADO, Julián y PÉREZ CHINARRO, Emilio. *La financiación de las Haciendas Locales*, editorial Universidad de Valladolid, Serie: Economía, Núm. 27, 1ª edición, Salamanca, 1996, pág. 85.

<sup>476</sup> PLEITE GUADAMILLAS, Francisco. *Los contratos de préstamo y crédito de las Administraciones Públicas. Especial referencia a Corporaciones Locales y Comunidades Autónomas*, Colección *Monografías Jurídicas*, editorial Marcial Pons, 1ª edición, Madrid, 1999, pág. 199.

<sup>477</sup> En el artículo 92 sobre “*entregas a cuenta*” de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016, se prevé que “*Las entregas a cuenta de la participación en los tributos del Estado para el ejercicio 2016 a que se refiere el artículo anterior serán abonadas a*

puedan ofrecer la afectación de estos importes, como para que las entidades financieras puedan aceptarla como garantía sólida y cierta.

En cualquier caso, esta participación puede ser objeto de retención por parte del Estado según permite el artículo 134.5 del TRLHL, y su Disposición Adicional Cuarta. Además, este derecho de retención también se prevé en el artículo 18.5 de la LOEPSF, para casos en que el periodo medio de pago a proveedores supere en más de 30 días y se hayan adoptado medidas anteriormente que no hayan funcionado, y en el artículo 4.2 del RDLFF, para responder de los importes que las EELL deban al Estado en el marco del FFEELL. Y sin perjuicio de que así se acuerden en futuras leyes especiales, tal y como se hizo en su momento en el artículo 11 del Real Decreto-ley 4/2012, de 24 de febrero, que determinaba obligaciones de información y procedimientos necesarios para establecer un mecanismo de financiación para el pago a los proveedores de las EELL.

También, la SGCAL puede retener el importe de las entregas en cuenta, anticipos y liquidaciones definitivas de la participación en los tributos del Estado a las EELL que incumplan su obligación del artículo 193.5 del TRLHL (consistente en remitir al Estado copia de la liquidación de sus presupuestos antes de finalizar el mes de marzo del ejercicio siguiente al que corresponda), según prevé el artículo 36.1 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

#### *D) Reflexión de conjunto y propuesta*

Por último, cabe formular una reflexión final conjunta sobre la posibilidad de afectación de ingresos. Como se ha advertido al principio, se trata de una posibilidad prevista en la ley pero que halla opiniones divergentes sobre su efectividad, mayoritariamente opiniones desfavorables. En la práctica, difícilmente puede verse como una garantía en la medida que no permite compensar ni ejecutar saldos del cliente bancario. Y desde la perspectiva puramente teórica, a pesar de que la ley afirme que “*podrá ser garantizado*”, el concepto de garantizar al que alude no es la garantía fuerte y consolidada de la compensación de saldos y la prenda, es otra cosa. Ello

---

*los ayuntamientos mediante pagos mensuales equivalentes a la doceava parte del respectivo crédito.”*

provoca la debilidad de esta afectación de ingresos que, consiguientemente, es más adecuado calificarla de “*pseudogarantía*”, al no participar de las características de la compensación y la prenda.

En definitiva, lo que sí conlleva como se ha indicado es la legitimación *ex ante* de la entidad financiera para reclamar el pago de la deuda. Sin embargo, esta legitimación que ha articulado el legislador no implica *per se* que la entidad financiera finalmente obtenga el pago de la deuda, a pesar también de la antes explicada presunción de solvencia pública. En puridad, lo cierto es que las Administraciones no pueden desconocer el pago de sus obligaciones financieras pero otra cosa es que el pago sea puntual, y por vía de la afectación de ingresos no se asegura un pago puntual, sino más bien una ordenación del crédito de la entidad financiera en la lista de pagos a realizar. Tendencialmente cabría pensar que la entidad financiera debería de estar en el primer lugar de la lista bajo la consideración de que el artículo 49.5 del TRLHL regula garantías para operaciones financieras, y también al hilo de lo previsto en el artículo 135.2 de la CE. Sin embargo, ello son más bien hipótesis pues el legislador únicamente se ha ocupado de incorporar esta legitimación directa pero luego no ha regulado de qué manera se hará efectivo el pago a la entidad financiera, ni qué procedimiento debe seguirse, ni los plazos. Por lo que se puede afirmar que se trata de una regulación no terminada o no clara.

Ante ello, en consideración a la forma habitual de operar en el ámbito de las relaciones bancarias entre entidades financieras y clientes bancarios privados, cabe considerar la posibilidad de introducir una mejora al ordenamiento jurídico en aras a la mayor seguridad de la entidad financiera, claro está, toda vez que la mayor seguridad del cliente bancario público es la que ya ha procurado el legislador y, en definitiva, no cabe duda de que la preservación de los intereses públicos son la prioridad. Sin perjuicio de que ello es así, cabría considerar la posibilidad de habilitar *ex lege* a la Administración para aperturar cuentas bancarias con saldos concretos destinados a garantizar operaciones financieras determinadas, de modo que este saldo en concreto sí que podría ser objeto de compensación, pignoración y ejecución.

Por lo tanto, se trataría de fondos que se habrían reservado a parte de las demás cuentas bancarias del cliente bancario público y que se habrían predestinado expresamente al cumplimiento de una determinada operación financiera, dejando al

resto de fondos públicos liberados. Ello supondría un régimen excepcional para la inembargabilidad del dinero público que aplicaría exclusivamente a los fondos reservados. Esta excepción permitiría un funcionamiento plenamente normal de las relaciones entre entidades financieras y Administraciones Públicas en el marco del sistema financiero, toda vez que concedería una garantía normal al financiador.

No se está aludiendo a la posibilidad de comprometer los intereses públicos en beneficio del interés privado, en ningún caso, lo que se trata de explicitar es lograr una equivalencia de posición entre las partes en un ámbito tan sensible como es el de la financiación en el que los intereses de ambas partes son altamente relevantes, sensibles y arriesgados a la vez. En buena lógica cabe pensar que la reserva de fondos determinados que se acaba de proponer, debería estar sujeta a un previo análisis de solvencia y capacidad de la Administración que actuase como cliente bancario público a fin de establecer los supuestos y los límites para reservar fondos concretos en garantía de una operación financiera, todo ello al amparo del régimen normativo que se estableciera al respecto.

### 3.2.5. Cesión de créditos en garantía y *excursus* sobre la privatización de lo público

La figura tradicional de la cesión de créditos se halla regulada en los artículos 1.526 a 1.536 del CC, como una venta de créditos en puridad. Esto es, que la parte contratante o cedente que es titular de un crédito pecuniario, presente o futuro, conviene su venta con la otra parte o cesionaria de modo que, cuando nazca o se materialice el pago del derecho de crédito éste ya sea directamente ingresado a favor de la cesionaria.

Este negocio jurídico exige, por tanto, que el cedente pueda vender el crédito. En los casos en que la Administración Pública sea titular de un crédito, se parte de la premisa contenida en el artículo 7.1 de la LGP a cuyo tenor “*No se podrán enajenar, gravar ni arrendar los derechos económicos de la Hacienda Pública estatal fuera de los casos regulados por las leyes.*” Como se ha explicado, una regulación equivalente se halla en el ámbito de algunas CCAA, pero no en el TRLHL. Y es que, en cualquier caso, la regulación contenida en la LGP permite la enajenación de derechos económicos de la hacienda pública si la ley lo permite. A efectos ejemplificativos, se

cita el artículo 83 del Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones. Aquel precepto desarrolla el concepto de “*gastos subvencionables*”, previamente definido en el artículo 31 de la Ley 38/2003, y añade que: “*1. Se considerará efectivamente pagado el gasto, a efectos de su consideración como subvencionable, con la cesión del derecho de cobro de la subvención a favor de los acreedores por razón del gasto realizado o con la entrega a los mismos de un efecto mercantil, garantizado por una entidad financiera o compañía de seguros.*” Precepto del que se desprende la posibilidad de cesión del derecho de crédito dimanante de la subvención.

Precisamente, en materia de subvenciones se ha pronunciado la Junta de Contratación del Estado en el sentido de entender que las operaciones bancarias consistentes en el anticipo de la subvención esperada a la Administración Pública, en las que la subvención es la garantía de la operación, son operaciones no sujetas al TRLCSP sino, y siendo la consulta realizada por una Diputación, sujetas a la normativa reguladora de las haciendas locales<sup>478</sup>. Por lo tanto, cuando la Administración Pública cede un derecho económico conforme a derecho en garantía de una operación de financiación principal, dicha operación es una operación bancaria, no sujeta a licitación, y el crédito cedido es la garantía de la operación que toma la entidad financiera<sup>479</sup>.

El contrato bajo el que se articula, el anticipo de crédito futuro por un lado y la cesión del derecho de crédito esperado por otro, es el denominado contrato de factoraje o “*factoring*”. En virtud de este contrato atípico en que el sujeto titular de derechos de crédito frente a un tercero y en virtud de unas facturas que reconocen la exigibilidad de aquel derecho de crédito, vende a la otra parte contratante (habitualmente una entidad financiera, aunque podría ser también una sociedad mercantil especializada

---

<sup>478</sup> *Vid.* nota a pie de página núm. 235, relativa al Informe 34/06 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

<sup>479</sup> Aunque también se podría instrumentar a través de un contrato de *factoring*, a garantía prevista en el artículo 49.5.B.d) del TRLHL, sobre subvenciones que tengan una relación directa con el gasto financiado con la operación de crédito a largo plazo, es práctica habitual que dicha subvención sea domiciliada irrevocablemente en los términos explicados en el apartado 3.2.3. del presente Capítulo.



únicamente en este tipo de contratos financieros<sup>480</sup>) los documentos de los que dimana el crédito o las facturas con todos los derechos accesorios inherentes a las mismas (intereses de demora, fianzas, prendas, etc.) *ex* artículo 1.528 del CC. En la venta de estos créditos, la parte compradora o cesionaria, abona el importe íntegro de las facturas a la parte vendedora o cedente a cambio del cobro de un tipo de interés sobre el importe total de la cesión y de una o unas comisiones que retribuyen servicios bancarios realizados por la entidad financiera o entidad compradora de los créditos, que siendo una entidad financiera será una comisión de cobertura por riesgo de insolvencia, habitualmente, además de otras comisiones que se podrían cobrar (como la de estudio, estructuración, gestión de cobro, siendo las más habituales). Siendo, por tanto, la cesión del propio crédito, que se queda pignorado bajo el negocio, lo que constituye la garantía de la operación y con lo que el cesionario repagará la operación contraída con el cedente<sup>481</sup>.

Aunque exista esta posibilidad, en la práctica no son frecuentes los supuestos en los que sea la propia Administración Pública la cedente de derechos de crédito, precisamente por las limitaciones legales existentes. Sin embargo, sí que este tipo de operaciones son frecuentes en la práctica comercial privada, dentro de la que se incluye la realizada por sociedades mercantiles públicas, que rigen su actuación por el ordenamiento jurídico privado<sup>482</sup>.

---

<sup>480</sup> Denominadas también “*sociedad factor*” constituidas al amparo de la Ley 3/1994, de 14 de abril, por la que se adapta la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria y se introducen otras modificaciones relativas al sistema financiero; en cuya Disposición Adicional Primera regula, como establecimientos financieros de crédito (distintos de las entidades de crédito, ergo, bancos y cajas de ahorros) aquellas que tengan actividades de “*b*) *Las de «factoring» con o sin recurso.*”

<sup>481</sup> Sobre la condición de garantía de los créditos cedidos se ha pronunciado GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier. *El factoring, Contratos Bancarios*, publicada por *Colegios Notariales de España*, Madrid, 1996, pág. 275; en donde manifiesta que los créditos cedidos de forma anticipada están “*garantizando de este modo el estricto cumplimiento de las previsiones y de los cálculos económicos sobre los que prestó su consentimiento*” (la entidad financiera o de factoring).

<sup>482</sup> *Vid.* artículos 113 de la LRJSP y 166.2 de la LPAP. La pignoración de créditos a través de contratos de cesión de créditos es un mecanismo para lograr financiación, que maximiza la riqueza crediticia, según apunta GARCÍA VICENTE, José Ramón. *La prenda de créditos*, Estudios de Derecho Concursal, editorial Thomson Civitas, 1ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2006, págs. 25 a 26; en donde se cita el siguiente fragmento de la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 178/2004, de 10 de marzo (Sala de lo Civil, Secc. 1ª), a cuyo tenor (FJ 4) “*El crédito tiene obviamente un valor, que no hay ninguna necesidad física y jurídica de que quede inmovilizado, lo que además sería anómalo e incongruente en una sociedad económica como la actual, en la que los créditos juegan un papel esencial en el*

Al respecto, considerando que el estudio de las sociedades mercantiles públicas no está dentro del ámbito de estudio de la presente tesis, únicamente se mencionará que dichas sociedades, al estar regidas por el derecho privado en sus relaciones negociales y económicas, sí que pueden válidamente ceder a un tercero derechos de crédito que tales sociedades ostenten respecto de la Administración Pública matriz o accionista suya.

En estos casos sucederá que la Administración Pública no será parte del contrato, ya que no ostentará la condición de cedente ni cesionaria del crédito cedido o vendido, pero sí que va a ser la pagadora al cesionario del importe concreto de los créditos cedidos, por lo que cabe afirmar que en estos escenarios la Administración Pública va a ser el deudor de la parte cesionaria. Entonces, de estar correctamente formalizado el contrato de cesión, ambas partes contratantes habrán convenido en notificar a la Administración Pública deudora del pago de los créditos a que realice el pago a favor del cesionario. Esta notificación<sup>483</sup> es un requisito indispensable para la exigibilidad del pago del precio por parte del cesionario, pero no es un requisito de validez para el

---

*tráfico económico. De ahí que la jurisprudencia de esta Sala reconozca, permitiendo que el crédito a la restitución sea objeto de un derecho real de prenda.”*

<sup>483</sup> Con carácter general, la notificación es exigida *a sensu contrario* en el artículo 1.527 del CC cuando dispone que *“El deudor, que antes de tener conocimiento de la cesión satisfaga al acreedor, quedará libre de la obligación.”* Vid. también artículos 1.157 y 1.198 del CC. Y está prevista de manera explícita en el artículo 218 del TRLCSP en donde se reconoce a los contratistas de contratos del sector público que puedan ceder los derechos de cobro que tengan frente a la Administración con la condición de que *“2. Para que la cesión del derecho de cobro sea efectiva frente a la Administración, será requisito imprescindible la notificación fehaciente a la misma del acuerdo de cesión.”* Esta notificación fehaciente fue introducida por primera vez por el artículo 101 de la LCAP. Su predecesor, el artículo 145 del Reglamento General de Contratos del Estado y en materia de certificaciones de obras, no exigía el carácter de fehaciente aunque sí que preveía una toma de razón con efectos meramente internos al decir que *“Los Servicios de Contabilidad competentes consignaran mediante diligencia en el documento justificativo del crédito, la toma de razón en un libro registro de transmisiones de certificaciones habilitado al efecto.”* Sobre los efectos de la notificación fehaciente, el Informe núm. 16/97, de 22 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid *“Sobre derechos de cobro: su transmisión y embargos judiciales”* afirma que constituye un requisito constitutivo que determina la vinculación de la Administración a la cesión, y sitúa al cesionario como legítimo acreedor frente a la Administración. Y añade que la toma de razón es un requisito formal de carácter interno cuyo incumplimiento no invalida ni condiciona la efectividad de la transmisión del derecho de cobro válidamente otorgada. Recientemente, la cuestión ha sido abordada de manera amplia y clarificadora en el Circular Conjunta, de 22 de junio de 2016, de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado y de la Intervención General de la Administración del Estado, *“relativa a la tramitación de facturas electrónicas y sus efectos en relación a las cesiones de crédito en el ámbito de la contratación del sector público estatal”* (consulta del día 15/06/17):

[http://www.igae.pap.minhafp.gob.es/sitios/igae/es-ES/rcf/Paginas/CircularesIGAE\\_RCF\\_FE.aspx](http://www.igae.pap.minhafp.gob.es/sitios/igae/es-ES/rcf/Paginas/CircularesIGAE_RCF_FE.aspx)

contrato de cesión de créditos o *factoring*, toda vez que entre las partes este contrato es perfectamente válido, aunque el problema será que el deudor, al no tener conocimiento del mismo, no le será oponible, caso en el cual el cesionario deberá reclamar al cedente el pago del precio (*vid.* artículo 1.527 del CC sobre el los efectos liberatorios del pago hecho al acreedor conocido por el deudor). Además la notificación tampoco exige aprobación expresa ni conformidad de parte de la Administración para su eficacia y exigibilidad<sup>484</sup>.

En relación con la solvencia del deudor, dado que el contrato puede ser configurado como contrato en el que el cedente no responde o bien como que sí responde de la insolvencia del deudor, en este caso, de la solvencia de la Administración Pública. El artículo 1.529 Código Civil parta de la premisa general de que estos contratos de cesión se hagan sin que el cedente se responsabilice de la solvencia del deudor, en la práctica y dependiendo de cada deudor, las partes pueden pactar el contrato de modo que el cedente se haga responsable de la solvencia del deudor (con recurso), caso en el que el cedente estará obligado a recomprar los créditos en caso que los mismos no sean cobrados por el cesionario dentro del plazo establecido, o que no se haga responsable (sin recurso). En este último caso sucederá que, en caso de falta de pago del deudor al cesionario éste podrá dirigirse directamente contra la Administración Pública deudora a reclamarle el pago. En cualquier caso, la obligación de pago que tendrá la Administración Pública debería estar convenientemente prevista en sus presupuestos (*ex* artículo 21 de la LGP y 173 del TRLHL) aunque, de no estarlo, se estará ante un supuesto de morosidad de la Administración Pública en el que se deberán seguir los cauces presupuestarios correspondientes y sin perjuicio de los intereses de demora aplicables, en lo que no se abundará más por no constituir el objeto del presente trabajo.

Y para terminar este apartado cabe hacer una breve referencia al escenario consistente en que la Administración Pública también sea la deudora de pagos de facturas determinadas, pero no respecto de una sociedad mercantil pública suya sino frente a terceros no integrantes de su perímetro SEC, pudiendo ser empresarios,

---

<sup>484</sup> Así se concluyó en el Informe 63/1996, de 18 de diciembre, de la Junta de Contratación Administrativa del Estado “Ejecución de las obras y abono al contratista. Diversas cuestiones relacionadas con la transmisión o cesión de certificaciones de obra y con su embargo.”

personas jurídicas o físicas que ostenten créditos frente a la Administración Pública por servicios prestados a la misma (proveedores de servicios). En tal caso, entre dichos empresarios y la entidad financiera se pueden convenir contratos de gestión de pagos o “*confirming*” en cuya virtud dichos empresarios venden los créditos (facturas a cobrar) que tienen frente a la Administración Pública a la entidad financiera, a través de un contrato de cesión de créditos en los términos explicados. Habrá igualmente notificación de la cesión a la Administración Pública deudora toda vez que el crédito ha nacido de un contrato adjudicado por dicha Administración Pública, por lo que llegado el momento en que ésta deba pagar (o pueda pagar en función de sus disponibilidades presupuestarias y/o habilitación de partidas en fondos estatales, en caso de resultar de aplicación), el pago lo deberá verificar a favor de la parte cesionaria, en lugar de la parte adjudicataria del contrato público.

Aunque se ha explicado de manera resumida, por no ser objeto del presente trabajo de investigación, a través de ello se ha pretendido poner de manifiesto que la Administración Pública puede verse perfectamente involucrada en contratos de contenido estrictamente privado que convengan entre sí personas sujetas a derecho privado exclusivamente o personas sujetas a derecho privado con sociedades públicas, aunque éste es un supuesto específicamente contemplado por el legislador en la normativa de contratación pública.

Llegados a este punto queda demostrada la injerencia del Derecho privado en el ámbito de lo público en el marco de relaciones en las que, si bien la Administración Pública no ha sido actora ni promotora de las mismas, se ve involucrada en ellas y, además, con un papel protagonista, ya que difícilmente se puede ostentar una condición más principal en un contrato que la que implica pagar el precio. Así, se podría incluso formular una observación, como intento de rebatir la ampliamente difusa manifestación de que el Derecho público presenta constantes injerencias en el ámbito del Derecho Privado, llegándose a hablar incluso de la “*publicación*”<sup>485</sup> del Derecho Privado. Pues bien, sobre la base de las modalidades de cesiones de créditos apuntadas no cabe duda que en virtud de las mismas se produce también una

---

<sup>485</sup> Sustantivo procedente de “*publicar*” que, a tenor del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española tiene como primera acepción jurídica la siguiente “2. tr. Der. Trasladar la regulación de una determinada actividad desde el derecho privado al derecho público.”

indiscutible privatización del Derecho Público o injerencia de lo privado en lo público en todos estos casos. Consecuentemente y yendo más allá en el discurso, haciendo una abstracción a la vez que observación con perspectiva de la cuestión, se reitera la idea de que el Derecho no es concebible como la suma de compartimentos estancos de especialidades jurídicas, sino que las mismas, a pesar de ostentar sustantividad e identidad propias que las hacen reconocibles, necesariamente confluyen con las otras especialidades hasta el punto de que pueden crearse subconjuntos de especialidades en cuyo marco convergen ambas, aunque sin que ello sea óbice para entender que dichas subespecialidades sean estancas, sino todo lo contrario.

### 3.2.6. Los Fondos de Financiación como garantía legal

Por las características de su configuración, el dinero procedente del FFCAA y del FFEELL va a permitir la amortización de las operaciones financieras concertadas, respectivamente, por CCAA o EELL. Por lo que va a ser el modo normal de pago de las financiaciones. Sobre esta base puede concebirse estos créditos, incluidos en el presupuesto del Fondo de que se trate, como fondo sin personalidad jurídica integrante de los Presupuestos Generales del Estado, como unos créditos ciertos, incluidos en los presupuestos estatales y de carácter finalista<sup>486</sup>. Todas estas características permiten considerar que son unos créditos que ostentan un mayor nivel de seguridad que los créditos consignados en los presupuestos de la Comunidad Autónoma o Entidad Local correspondiente en ocasión de operaciones de endeudamiento no sometidas al régimen de los Fondos de Financiación.

Visto desde la óptica privada de la entidad financiera, el hecho de saber de antemano que la concreta operación de financiación va a tener el repago directo de un Fondo del Estado otorga la apariencia de garantía estatal expresa tras la operación;

---

<sup>486</sup> Para el año 2017, la regulación y dotación de sendos Fondos se halla publicada en la página web del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas sobre los Presupuestos Generales del Estado de 2017 aprobados, serie roja, en el apartado de entidades del sector público administrativo y fondos sin personalidad jurídica, subapartado sobre Fondos Públicos (visita del día 15/06/17): [http://www.sepg.pap.minhap.gob.es/Presup/PGE2016Ley/MaestroDocumentos/PGE-ROM/N\\_16\\_E\\_R\\_7\\_0D\\_0.htm](http://www.sepg.pap.minhap.gob.es/Presup/PGE2016Ley/MaestroDocumentos/PGE-ROM/N_16_E_R_7_0D_0.htm)

garantía que se entiende que en, último término, se fundamenta en la preservación del principio de solidaridad del artículo 2 de la CE en el marco del estado autonómico<sup>487</sup>.

De hecho, por la forma como se halla regulado el régimen de dichos Fondos en el RDLFF queda claro que el ICO será el que pagará por cuenta del Estado a las entidades financiadoras<sup>488</sup>, y el RDLFF tiene rango de ley. Esto equivale a afirmar que el repago de las operaciones concertadas sobre la base del RDLFF ostentan la garantía de rango legal de pago del Estado.

En puridad, no es que el Estado (el ICO) pague en defecto de la Comunidad Autónoma o la Entidad Local, sino que el Estado (el ICO) pagará directamente la operación de financiación a la entidad financiera. Por lo que, aun existiendo una relación triangular en la financiación (Comunidad Autónoma o Entidad Local, Estado, entidad financiera) y siendo el deudor de la operación la Comunidad Autónoma o la Entidad Local, el pagador de la misma va a ser siempre el Estado a través del ICO<sup>489</sup>. Y se puede afirmar que el pago del Estado no se halla condicionado ni es incierto ya que *ab initio* y *ex ante* se conoce la dotación que ostentan las FFCCAA y FFEELL en los presupuestos estatales de cada año.

Sobre la base de la apariencia de garantía que otorga el pago directo del Estado a través del FFCCAA o FFEELL, es recomendable que los contratos de financiación concertados sobre la base de esta garantía indiquen expresamente que: (i) dicho contrato es formalizado al amparo del RDLFF, (ii) el repago o amortización de la

---

<sup>487</sup> Sobre este principio *vid.* LIZARRITURRI ROSENDE, Antonio. *La dependencia financiera de las Comunidades Autónomas respecto al Estado: la otra forma de financiación*, Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública número 265, julio-septiembre, editorial de Derecho Financiero, Madrid, 2002, págs. 676 a 677.

<sup>488</sup> Según artículos 23.2 y 53.2 del RDLFF, para CCAA y EELL, respectivamente y bajo una redacción equivalente. El primero de ellos dispone que: *“El Estado, en nombre y por cuenta de la Comunidad Autónoma, gestionará, con cargo al crédito concedido, el pago de los vencimientos de deuda pública de la Comunidad Autónoma, a través del Instituto de Crédito Oficial como agente de pagos designado al efecto.”*

<sup>489</sup> La función del ICO como agencia financiera del Estado se desprende de la Disposición Adicional Sexta, apartado Dos.2. del Real Decreto-ley 12/1995, de 28 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera; en cuya virtud se le encomienda *“b) Actuar como instrumento de ejecución de determinadas medidas de política económica, siguiendo las líneas fundamentales que establezca el consejo de Ministros o la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos o el Ministro de Economía y Hacienda, con sujeción a las normas y decisiones que al respecto adopte su Consejo General.”*

operación se hará con cargo al FFCCAA o FFEELL, cuyo gestor de pagos es el ICO; y (iii) que la falta de pago por parte del ICO o la falta de consignación presupuestaria suficiente en el FFCCAA o FFEELL será causa de resolución de la operación de financiación. Asimismo, puede ser habitual que en este tipo de financiaciones se incluya, como obligaciones de la parte deudora (*ergo*, de la Comunidad Autónoma o de la Entidad Local, no del Estado o ICO en la medida que la entidad financiera no tiene una relación contractual con éste), el compromiso de acreditar, a petición de la entidad financiera, que se ha realizado la correspondiente dotación presupuestaria. Sin embargo y aunque pueda llegar a ser una suerte de cláusula de estilo en el mundo de las financiaciones, podría ser una obligación innecesaria e incluso superflua toda vez que, si existe el Fondo de Financiación y el mismo ha sido dotado correctamente, tales informaciones constarán en la ley anual de presupuestos del Estado, por lo que se tratará de una información de carácter público.

### 3.2.7. La hipoteca de bienes patrimoniales

La última tipología de garantía que puede prestar la propia Administración Pública deudora es la consistente en sus bienes patrimoniales no afectos, entendidos como bienes inmuebles o muebles, aunque sea una garantía poco frecuente en la práctica<sup>490</sup>.

Como continuación de todo lo explicado anteriormente sobre el régimen de los bienes de las Administraciones Públicas, cabe significar que, en las mismas ostentan la facultad de hipotecar aquellos bienes patrimoniales que no estén afectados a un servicio público en garantía de obligaciones dimanantes de operaciones de crédito<sup>491</sup>.

---

<sup>490</sup> La hipoteca de bienes municipales estaba prohibida antiguamente. Al respecto, es interesante la referencia histórica de ANDRÉ, Michel. *Diccionario de Derecho Canónico*, Tomo III, imprenta de D. José G. de la Peña editor, Madrid, 1848, págs. 65 a 66; en donde, si bien haciendo referencia a las hipotecas sobre bienes eclesiásticos, añade que (transcripción literal) “*las fábricas, del mismo modo que las corporaciones municipales y otros establecimientos públicos, no pueden hipotecar los bienes inmuebles que les pertenecen. Esto resulta de una decisión del Ministro del Interior de 30 de enero de 1835; consultado por algunas municipalidades que querían ser autorizadas para contraer préstamos hipotecando sus bienes inmuebles, contestó del modo siguiente: En tesis jeneral no sería propio de una buena administración autorizar á las municipalidades para hipotecar todos ó parte de sus bienes, y esta es la jurisprudencia consagrada por el consejo de Estado.*”

<sup>491</sup> Téngase en cuenta que la hipoteca se podrá aplicar tanto al cumplimiento de obligaciones puras o condicionales, según el artículo 1.861 del CC. Lo mismo significa el artículo 105 de la LH añadiendo que “*y no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo mil novecientos once del Código Civil.*”

Por lo tanto, únicamente un conjunto determinado de todos los bienes que puede ostentar una Administración Pública bajo su titularidad. La *ratio* de ello es porque dichos bienes patrimoniales no afectos, a diferencia de los bienes de dominio público, no les aplica el principio de inembargabilidad, inalienabilidad e imprescriptibilidad (ex artículo 6.1.a) de la LPAP). De hecho y sin perjuicio de que ya se ha apuntado anteriormente respecto del dinero público, el artículo 23.1 de la LGP prohíbe a los órganos judiciales despachar embargos y ejecuciones “*contra los bienes y derechos patrimoniales cuando se encuentren materialmente afectados a un servicio público o a una función pública.*” Por lo que, no cabe duda que está permitiendo por omisión el embargo sobre bienes y derechos patrimoniales que no estén materialmente afectados a un servicio público o a una función pública. Y consiguientemente, al permitir su embargo o ejecución se permite implícitamente la constitución de derechos reales de garantía<sup>492</sup> sobre tales bienes.

Idéntica regulación se recoge en la normativa de las CCAA<sup>493</sup>, y en las EELL.

#### *A) Evolución normativa en el ámbito de la Administración Local*

En el ámbito de las EELL es donde la actividad jurídica ha sido predominante sobre el punto analizado. El punto de partida fue el artículo 50.4 de la LHL en cuya virtud se permitía a las EELL garantizar el pago de las obligaciones derivadas de las operaciones de crédito mediante “*la constitución de garantía real sobre bienes patrimoniales determinados*”. Este precepto no concretaba la mención

---

<sup>492</sup> El carácter de derecho real de garantía que ostenta la hipoteca, al igual que la prenda, se desprende del artículo 1.857.1 del CC que exige que ambos derechos reales, para ser tales, se constituyan “*para asegurar el cumplimiento de una obligación principal*”. Esta finalidad de asegurar es lo que otorga el carácter de garantía a la prenda y la hipoteca. Que “*La función de garantía es, por tanto, esencial en la hipoteca*” lo ha afirmado CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo en su artículo *Derecho o cargo real: naturaleza jurídica de la hipoteca. Una “relectio” a modo de recuerdo y de réplica*, publicado en la Revista de Derecho Patrimonial núm. 20/2008, 1 parte artículos, editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, págs. 147 a 163. En este interesante y detallado artículo, el profesor desarrolla lo que fue a su vez su tesis doctoral en la que sostuvo el carácter de carga de la hipoteca: “*la garantía real hipotecaria, a diferencia de la garantía personal del art. 1911 C, es una carga real que genera una limitación excepcional para el poder que el titular del bien hipotecado ostenta sobre el mismo; una realidad ésta que ni la obligación, ni la responsabilidad acarrear por sí mismas.*”

<sup>493</sup> *Vid.* Nota a pie de página núm. 219. Sin perjuicio de ello, cabe tener en cuenta que no todas las CCAA categorizan de modo idéntico las tipologías de bienes demaniales y patrimoniales, tal y como expresa Fernández Acevedo, . En cualquier caso, a efectos del presente trabajo los únicos bienes que son objeto de análisis son los inmuebles cuando los mismos son patrimoniales no afectos a un servicio o función pública.



“determinados”, pero posteriormente el artículo 154.2 de la LHL establecía la prohibición a los órganos judiciales de despachar embargo “*contra los derechos, fondos, valores y bienes en general de la Hacienda Local*”. Siendo la expresión “*bienes en general*” la que entraba en contradicción con la previsión del artículo 50.4.

Raíz de ello hubieron dos modificaciones, una legislativa y otra jurisprudencial que dio lugar a otra posterior legislativa. La primera modificación, a la vez que aclaración, se hizo con la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social<sup>494</sup>, en cuya virtud se añadió un nuevo apartado 5 al artículo 50.4 de la LHL que reconocía la posibilidad de garantizar las operaciones de crédito de las EELL “*con hipotecas sobre bienes inmuebles*”, siendo luego en la modificación que aquella misma Ley introduce en el artículo 154.2 de la LHL cuando deja claro que la prohibición de despachar mandamientos de ejecución y providencias de embargo está prohibida respecto de “*derechos, fondos, valores y bienes en general de la Hacienda Local ni exigir fianzas, depósitos y cauciones a las entidades locales, excepto cuando se trate de la ejecución de hipotecas sobre bienes patrimoniales inmuebles no afectados directamente a la prestación de servicios públicos.*”

Nótese que esta nueva redacción deja fuera de la prohibición de embargo a los bienes patrimoniales no afectados a un servicio público, lo cual supuso un avance muy importante en la concreción del concepto “*determinados*” del artículo 50.4 de la LHL. Sin embargo, seguía manteniendo la mención “*bienes en general*” en el artículo 154.2 lo que sería luego objeto de exhaustivo análisis por el Tribunal Constitucional.

En efecto, mediante la STC 166/1998 se falló que “*procede declarar la inconstitucionalidad y nulidad del inciso y bienes en general del art. 154.2 Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, en la medida en*

---

<sup>494</sup> El artículo 66 de esta Ley contiene todas las modificaciones introducidas a la LHL. Sin embargo, en su Exposición de Motivos, apartado V, no alude expresamente a estas modificaciones pero sí señala su finalidad al decir que tienen el “*objeto de incentivar a las entidades locales a cumplir obligaciones que contraigan con las operaciones de crédito que conciertan (...).*” lo que *per se* es suficientemente justificativo de lo que se perseguía con las mismas. Además, en su Disposición Final Sexta, la Ley emplazaba al Gobierno para que, antes del 31 de diciembre de 1998, presentara al Congreso un proyecto de Ley “*donde se especificaran los casos y condiciones en que las Corporaciones Locales puedan afectar sus ingresos y bienes patrimoniales al cumplimiento de sus obligaciones*”, exigencia a cuyo respecto no consta que se cumpliera en la fecha indicada, aunque se considera que quedó cumplido con la regulación del artículo 49.5 del TRLHL.

*que no excluye de la inembargabilidad los bienes patrimoniales no afectados a un uso o servicio público.”* Antes, el TC había ya manifestado que *“no está constitucionalmente justificado el excluir que los bienes pertenecientes al patrimonio de las Entidades Locales, siempre que no estén materialmente afectados a un servicio público o una función pública, respondan de las obligaciones contraídas por la Corporación local con los particulares y, en concreto, de las declaradas en una sentencia judicial.”*

Y es que, en su último Fundamento Jurídico, la Sentencia había manifestado que procedía la nulidad *“sin perjuicio de que el legislador introduzca en dicho precepto las determinaciones precisas que se derivan de este pronunciamiento”* de cuya mención luego se dictó el TRLHL por el que ya se regula de manera meridiana la posibilidad de hipotecar los bienes patrimoniales no afectos a un servicio público en el artículo 152.2, y sin perjuicio de que el artículo 49.5.B).a) se refiere a *“bienes patrimoniales”* sin mayor detalle ni concreción.

Por todo lo que en el momento actual cabe realizar una interpretación finalista y contextualizada de los antecedentes y de la regulación vigente a fin de concluir, sin lugar para dudas ni reservas, que sólo los bienes patrimoniales no afectos titularidad de una entidad local podrán ser ofrecidos como garantía hipotecaria en una operación de crédito concertada por aquella con una entidad financiera<sup>495</sup>.

Aun siendo éste el *status quo* actual, por su importancia, se considera necesario traer a colación las ideas más destacables extraídas de la STC 166/1998 acerca de la naturaleza jurídica de los bienes patrimoniales no afectos a un servicio público. Así, respecto de tal categoría concreta de bienes el Tribunal Constitucional formula las siguientes afirmaciones: (i) el concepto de *“Hacienda Local”* y *“patrimonio”* de las

---

<sup>495</sup> Actualmente es pacífica la posibilidad de hipotecar los bienes patrimoniales no afectos. Así, se manifiesta sin mayor justificación en la consulta sobre *Concertación de préstamo a largo plazo para la adquisición de un inmueble, garantizándola con hipoteca*, de EL CONSULTOR DE LOS AYUNTAMIENTOS Y DE LOS JUZGADOS núm. 15/16, Sección Consultas, tomo 2, agosto 2011, editorial La Ley, pág. 1835. E *idem* en la obra del mismo EL CONSULTOR DE LOS AYUNTAMIENTOS Y DE LOS JUZGADOS. *Nuevo Régimen Local*, tomo II, edición 5ª, Madrid, 2005, editorial La Ley, págs. 63 a 64; en donde se afirma literalmente que *“pueden servir de garantía, siendo hipotecables, para la obtención de crédito y empréstitos, lo que en el fondo puede determinar su embargo y enajenación forzosa”*, aunque el artículo deja claro que tal ejecución no será totalmente automática sino que se podrá decretar el embargo cuando hayan transcurrido tres meses y el Ayuntamiento no haya habilitado crédito o suplementado el existente (ex artículo 173.4 del TRLHL).

EELL son distintos ya que el primero alude a derechos y obligaciones de naturaleza económica (FJ 10); (ii) son bienes de “*segunda categoría*” respecto de los demaniales (FJ 11); (iii) son bienes que, al no estar afectados materialmente a un servicio público o a una función pública, no está justificada su inembargabilidad, a pesar de que los mismos puedan producir ingresos para el Erario público<sup>496</sup> (FJ 12); (iv) son bienes “*destinados a obtener el máximo rendimiento económico*” para las EELL y, por ello, son objeto de tráfico privado y están sometidos al Derecho privado<sup>497</sup> (FJ 13); y (v) a diferencia de los recursos de la Hacienda Local no se benefician de un poder exorbitante de la Administración local para hacerlas efectivas(FJ 13).

Además, en tres ocasiones el Fundamento Jurídico 13 de la STC equipara y compara los bienes patrimoniales no afectos con los bienes de los particulares, manifestando que están destinados a obtener el máximo rendimiento “*al igual que ocurre con los bienes cuyo titular es un particular.*”. Luego cuando afirma que son bienes objeto del tráfico privado “*al igual que los bienes que integran el patrimonio de los particulares.*”. Y, finalmente, cuando manifiesta que el privilegio de inembargabilidad no está justificado con los bienes patrimoniales no afectados ya que “*en otro caso quedaría desvirtuada una de las finalidades esenciales del patrimonio de un sujeto y, correlativamente, afectado el tráfico privado en el que ha participado la Corporación al contraer la deuda pecuniaria en posición de paridad con un particular.*”<sup>498</sup>

Se puede afirmar que todas estas afirmaciones configuran el propio régimen jurídico aplicable a los bienes patrimoniales no afectos a un servicio público, en la medida que no se halla paragón en la normativa que regula los bienes de las Administraciones Públicas en la actualidad<sup>499</sup>.

---

<sup>496</sup> La posibilidad de que aporten ingresos al erario de la entidad local ya constaba en el artículo 6.1 del RBEL.

<sup>497</sup> La idea de sumisión al Derecho privado ya estaba recogida en los artículos 80.2 de la LBRL y 6.2 del RBEL.

<sup>498</sup> Esta equiparación de los bienes patrimoniales no afectos con los bienes de los particulares ya estaba regulada de manera implícita en el artículo 14.1 *in fine* del RBEL en donde se reconocía la posibilidad de los particulares de adquirir por prescripción aquellos bienes patrimoniales.

<sup>499</sup> La doctrina sentada por el Tribunal Constitucional aparece reiterada en diversos pronunciamientos posteriores como el Auto del Tribunal Supremo, de 5 de febrero de 2001, Sala de lo Contencioso-

Ni la LPAP ni el TRLHL, ni tampoco las respectivas autonómicas, llegan a este nivel de detalle, motivo por el que en la praxis habitual de los negocios bancarios para con Administraciones Públicas todas estas manifestaciones deben ser de viva aplicación y consideradas en su conjunto, para el buen fin del negocio, de la garantía y de la propia operación financiera para ambas partes. Son afirmaciones esenciales y muy importantes y no todas ellas se abstraen directamente de las leyes reguladoras, por lo que se considera que la materia de hipotecabilidad de los bienes patrimoniales tiene una importante base jurídica de origen jurisprudencial<sup>500</sup>.

Sobre la base de estos pronunciamientos, los bienes patrimoniales no afectos de las EELL son bienes sujetos al Derecho privado y que, en el ámbito de la negociación privada en el que interactúen, deben actuar y ser tratados como los bienes titularidad de un particular. En este sentido, es intrínseco para estos bienes actuar como garantía real en operaciones de financiación a largo plazo, si se alcanza un acuerdo al respecto con una entidad financiera. Su finalidad, precisamente, es la de obtener con los mismos el máximo beneficio, lo que se puede conseguir mediante su enajenación o mediante su utilización para la finalidad de obtención de crédito, en cuyo caso serán una garantía de carácter accesorio a la obligación principal consistente en la restitución de lo recibido con intereses y otros gastos.

---

Administrativo, Sección 7º (recurso de casación núm. 8251/1994), (RJ 2001\5412); en el Auto del Tribunal Supremo, de 1 de marzo de 2002, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7º (recurso de casación núm. 9062/1991), (RJ 2002\76895); y el Auto del Tribunal Supremo, de 1 de septiembre de 2004, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7º (recurso de súplica núm. 4585/1999), (RJ 2005\5422).

<sup>500</sup> Dicho valor es reconocido, por ejemplo, por la Resolución de 6 de septiembre de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad interino de Sahagún a inscribir una escritura de constitución de hipoteca. En su Fundamento Jurídico 2, dicha Resolución afirmaba que el TC restringió el sentido tradicional del principio de inembargabilidad de los bienes patrimoniales y que *“Esta sentencia alumbró la categoría de los bienes afectos al uso público, como categoría intermedia entre los bienes demaniales (que por estar vinculados en última instancia a la satisfacción de necesidades colectivas primarias –vid. Sentencia del Tribunal Constitucional 227/1987- sin inalienables, imprescriptibles, inembargables, no susceptibles por tanto de hipoteca con arreglo a lo dispuesto en el 106.2ª de la Ley Hipotecaria) y los patrimoniales o «de propios», que aún estando sujetos a estrictos controles administrativos, son susceptibles de arrendamiento, enajenación, permuta, cesión gratuita, gravamen y pueden asimismo adquirirse por cualquier título y perderse por prescripción adquisitiva de un particular (artículo 10, 14, 92 y 118 Reglamento de Bienes de Entidades Locales, pudiendo en consecuencia hipotecarse como expresamente admite el artículo 49.5 B) a) del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales).”*

## B) Características de esta hipoteca

Para que la hipoteca de un bien patrimonial no afecto sea formalizada conforme a Derecho deberán darse dos requisitos. En primer lugar, debe estar totalmente claro que dicho bien pertenece en propiedad a la Administración hipotecante<sup>501</sup>. En segundo lugar, el bien debería garantizar una inversión directamente relacionada con dicho bien, y la debería garantizar de manera íntegra o completa.

Por lo anterior, para confirmar la titularidad del bien respecto de la Administración Pública de que se trate, será requisito previo verificar dicha titularidad tanto (i) en el propio Inventario de bienes de la propia Administración<sup>502</sup>, como (ii) en el Registro de la Propiedad<sup>503</sup>. Confirmada esta titularidad y el carácter de bien patrimonial<sup>504</sup>, es también esencial verificar que la propiedad lo sea por la totalidad o una cuota, y también que esté libre de cargas. Por definición, los bienes que son propiedad de la Administración Pública los ha recibido previamente libres de cargas y gravámenes, sin embargo es una cautela que a pesar de poder resultar redundante y reiterativa es importante que quede verificado antes de tomar el bien como garantía. Por error podría suceder que remotamente el bien tuviera inscrita alguna carga o gravamen.

Por otro lado, el requisito de que la concreta inversión tenga relación con el bien a hipotecar no está expresamente prevista en la normativa aplicable. Sin embargo, y haciendo un símil con la figura del derecho de concesión administrativa, se observa que la regulación de ésta sí que exige de manera rotunda que haya relación entre la

---

<sup>501</sup> Siendo éste uno de los principios básicos de la hipoteca a tenor del artículo 1.857.2º del CC.

<sup>502</sup> En el ámbito del Estado, el inventario de bienes comprenderá a los bienes muebles de su titularidad “y derechos reales sobre los mismos” (artículo 33.1.a) de la LPAP), y en el ámbito de las EELL, el inventario de bienes incluirá a los bienes inmuebles, su naturaleza, así como “los derechos reales que gravaren la finca”, entre otros (artículo 20 del RBEL).

<sup>503</sup> El artículo 206 de la LH regula la inmatriculación en el Registro de la Propiedad de bienes de las Administraciones Públicas, declarándose la inscribibilidad de los bienes de las Administraciones Públicas con carácter general en el artículo 4 del RH.

<sup>504</sup> Podría suceder que el carácter de bien patrimonial no fuera claro *ab initio*, habida cuenta que la afectación como patrimonial puede ocurrir tanto mediante un acto expreso como un acto presunto o implícito. Ello se analizó por BLANCO PULLEIRO, Alberto. *Preguntas y respuestas. Volumen III. Anotaciones preventivas, embargos, hipoteca*, editorial Comares, 1ª edición, Granada, 2014, págs. 291 a 292; a raíz de la Resolución de la DGRN de 6 de septiembre de 2013.

financiación y el bien a hipotecar<sup>505</sup>. La lógica de ello es que el bien que responda de una inversión lo sea porque dicho bien se beneficia de esta inversión, de lo contrario parecería que el bien es sacrificado por la necesidad de endeudamiento pero sin recibir un beneficio o impacto positivo y favorable al respecto. En este mismo sentido, y aunque no se halle en la actualidad consagrado de manera expresa, el valor del bien hipotecado debe cubrir como mínimo el valor de la inversión, sin perjuicio de que la exceda<sup>506</sup>.

En realidad, una vez más, la normativa estatal y autonómica no llegan al detalle que presenta la normativa local. En concreto, en el artículo 49.5 del TRLHL el legislador se ha ocupado de relacionar la operación de crédito con la posible garantía a aportar en diversas ocasiones. Así sucede en las operaciones a corto plazo consistentes en el anticipo de recursos tributarios, o con las operaciones a largo plazo con la afectación de ingresos diversos en los que se aprecie relación directa con el gasto a financiar, y lo mismo con las subvenciones de la Unión Europea o de otras administraciones siempre y cuando exista una relación directa de aquella con el gasto financiado. Esta regulación finalista de algunas garantías permite abstraer la idea del legislador de que los ingresos de la Hacienda Pública sólo pueden actuar como garantía de operaciones de crédito cuando exista una relación directa con el gasto financiado. Es cierto que no se prevé expresamente esta exigencia para la garantía hipotecaria, aunque sería recomendable.

---

<sup>505</sup> Así lo establece como *conditio sine qua non* para la autorización del gravamen de hipoteca, por parte del órgano de contratación, el artículo 261.1 *in fine* del TRLCSP al prever que “No se admitirá la hipoteca de concesiones de obras públicas en garantía de deudas que no guarden relación con la concesión correspondiente.” Igualmente, el artículo 98.2 de la LPAP exige que “Los derechos sobre las obras, construcciones e instalaciones sólo podrán ser hipotecados como garantía de los préstamos contraídos por el titular del a concesión para financiar la realización, modificación o ampliación de las obras, construcciones e instalaciones de carácter fijo situadas sobre la dependencia demanial ocupada.”

<sup>506</sup> La íntegra cobertura de la deuda por parte de la garantía hipotecaria es evidente y necesaria para que el banco acepte el bien como garantía. Así se declaraba ya por CANGA-ARGÜELLES, José. *Memoria sobre el crédito público*, editorial que fue de García, Madrid, 1820, pág. 82; al manifestar que (transcripción literal) “También deberá cuidarse de que el valor de las hipotecas que se aplicaren al referido establecimiento sea igual ó superior al del capital y réditos de la deuda, cuyo pago se le hubiere confiado.”

En apoyo a esta tesis cabe señalar que el artículo 5 del TRLHL<sup>507</sup> prohíbe con carácter general destinar los ingresos obtenidos de la enajenación o gravamen de bienes patrimoniales a atender gastos corrientes. Por tanto, leído este precepto desde una perspectiva financiera, se interpreta que no cabe garantizar con aquellos ingresos operaciones de crédito a corto plazo, lo que equivale a entender que las operaciones financieras de plazo inferior a un año no tienen relación directa con los ingresos obtenidos de los bienes patrimoniales. Llegados a este punto, cabe también observar que el referido artículo 5 del TRLHL no incluye la misma prohibición respecto de las operaciones a largo plazo, lo que permite afirmar que tales operaciones se hallan excluidas del ámbito de aplicación de este artículo. Ante ello, la duda que se plantea es a qué financiaciones pueden destinarse aquellos ingresos. Por exclusión no se puede concluir otra cosa que aquellos ingresos sí que podrán destinarse a la financiación de operaciones a largo plazo y, por tanto, ello debería significar que las operaciones a largo plazo puedan ser garantizadas con los bienes patrimoniales, tal y como luego consagra el artículo 49.5.B.a) del TRLHL en donde se indica “*a) Con la constitución de garantía real sobre bienes patrimoniales*”<sup>508</sup>.

En este sentido, y sin perjuicio de no ser una garantía frecuente en la práctica, la garantía hipotecaria tendría más sentido por el importe del bien y para financiar inversiones sobre el propio bien hipotecado, por ejemplo unas obras de reforma sobre dicho bien patrimonial. Si se hace un símil con la práctica privada, se observa que en la garantía hipotecaria casi siempre se exige y ofrece en financiaciones a muy largo plazo destinadas, en la mayoría de los casos, a la financiación de la adquisición del propio bien. Estas características son las que las entidades financieras, bajo su prisma y exigencias de financiación, habrán también trasladado a la práctica y a las exigencias para conceder financiación a largo plazo a una Administración Pública.

---

<sup>507</sup> Idéntica redacción presentaba el artículo 5 de la LHL.

<sup>508</sup> La alusión a “*garantía real*” es un concepto amplio. Por ello, se permitirá todo tipo de garantía real siempre y cuando recaiga sobre bienes patrimoniales, lo que equivale a decir que se permite tanto la constitución de un derecho de prenda, como una hipoteca. Sobre la base de que los bienes patrimoniales sean inmuebles, la garantía procedente sería la hipotecaria (el artículo 106.º Primero de la LH permite la hipoteca de los bienes inmuebles, pero no de los muebles). Y en caso de ser bienes muebles, la garantía a aplicar sería la prenda.

Así las cosas, desde la perspectiva de la entidad financiera, una garantía hipotecaria sobre un bien patrimonial debería ser una garantía suficientemente consistente como para conceder una determinada financiación. A su vez, si la Administración Pública no pudiese acceder a una financiación sin la aportación de garantías suficientes por las exigencias de las entidades financieras, podría válidamente ofrecer sus bienes patrimoniales en garantía de la financiación solicitada siendo, por tanto y finalmente, la entidad financiera la que decidiría sobre la idoneidad y suficiencia de la garantía ofrecida.

En cuanto a los requisitos para la formalización de dicha garantía, cabe indicar que no hay especialidades que la distinguan de los pasos que se siguen en la práctica privada, toda vez que serán los mismos, a excepción de los relativos al propio funcionamiento de la Administración Pública hipotecante, los cuales únicamente se darán en estos casos: acuerdo del órgano competente manifestando la voluntad de ofrecer determinado bien en garantía hipotecaria de una determinada financiación bancaria y, en su caso, delegación de competencias para la firma de la concreta operación financiera con garantía hipotecaria.

Y es que hay otra cuestión que no se puede olvidar: el régimen concesional de que disponen las Administraciones Públicas para la realización de obras de interés general. Habitualmente, cuando es preciso acometer determinadas obras de interés general, la Administración Pública que detecta dicha necesidad raramente procede a la realización directa de tales obras, mediante un sistema de gestión directa, sino que es mucho más habitual que utilice un sistema de gestión indirecta, siendo la modalidad más frecuente la concesión administrativa, antes que la constitución de sociedades de economía mixta. En el caso de la concesión administrativa, realizada la correspondiente licitación y existiendo un concreto adjudicatario, las obras a realizar estarán comprendidas dentro de dicho derecho de concesión. Entonces, quien tendrá la necesidad de obtener financiación para realizar las obras no será la Administración Pública contratante, sino el concreto adjudicatario. Éste muy probablemente solicitará financiación a una entidad financiera privada, y ésta le exigirá garantías del tipo que sean (personales, reales, societarias) para decidir y, en su caso, conceder la financiación. Entre dichas garantías está la hipoteca del derecho de concesión



administrativa<sup>509</sup> que, en virtud del principio de accesión, es una garantía que se extiende a todo lo edificado y, por tanto, que participa del valor e incrementos de valor que experimente la obra<sup>510</sup>. En puridad, la hipoteca de concesión administrativa implica la constitución de un derecho real de hipoteca sobre el derecho exclusivo que conlleva la concesión administrativa para el adjudicatario o concesionario. Y es el valor de dicho derecho el que deberá ser tomado en consideración a la hora de evaluar su idoneidad como garantía financiera.

Esta referencia a la hipotecabilidad del derecho de concesión administrativa se ha formulado porque, siendo las mismas licitadas para la realización de obras públicas en la mayoría de las ocasiones (aunque también para la explotación de las mismas), tales obras al estar encomendadas a un sujeto privado, no se produce la situación de que la Administración tenga que ofrecer sus bienes patrimoniales en garantía, sino que es el propio concesionario el que aporta todas las garantías, salvo que en ocasiones se aporten avales públicos, tipología de garantía a la que se aludirá a continuación, o préstamos participativos, tipología de garantía o pseudofinanciación que no es objeto del presente trabajo por ser una figura típica de las concesiones administrativas<sup>511</sup>.

En definitiva, desde una perspectiva teórica la Administración Pública ostenta el derecho de poder entregar sus bienes patrimoniales no afectos, bajo garantía hipotecaria, para operaciones de crédito. Al hilo de la STC 166/1998, la Administración Pública se equipara a un particular sujeto a Derecho privado, y le aplicará prácticamente idéntica normativa al proceso de constitución y regulación del derecho real de hipoteca. Sin embargo, no es una garantía ineludible ni imprescindible a fin de que una Administración Pública pueda obtener financiación de una entidad de crédito, sino que se trata de una garantía opcional, como todas las demás, que dicha Administración Pública puede libremente entregar o no, en función de sus intereses, preferencias y/o exigencias del sector financiero con el que esté negociando.

---

<sup>509</sup> Prevista y regulada en el citado artículo 261 del TRLCSP, el artículo 98 de la LPAP y, a efectos registrales, en los artículos 106.Sexto de la LH y 31, 60 y 61 del RH.

<sup>510</sup> Previsto en los artículos 109 y 110 de la LH respecto del derecho de hipoteca.

<sup>511</sup> Resulta muy ilustrativo y completo el estudio hecho al respecto por parte de FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael. *Las concesiones administrativas de dominio público*, Estudios y Comentarios de Legislación, editorial Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2012 (BIB2012\23635).

A este punto, a diferencia de un particular sujeto a Derecho privado, se puede afirmar que la Administración Pública ostenta una posición de mayor fuerza y no se ve siempre y en todo caso evocada en todo caso a entregar su patrimonio para obtener financiación bancaria. Otra cuestión es la posibilidad de ejecutar deudas dinerarias de una Administración Pública en contra de tales bienes patrimoniales, extremo perfectamente posible al hilo de cuanto se ha analizado, caso en el que la Administración Pública no podría ya optar sobre si entregarlos o no habida cuenta de que ya se estaría en un escenario judicial de ejecución, sin perjuicio de que antes de ello la Administración Pública habría gozado del plazo de tres meses para obtener liquidez presupuestaria para el pago de la deuda (*ex* artículo 173.4 del TRLHL).

Para terminar, no se puede olvidar que existe también la posibilidad de que la Administración Pública ofreciera en garantía bienes muebles, en cuyo caso la tipología de garantía real a aplicar sería la prenda, con o sin desplazamiento de la posesión en función de lo pactado entre las partes; aunque esta es una garantía aún menos frecuente, si cabe, que la hipoteca de bienes patrimoniales.

### *C) La promesa de hipoteca*

En la práctica negocial privada, en ocasiones, la parte deudora ofrece la promesa de hipotecar bienes inmuebles en un futuro si así se lo requiere la parte acreedora, lo que también se denomina “*compromiso de hipoteca*”. Es un tipo de garantía futura y no actual. En virtud de la misma, el acreedor se reserva el derecho de poder exigir en un futuro a su deudor que aporte garantías adicionales en forma de hipoteca sobre bienes inmuebles que, por lo general, habrán sido individualizados y tasados en el momento de acordar la promesa de hipoteca, que con toda probabilidad será el mismo momento en que se firme la operación de financiación.

De este modo, en caso que las garantías aportadas por el deudor en el marco de la operación de financiación resultaren perjudicadas durante la vida de la financiación, el derecho de cobro del acreedor estará protegido. Llegado este momento, se deberá seguir el procedimiento previsto en el contrato de garantías o en el contrato de financiación, a cuyo tenor seguramente se habrá previsto que será el acreedor el que exigirá la constitución expresa y explícita de la garantía hipotecaria. Toda vez que lo que se estará exigiendo es el cumplimiento de una determinada obligación de hacer (en

los términos del artículo 1.088 del CC) asumida por el deudor en el momento en que se produzca un determinado evento, se estará ante el cumplimiento de una condición (condición suspensiva ex artículo 1.114 del CC) que habilitará *ipso facto* al acreedor para exigir al deudor el cumplimiento de la obligación de hacer principal, constituir garantía hipotecaria, habida cuenta la fuerza de ley que aquella obligación tiene entre ambas partes (artículos 1.089 y 1.091 del CC).

Por ello y conforme a las exigencias de la buena fe contractual, el deudor deberá constituir la hipoteca o hipotecas, a las que se haya comprometido. En caso que no lo haga, la parte acreedora, que por lo general es una entidad financiera o conjunto de entidades financieras, podrá mandar ejecutar esta obligación a su costa (a tenor de lo previsto en el artículo 1.098 del CC) siempre y cuando la promesa contuviere todos los elementos de la hipoteca que se prometía y que el bien inmueble siga siendo titularidad del promitente (según el artículo 1.857.2 del CC), pues en caso contrario el acreedor o promisorio deberá exigir al deudor los daños y perjuicios que le hayan ocasionado el incumplimiento de su obligación de hacer (al amparo del artículo 1.101 del CC)<sup>512</sup>. De modo que, en este supuesto, la entidad financiera no recibirá la garantía que le fue ofrecida *ex ante* a la suscripción de la operación de financiación, aunque podrá adquirir el equivalente económico siempre y cuando de manera extrajudicial o judicial le sea reconocido este derecho de cobro, lo que puede ser difícil o lento en la práctica.

Por ello, la aceptación de la promesa de hipoteca como garantía futura debe ir precedida, desde la óptica del acreedor, del correspondiente análisis exhaustivo de la solvencia y capacidad patrimonial del deudor, además de su titularidad sobre los bienes ofrecidos en hipoteca, para el buen fin futuro de esta garantía. En caso de que falle este análisis y la garantía no se llegue a constituir una vez exigida la misma, sin perjuicio del derecho del acreedor a ser indemnizado, se afirma que se podría convertir en una garantía de resultado débil o nulo en la práctica.

De hecho, el legislador reguló la promesa de hipoteca (y de prenda) bajo la óptica del posible incumplimiento de dicha promesa, en el artículo 1.862 del CC.

---

<sup>512</sup> A estas posibilidades se refieren también CARRASCO PERERA, Ángel, CORDERO LOBATO, Encarna y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús. *Tratado de los Derechos de Garantía*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002, pág. 469.

Bajo su literal, la promesa crea una acción personal entre las partes “*sin perjuicio de la responsabilidad criminal en que incurriere el que defraudase a otro ofreciendo en prenda o hipoteca como libres las cosas que sabía estaban gravadas, o fingiéndose dueño de las que no le pertenecen.*” Por lo que el CC va más allá y se pone en el análisis del peor escenario: que los inmuebles no sean propiedad del promitente o bien que estuvieren gravados, circunstancias ambas que frustrarían la constitución de la hipoteca y que deberían tener consecuencias penales a tenor del precepto analizado. Aunque también podrían darse otras circunstancias como el mero incumplimiento del deudor<sup>513</sup>.

Si se traslada la anterior reflexión al ámbito de la contratación bancaria con Administraciones Pública, resulta que las mismas podrían válidamente comprometerse a aportar, *a futuro*, bajo un contrato de financiación determinado y respecto de bienes patrimoniales no afectos determinados, dichos bienes como garantía hipotecaria si así lo exigiere el acreedor o entidad financiadora de la Administración. En todo caso, ambas partes deberían cerciorarse que los bienes prometidos son patrimoniales no afectos al servicio público. Y, aunque esta circunstancia se podría exigir recoger por escrito como obligación de no hacer de la Administración Pública, en el sentido de no alterarle esta clasificación, podría suceder que *a posteriori* y por motivos de interés público deviniera necesario mutar la calificación del bien o incluso proceder a su enajenación o gravamen. Si bien estas actuaciones podrían considerarse de entrada

---

<sup>513</sup> En la práctica privada, la promesa de hipoteca puede estar prácticamente blindada. Esto es, además de indicar las fincas concretas a hipotecar y la aplicación de la accesión de los artículos 110 y 110 de la LH, el deudor puede también obligarse a: (i) comprometerse con carácter irrevocable a no gravar el derecho de propiedad, superficie u otros que sean objeto de la promesa de hipoteca sin el expreso consentimiento de la entidad financiera acreedora hipotecaria; (ii) en caso de enajenación de los bienes hipotecados, comprometerse con carácter irrevocable a la amortización anticipada de la operación financiera principal; (iii) en caso que las fincas a hipotecar estuvieren posteriormente afectadas por alguna carga o gravamen con rango registral prioritario a la futura hipoteca, comprometerse a aportar nuevas garantías a satisfacción de la entidad financiera acreedora, siendo que en caso de disconformidad de ésta podrá declarar el vencimiento anticipado de la operación financiera principal; y, finalmente, (iv) conferir, desde el mismo momento de la firma de la promesa de hipoteca, un poder especial irrevocable a favor de la entidad financiera hipotecante con el único fin de que ésta pueda, en representación del deudor y aunque incurra en autocontratación, otorgar la correspondiente escritura de hipoteca si, habiendo requerido al deudor en un plazo de días previsto en la operación de financiación dicho deudor no hubiere designado notario de su libre elección y hubiere comparecido ante el mismo en el plazo de días previsto en la operación de financiación. Toda esta regulación podría ser válidamente trasladable a las Administraciones Públicas que, en el marco de operaciones de financiación, concedan como posible garantía futura promesas de hipoteca sobre bienes patrimoniales no afectos.

ejecutadas en fraude del acreedor al que se le había hecho la promesa, en puridad y siempre y cuando sean fruto de decisión de los órganos de gobierno para perseguir y cumplir necesidades de interés público imprevistas, podría todo ello ser objeto de litigio entre las partes. Estrictamente, la obligación de hacer asumida por la Administración tendría fuerza de ley entre las partes y dicha Administración debe actuar con plena sumisión a la ley y al Derecho, con lo que debería mantener su promesa de hipoteca vigente mientras no se extinguiera totalmente el contrato de financiación en cuyo marco se hizo la promesa.

Con lo anterior se pretende significar que el posicionamiento de la Administración Pública en el lugar de un deudor estrictamente privado, puede suponer en la práctica dificultades añadidas y un difícil encaje a favor del interés público. Aunque en todo caso la Administración no goza de una potestad de actuación arbitraria, sino sujeta a las leyes, no es estrictamente defensora de sí misma sino de la colectividad e intereses a los que representa. Sobre la base de este amplio ámbito en el que debe operar, la retención de uno o unos determinados bienes inmuebles al servicio de una determinada operación de financiación, no bajo hipoteca sino a través de un vínculo estrictamente obligación en forma de promesa de hipoteca, puede suponer que en algunas ocasiones resulte incómodo y perjudicial incluso para aquella Administración mantener dicha promesa sin perjudicar a otros bienes o intereses públicos. Llegado este caso, la Administración Pública antes de acometer actuaciones que puedan dejar sin eficacia la promesa de hipoteca que realizó anteriormente, debería poner tal circunstancia en conocimiento del acreedor a fin de lograr un nuevo acuerdo de voluntades al respecto. Y es que, al ser una promesa de garantía y no garantía como tal, podría suceder que si la financiación está siendo amortizada con normalidad, la promesa de hipoteca devenga innecesaria, en cuyo caso el acreedor no debería observar mayor dificultad para liberar esta promesa y dejarla sin efectos, de modo que la Administración Pública no siga vinculada a una promesa que resulta innecesaria en el marco de la operación de financiación en donde se incluyó. Al amparo de la libertad de pactos, esta opción sería la más confortable para ambas partes y, en especial, para la protección y salvaguarda de los intereses públicos, y que a su vez sería más ágil y menos costosa económicamente con toda probabilidad.

Por lo anterior, de nuevo, la conjunción de prácticas y regulaciones propias del Derecho privado en el ámbito del Derecho público no conlleva un encaje automático ni perfecto en este segundo ámbito. Es la aplicación de unas dinámicas y formas de hacer que precisan en todo caso de un previo análisis de viabilidad al caso concreto y, en caso de optarse por su aceptación, la redacción de una cláusula de promesa de hipoteca lo suficientemente protectora para ambas partes y que siempre deje la opción a la Administración Pública de poder dejar sin efectos dicha promesa en caso de una necesidad de interés público así lo aconseje. De lo contrario y de trasladar las cláusulas del ámbito privado con toda su rigidez al ámbito de una relación de financiación público-privada no se puede descartar la posibilidad de litigio futuro en caso que la Administración Pública debiera enajenar o alterar la clasificación del bien inmueble prometido.

### **3.3. Garantías de terceros**

A continuación, para terminar el presente Capítulo, cabe abordar la cuestión de las garantías que pueden prestar personas ajenas a la concreta operación de financiación entre Administración Pública y entidad financiera. En la práctica estrictamente privada tales terceros pueden ser: fiadores y avalistas, en esencia. En la práctica negocial público-privada que es objeto de estudio en el presente trabajo es legalmente posible el otorgamiento de avales y de garantías consistentes en cartas de conformidad aunque, en ambos casos, se trata de garantías no habituales en las operaciones de financiación entre Administraciones Públicas y entidades financieras. Pues lo son más en las operaciones de financiación concertadas por entidades y organismos públicos o sociedades mercantiles públicas con entidades financieras. Ello porque, en la mayoría de las ocasiones, el emitente del aval o carta de conformidad es una Administración Pública que, por lo tanto y por la propia naturaleza de la garantía, no puede garantizarse a sí misma sino que debe existir un tercero cuya relación jurídica tenga a bien garantizar una Administración Pública.

De nuevo, en esta ocasión tampoco se pretende desarrollar aquí una teoría sobre las garantías consistentes en los avales y cartas de conformidad, habida cuenta que son materias de carácter civil y mercantil ampliamente estudiadas por la doctrina. Ante lo que se expondrá la regulación que estas figuras tienen en tanto que potenciales garantías a otorgar por las Administraciones Públicas.

En cualquier caso son garantías potencialmente procedentes y que la Administración Pública puede conceder a pesar de que tradicionalmente se haya presumido la solvencia de las Administraciones Públicas, hecho que ha quedado en entredicho a lo largo de los diversos años de crisis económica en cuyo marco la propia Administración Pública no ha podido pagar siempre dentro del plazo convenido<sup>514</sup>.

### 3.3.1. El aval

El denominado “*aval*”, en la práctica negocial actual, puede tener dos tipologías diferentes: (i) o bien es un aval bancario y, por ello, emitido por una entidad financiera, siendo una figura atípica, aunque partiendo de la base del afianzamiento mercantil del CCo y de las notas de la fianza del CC<sup>515</sup>, en gran medida de creación consuetudinaria y jurisprudencial<sup>516</sup>; (ii) o bien es un aval público, esto es, emitido por una Administración Pública, en cuyo caso es una figura totalmente típica, regulada y limitada por la normativa vigente. A continuación se analizará la segunda tipología, pero no sin hacer antes una breve referencia al aval bancario.

---

<sup>514</sup> ALCOLEA CANTOS, Antonio en la obra de RECUERDA GIRELA, Miguel Ángel (director). *La morosidad del sector público en el cumplimiento de sus obligaciones*, editorial Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2012, pág. 267 a 268. Aunque luego el mismo autor examina con detalle el mecanismo del Fondo de Financiación para Pago a Proveedores, en cuya virtud el Estado concedió liquidez a las CCAA y EELL para satisfacer sus deudas con proveedores y evitar o solventar la situación de morosidad comercial de aquéllas; lo que se podría considerar una desvirtuación de la presunción *iuristantum* antes apuntada.

<sup>515</sup> *Vid.* artículos 439 a 442 del CCo bajo la rúbrica “*De los afianzamientos mercantiles*” (Título IX), y los artículos 1.822 a 1.856 del CC bajo la rúbrica “*De la fianza*” (Título XIV). Además, el aval fue regulado en los artículos 131 a 133 de la LCCH, como garantía a la letra de cambio, siendo destacable lo indicado en el Preámbulo de dicha Ley, apartado III, a cuyo tenor: “*Merece también mención especial la configuración del aval. El texto trata de poner fin a la polémica doctrinal y jurisprudencial sobre la naturaleza jurídica de esa declaración cambiaria, optando por su definición como obligación autónoma, válida aunque sea nula la obligación garantizada por motivo distinto de los vicios de forma.*”

<sup>516</sup> El Tribunal Supremo la ha considerado una garantía atípica surgida fruta de la autonomía de la voluntad del artículo 1.255 del CC. Así lo expresa la destacable Sentencia del Tribunal Supremo núm. 919/1992 (Sala de lo Civil) de 27 de octubre (Recurso de Casación 925/1990) (RJ 1992\8584) que, poniendo de manifiesto la “*insuficiente o inadecuada*” regulación de la fianza para el tráfico mercantil y confirmando las características de contrato atípico, garantía autónoma e independiente, clarifica el carácter de garantía inmediata distinta de la fianza al consagrar que (FJ 2) “*siendo suficiente la reclamación del beneficiario frente al garante para entender que el obligado principal no ha cumplido, si bien en aras del principio de la buena fe contractual (art. 1258 del Código Civil) se permita al garante, caso de contienda judicial, probar que el deudor principal ha pagado o cumplido su obligación con la consiguiente liberación de aquél, produciéndose así la inversión de la carga de la prueba, ya que no puede exigirse al beneficiario que acredite el cumplimiento del obligado principal, siendo suficiente, como se dice, la reclamación de aquel beneficiario para que nazca la obligación de pago del avalista.*”

En los términos regulados en el CC, la fianza se constituye como la garantía personal en cuya virtud un tercero asume responder por el deudor principal en caso de que éste no lo haga. Son diversos los requisitos que debe cumplir este contrato de fianza para que el mismo cumpla la legalidad: (i) en esencia, que debe existir una obligación principal, (ii) que el fiador no puede garantizar más que aquello en que consista la obligación principal, (iii) que la fianza debe ser expresa en todo caso, y que la prórroga de la obligación principal desconocida por el fiador extingue la fianza, (iv) así como la previa y necesaria excusión de los bienes del deudor antes de ejecutar la fianza (es el denominado “*beneficio de excusión o de orden*”)<sup>517</sup> salvo que el deudor se hallase en situación concursal como apunta MACHADO<sup>518</sup>, (v) además de la posibilidad de ser un contrato gratuito u oneroso en función de lo que pacten las partes. (vi) El acreedor o afianzado puede ser cualquier persona, física o jurídica, pública o privada. A su vez, el afianzamiento mercantil está también regulado como una fianza con las características de: garantizar un contrato de tipo mercantil, por escrito siempre, presunción de gratuidad y duración definida.

Por su parte, el aval bancario, también denominada como “*aval a primer requerimiento*” es una institución jurídica *sui generis* cuyo rasgo fundamental es que constituye una garantía inmediata y autónoma e independiente que, a diferencia de la fianza, no ostenta carácter accesorio y que, además tiene otras características: (i) el avalista es siempre una entidad financiera, (ii) el pago de parte de la entidad financiera será a primer requerimiento del acreedor, por lo que no se deberá proceder antes a la excusión de los bienes del deudor ya que en este aval bancario el acreedor renuncia a

---

<sup>517</sup> Según el artículo 1.830 del CC “*El fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor sin hacerse antes excusión de todos los bienes del deudor.*” Respecto del término “*excusión*” resulta muy ilustrativa la definición jurídica (y única) que ofrece el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, a saber: “*Derecho o beneficio de los fiadores para no ser compelidos, por regla general, al pago mientras tenga bienes suficientes el obligado principal o preferente.*” Sobre los antecedentes históricos de este beneficio, desde el Derecho Romano (en donde se denominaba “*fideiussi indemnitis*”) pasando por las Partidas y hasta el Código Napoleónico, se destaca el artículo de LUQUE JIMÉNEZ, María del Carmen. *La fianza y sus efectos entre fiador y acreedor: el beneficio de excusión o de orden*, Monografía Asociada a la Revista de Derecho Patrimonial núm. 29 sobre *Perspectivas Actuales del Derecho de Garantías*, editorial Thomson Reuters Aranzadi, 1ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2013, págs. 115 a 117.

<sup>518</sup> MACHADO PLAZAS, José. *Convenio concursal y fianza*, Colección “privado” número 39, editorial Tirant Lo Blanch, 1ª edición, Valencia, 2001, págs. 39 a 42.



esta obligación, así como también a las de división y orden de la deuda principal<sup>519</sup>. Sin embargo, el aval bancario (iii) es también una garantía expresa. A diferencia de la presunción del artículo 441 del CCo, el aval bancario (iv) es siempre un contrato de tipo oneroso, en cuya virtud el avalado paga a la entidad financiera una comisión bancaria, anual o semestral, por el mantenimiento del aval cuyo importe consiste en un porcentaje aplicado sobre la total cuantía avalada. (v) El acreedor o beneficiario puede ser tanto un sujeto de persona de derecho privado, física o jurídica, como una Administración Pública, entidad u organismo público<sup>520</sup>.

En este sentido, el aval público se caracteriza porque no interviene entidad financiera alguna y el avalista es siempre una Administración Pública y el avalado es otra Administración Pública, o una entidad u organismo público o una sociedad mercantil pública. Sin embargo, el beneficiario del aval público puede ser tanto un sujeto de derecho público como un sujeto de derecho privado. A los efectos que aquí interesa, cabe hacer hincapié en que dicho beneficio puede perfectamente ser una entidad financiera. Y su pago irá siempre a cargo de los presupuestos de la

---

<sup>519</sup> Se cita la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 671/2010 (Sala de lo Civil, Secc. 1ª), de 26 de octubre (Recurso de Casación 1951/2006) (RJ 2010\7603), en cuya virtud se afirma (FJ 3) que *“la característica del aval a primer requerimiento, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, es la de dar nacimiento a una obligación de garantía inmediata que pierde su carácter accesorio de la obligación principal, en el que la obligación del garante es independiente de la obligación del garantizado y del contrato principal (SSTS de 27 de septiembre de 2005, recurso 80/1990 (STS de 1 de octubre de 2007, RC n.º 3542/2000), pero sin que impida el ejercicio de las acciones que puedan surgir a consecuencia del pago de la garantía (SSTS de 5 de julio de 2002, RC n.º 294/1997, de 14 de noviembre de 2001, RC n.º 2195/1996) o para determinar el grado de cumplimiento de la obligación principal garantizada.”*

<sup>520</sup> Cuando el beneficiario es una Administración Pública o entidad u organismo integrante del sector público estos avales suelen tener un modelo oficial normativizado. Así, en el ámbito de los contratos del sector público, el modelo de aval a presentar en concepto de garantía (provisional, definitiva o complementaria) se contiene en el Anexo V sobre *“Modelo de aval”* del RLCAP. Y, en materia tributaria, los avales presentados para suspender la ejecutividad de los actos administrativos de naturaleza tributaria se hallan también modelados por parte de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (Códigos 1 al 4) para actos emanados de la misma (consulta del día 15/06/17): [http://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/otros/Modelos\\_y\\_formularios/Modelos\\_y\\_formularios.shtml](http://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/otros/Modelos_y_formularios/Modelos_y_formularios.shtml)

Igualmente, en el ámbito de otras Administraciones, en su sede electrónica se pueden hallar modelos de avales que con toda probabilidad dicha Administración va a aceptar como válidos, lo que evita discusiones de índole formal, además de la delicada situación consistente en tener que cancelar un aval bancario una vez el mismo ya está emitido por el banco. Es el caso de la Comunidad de Madrid que, entre otros de específicos, ha habilitado un modelo general de aval (consulta del día 15/06/17): <http://www.madrid.org/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=filename%3DModelo+General.pdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1271732773004&ssbinary=true>

Administración Pública que lo emita, la que a su vez tendrá limitaciones de emisión de avales que cada año se señalarán en los correspondientes presupuestos.

El aval público puede ser prestado tanto por la Administración General del Estado, la Administración de las CCAA o la Administración de las EELL, tal y como prevén las respectivas normativas reguladoras.

#### *A) Ámbito estatal*

La LGP regula los denominados “*avales del Estado*” en los artículos 113 a 118, estableciendo que únicamente la Administración General del Estado los puede prestar<sup>521</sup>. Las características de estos avales son las siguientes: (i) son para financiar operaciones de crédito, concertadas en el interior o en el exterior de España; (ii) nunca puede ser considerado una “*Ayuda de Estado*” a tenor de la normativa y jurisprudencia de la Unión Europea<sup>522</sup>; (ii) los avalados son personas naturales o jurídicas, públicas o privadas; (iii) su otorgamiento sólo puede ser autorizado por Ley, que habitualmente será la ley anual de presupuestos<sup>523</sup>, aunque eventualmente podría también ser una ley

---

<sup>521</sup> Ello es una novedad, tal y como apunta la Exposición de Motivos de la LGP, en su apartado V *in fine*, toda vez que la anterior Ley (el Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, en su artículo 107) permitía también avalar a los organismos autónomos.

<sup>522</sup> La LGP se remite a los artículos 87 y 88 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. Al respecto, téngase en cuenta la “*Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas estatales otorgadas en forma de garantía*”, publicada en el DOCE C 155/10, de 20 de junio de 2008, que parte del principio del inversor en una economía de mercado. En los apartados 3.2 y 3.4 de la Comunicación se establecen las condiciones que deberán tener las garantías individuales a fin de no ser consideradas ayudas estatales, destacándose en particular la relativa a que dicha garantía “*no cubre más del 80% del préstamo u otra obligación financiera pendiente*” aunque este límite no se aplicará a las garantías públicas concedidas “*a una empresa cuya actividad está constituida únicamente por un Servicio de interés económico general debidamente encomendado y cuando esta garantía la concede la autoridad pública que lo ha encomendado.*” En caso de que un Estado pretenda otorgar una garantía por encima del 80% deberá justificarlo a fin de que la Comisión “*evalúe convenientemente su posible carácter de ayuda estatal*”. Además, la garantía minorará en la misma proporción que lo haga la deuda garantizada.

<sup>523</sup> A efectos ejemplificativos, para el ejercicio 2016, la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016, en su artículo 51 estableció el límite máximo en 3.500.000 miles de euros. Se añade que, la Exposición de Motivos de esta Ley, en su apartado V, afirma que “*(...) se fija el límite total de los avales a prestar por el Estado y los Organismos Públicos, que no podrá exceder de 3.500.000 miles de euros.*” Cabe sobreentender que el concepto “*organismos públicos*” excluye a los organismos autónomos, toda vez que éstos no pueden avalar. Y es que el artículo 53 de la misma Ley, bajo la rúbrica “*Aavales de las entidades públicas empresariales y sociedades mercantiles estatales*” permite a la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (cuya naturaleza es la de entidad de derecho público) emitir avales durante el año 2016 hasta un límite de 1.210.000 miles de euros.

*ad hoc*<sup>524</sup>; (iv) su importe no puede superar el máximo que establezca la Ley autorizante, y el límite anual se entenderá referido al principal aunque el aval también garantizará el pago de intereses excepto que la ley autorizante estableciera otra cosa; (v) se formalizan por el Ministro de Economía quien “*podrá convenir las cláusulas que resulten usuales en los mercados financieros*” lo que puede incluir la renuncia al beneficio de exclusión y la sumisión a arbitraje o tribunales extranjeros pero siempre con respeto al beneficio de inembargabilidad del dinero público<sup>525</sup>; (vi) la Administración General del Estado, como avalista, utilizará los procedimientos administrativos ejecutivos para la cobranza de los importes que haya pagado en ejecución de un aval del Estado *ex* artículo 10.1 de la LGP; y (vii) el Estado percibirá del avalado la comisión pactada<sup>526</sup>.

---

<sup>524</sup> Aunque no es lo habitual, puede ocurrir en casos de extraordinaria y urgente necesidad. Ejemplo de ello sería el Real Decreto-ley 9/2011, de 19 de agosto, de medidas para la mejora de la calidad y cohesión del sistema nacional de salud, de contribución a la consolidación fiscal, y de elevación del importe máximo de los avales del Estado para 2011. *Vid.* Disposición Final Primera, que eleva el límite máximo previsto para avales del Estado en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011.

<sup>525</sup> La cita hecha revela la voluntad del legislador de respetar la práctica financiera habitual en materia de avales, poniendo como ejemplo la posibilidad de renunciar al beneficio de exclusión, lo que es una cláusula propia de los avales bancarios a primer requerimiento. La cuestión de sujeción de las controversias a órganos judiciales no españoles o a arbitraje también es otro ejemplo del respeto por la práctica privada en estas materias, toda vez que la sujeción a la jurisdicción contencioso-administrativa de estos avales podría conllevar problemas de efectividad por la lentitud del sistema judicial, lo que daría lugar a unos tiempos de espera y respuesta no habituales en el ámbito de los negocios privados cuya velocidad es notoriamente más acelerada. En cambio, el recordatorio a la imposibilidad de embargar el dinero del Estado en caso que proceda la ejecución del aval sí pone de manifiesto la predominancia de las prerrogativas del Derecho público sobre el Derecho privado, aunque esta primacía en este caso tiene base legal en la propia LGP.

<sup>526</sup> Al igual que sucede con los avales bancarios, a fin de retribuir los costes y riesgos asumidos por el Estado en el marco de la garantía. Así se desprende de lo previsto en el apartado 3.4.f) de la “*Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas estatales otorgadas en forma de garantía*”, publicada en el DOCE C 155/10, de 20 de junio de 2008. En concreto, prevé que las “*primas exigidas deberán cubrir los riesgos normales asociados a la concesión de la garantía, los costes administrativos del régimen y una remuneración anual de un capital adecuado, incluso si este último no se ha constituido todavía o sólo en parte.*” Además, dicha Comisión establece una analogía en materia de remuneración de capital con la que haría una entidad financiera privada, por lo que obliga al Estado garantizador debe realizar una reserva del 8% de las garantías pendientes (o del 2% o el 4% en empresas avaladas con clasificación AAA/AAA- (Aaa/Aa3) o A+/A- (A1/A3), respectivamente; siendo tales clasificaciones explicadas en el apartado 3.3 de la Comunicación. El límite del 8% se dispuso en ocasión de la entonces vigente Directiva 2006/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio (refundición); actualmente sustituida por la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión, por la que se modifica la Directiva 2002/87/CE y se derogan las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE.

En lo relativo a las operaciones de endeudamiento estudiadas en el presente trabajo, los avales del Estado podrían existir en supuestos de que entidades u organismos de la propia Administración General del Estado tuvieren necesidad de financiación que no se pudiese conseguir de otro modo de parte del sector financiero, lo que es un escenario poco probable en términos de normalidad, toda vez que dichos entes y organismos deberían de tener su propia partida consignada en los presupuestos generales del Estado. Sin perjuicio de ello es una posibilidad teórica que se podría dar en la práctica. Nótese que el artículo 114.2 de la LGP se refiere en especial a los avales otorgado a favor de *“Entidades públicas de carácter territorial o institucional, sociedades mercantiles estatales y organismos internaciones de los que España sea miembro.”* Éste es el avalista paradigmático de los avales del Estado, en mayor medida.<sup>527</sup>

Además, dichos avales también podrían ser otorgados a favor de las Administraciones de las CCAA o bien de las Administraciones de las EELL, toda vez que la LGP no excluye tal posibilidad y es redactada en términos amplios, aunque no parece tampoco éste *a priori* el *desiderátum* de la LGP, por las posibilidades de otorgar aval que ambas tipologías de Administraciones Públicas también ostentan.

Es relevante precisar que la regulación de los avales que hace la LGP, aludiendo a GARCÍA-ANDRADE<sup>528</sup>, *“restringe el objeto del afianzamiento únicamente a las obligaciones derivadas de operaciones de crédito.”* Por lo que esta Ley no se ocupa de otras tipologías de avales que podría emitir el Estado para cuestiones diversas. Sin perjuicio de que ello sea así, a los efectos de la presente tesis interesa únicamente el estudio de los avales destinados a operaciones de crédito, respecto de las que el mismo autor apunta que *“el elemento esencial, por tanto, es que con el afianzamiento la Administración expone los fondos públicos a las resultas de una obligación que no le*

---

<sup>527</sup> El otro avalado paradigmático de los avales del Estado son las sociedades concesionarias, por el interés público existente sobre los bienes que integra la concesión, bienes que a la fecha de reversión deberán ser entregados al Estado, por lo que es razonable que el legislador haya arbitrado esta suerte medida *ad cautelam* consistente en avalar los bienes que se adquirirán en un futuro como medida de aseguramiento de que ello será así en caso de que las circunstancias no fueren favorables.

<sup>528</sup> GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, Jorge. *La garantía del Estado frente a la crisis económica*, Revista de Administración Pública, número 201, septiembre-diciembre, editorial Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Madrid, 2016, pág. 109.

*correspondía asumir*". Y este elemento es claramente propio y único de los avales públicos: el dinero público queda comprometido a favor de una entidad financiera.

### *B) Ámbito autonómico*

En el ámbito de las CCAA, las diversas normas autonómicas<sup>529</sup> hacen referencia a la posibilidad de emitir avales de parte de los diferentes órganos ejecutivos autonómicos (y de sus respectivos Institutos de Finanzas, para aquellas CCAA que dispongan del mismo, como es el caso del País Vasco y de Valencia) participando tales avales de las características anteriormente indicadas para los avales del Estado. La peculiaridad adicional para estos avales es que les aplica un régimen de prudencia financiera especial para avales, que se analiza en el próximo apartado.

### *C) Ámbito local*

En tercer lugar, el TRLHL también permite a las EELL otorgar avales en garantía de operaciones de endeudamiento, tanto a corto como a largo plazo, a favor de entidades y organismos públicos como a favor de sociedades mercantiles públicas.

---

<sup>529</sup> Tales regulaciones se contienen en: (i) Aragón: Decreto Legislativo 1/2000, de 29 de junio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón (arts. 93 a 95); (ii) Principado de Asturias: Decreto Legislativo 2/1998, de 25 de junio, por el que se aprueba el texto refundido del Régimen Económico y Presupuestario de Asturias (art. 53); (iii) Islas Canarias: Ley 11/2006, de 11 de septiembre, de la Hacienda Pública Canaria (arts. 101 a 106); (iv) Cantabria: Ley 14/2006, de 24 de octubre, de Finanzas de Cantabria (arts. 102 a 107); (v) Castilla-La Mancha: Decreto Legislativo 1/2002, de 19 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha (art. 90); (vi) Castilla y León: Ley 2/2006, de 3 de mayo, de la Hacienda y del Sector Público de la Comunidad de Castilla y León (arts. 200 a 211); (vii) Comunidad Valenciana: Ley 1/2015, de 6 de febrero, de la Generalitat, de Hacienda Pública, del Sector Público Instrumental y de Subvenciones (arts. 89 a 91); (viii) Extremadura: Ley 5/2007, de 19 de abril, General de Hacienda Pública de Extremadura (arts. 122 a 131); (ix) Galicia: Decreto Legislativo 1/1999, de 7 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Régimen Financiero y Presupuestario de Galicia (arts. 40 a 45); (x) La Rioja: Ley 11/2013, de 21 de octubre, de Hacienda Pública de La Rioja (arts. 105 a 111); (xi) Comunidad Foral de Navarra: Ley Foral 13/2007, de 4 de abril, de Hacienda Pública de Navarra (arts. 74 a 80 y 82); (xii) País Vasco: Decreto Legislativo 1/1997, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Principios Ordenadores de la Hacienda General del País Vasco (Exposición de Motivos, apartado 7, excluye de su ámbito de regulación a los avales, remitiéndose a su regulación específica, que es la ley anual de presupuestos, que prevé la posibilidad de la Comunidad Autónoma de Euskadi y del Instituto Vasco de Finanzas para conceder avales); y (xiii) Región de Murcia: Decreto Legislativo 1/1999, de 2 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia (arts. 81 a 82).

Así, el artículo 49.5.A.b) del TRLHL permite que la entidad local conceda un aval en garantía de las operaciones de crédito a corto plazo, en forma de préstamos o créditos, cuando hayan sido concertadas por organismos autónomos y sociedades mercantiles dependientes; quedando en todo caso limitado el importe del aval a la participación que la entidad local avalista tenga en el capital social.

También, el artículo 49.5.B.b) del TRLHL permite igualmente el aval en operaciones a largo plazo y, se entiende, cuando estas operaciones hayan sido contraídas por entidades y organismos públicos. Luego, en el artículo 49.6 del mismo TRLHL regula la posibilidad de que la entidad local conceda un aval a sujetos privados con las que la entidad local contrate obras o servicios o que exploten concesiones que hayan de revertir a la entidad respectiva. Es una regulación equivalente a la contenida en el artículo 114.2.b) de la LGP.

Asimismo, el artículo 49.7 del TRLHL también admite la posibilidad de que la entidad local preste avales a favor de sociedades mercantiles que estén participadas por personas de derecho privado, siempre y cuando la entidad local tenga un mínimo del 30% de participación en el capital social. El precepto está claramente aludiendo a las sociedades de economía mixta, en las que si la entidad local ostentase menos del 30% de participación en el capital social tendría vedada por ley la posibilidad de avalar tales sociedades. En cualquier caso, en los supuestos en que pueda avalar, el importe avalado nunca excederá del porcentaje que la entidad local tenga de participación en la sociedad<sup>530</sup>.

En todo caso, los avales para operaciones de crédito a largo plazo deberán someterse a previa fiscalización y *“el importe del préstamo garantizado no podrá ser*

---

<sup>530</sup> Nótese que el legislador ha querido que la garantía a utilizar en estos casos sea el aval y no otra. Así se ha tratado en la consulta sobre *Posibilidad de que una entidad local avale un préstamo solicitado por una sociedad mercantil dependiente*, de EL CONSULTOR DE LOS AYUNTAMIENTOS Y DE LOS JUZGADOS núm. 2, Sección Consultas, tomo 1, quincena del 30 de enero al 14 de febrero de 2013, Ref. 110/20113, editorial La Ley, pág. 110. En la misma, siendo la sociedad de economía mixta participada en un 70% se concluye a favor de la posibilidad de prestar aval. Sin embargo, ante la cuestión de si el concepto de avalar podía comprender conceder una hipoteca sobre bienes patrimoniales del Ayuntamiento, la respuesta fue negativa sobre la base de que el artículo 49.5. del TRLHL cuando quiere conceder una garantía de tipo real lo dice expresamente, como en el caso de la letra B.a).

*superior al que hubiere supuesto la financiación directa mediante crédito de la obra o del servicio por la propia entidad.”*

Al igual que sucede en el caso de los avales de las CCAA, también en los avales de las EELL les aplica un régimen de prudencia financiera especial para avales, que se analiza en el próximo apartado. Además, los avales son equiparados a las operaciones de crédito a largo plazo en el artículo 53.1 del TRLHL y, por ello, también están sujetos a la obtención de autorización del Estado o de la Comunidad Autónoma que tenga atribuida la tutela financiera, en caso que (i) los estados financieros de la entidad u organismo avalado demuestren un ahorro neto negativo, y cuando (ii) el aval esté destinado a operaciones a formalizarse en el exterior o con entidades financieras no residentes en España, o en su caso en el marco de emisiones de deuda o cualquier otra forma de apelación al crédito público.

Por último, indicar que resulta muy ilustrativo el artículo 196.1 del TRLHL en cuanto dispone que son funciones encomendadas a la tesorería de las EELL, entre otras, “*d) Responder de los avales contraídos.*”, regulación que no se halla contenida con este carácter explícito en la LGP. En cualquier caso, desde el momento en que el aval esté correctamente concedido y formalizado, y llegado un evento de incumplimiento del avalado, la entidad local (comunidad autónoma o Estado) deberá responder en su condición de avalista y, por ello, proceder al pago del importe avalado en todo o en parte según proceda en cada caso<sup>531</sup>.

### 3.3.2. La carta de patrocinio o *comfort letter*

#### *A) Concepto y contextualización*

Finalmente, procede analizar la última tipología de garantía que teóricamente podría prestar una Administración Pública en el marco de una operación de

---

<sup>531</sup> Verificado el pago, la entidad local avalista deberá resarcirse de lo pagado exigiendo su importe al avalado. Esta cuestión ha sido analizada, en función de si el avalado fue una persona pública o privada, por ARNAL SURIA, Salvador y GONZÁLEZ PUEYO, Jesús M<sup>a</sup>. *Manual de Presupuestos y Contabilidad de las Corporaciones Locales*, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, editorial La Ley, 6<sup>a</sup> edición, Madrid, 2007, pág. 127; en donde destaca que si el avalado es un organismo público o sociedad mercantil dependiente sin recursos para reembolsar “*el resarcimiento habría de producirse previo el correspondiente expediente de modificación de créditos en el presupuesto de la Entidad matriz, a fin de proveer la consignación necesaria para ampliar el capital de la Sociedad o el patrimonio del Organismo.*”

endeudamiento concertada por otra Administración Pública, entidad u organismo o sociedad mercantil dependiente.

Esta figura puede recibir distintas denominaciones en el tráfico privado: carta de patrocinio, carta de conformidad, carta de compromiso, carta de responsabilidad, carta de apoyo, carta de confort, o bien directamente ser referida mediante su denominación en inglés “*comfort letter*”. Es una garantía nacida en el Derecho Anglosajón y en el marco de financiaciones societarias como alternativa a las garantías tradicionales del aval y la fianza<sup>532</sup>. En origen, la carta de confort es la que atribuye la sociedad matriz (patrocinador) a favor de su sociedad filial (patrocinado o deudor principal) a favor de la entidad financiera a la que se solicita la financiación (beneficiario).

Sin ánimo de exhaustividad por no ser objeto del presente trabajo abordar un estudio de profundidad de la figura, es preciso apuntar que el contenido de tales cartas variará en función de cual sea su finalidad, pudiéndose destacar dos tipos de contenidos que pueden no siempre coincidir en la misma carta: (i) por un lado, pueden contener diversas manifestaciones y obligaciones de hacer o no hacer de la matriz que resultan de utilidad para el financiador tales como: (a) que el patrocinador tiene una concreta participación accionarial en la filial patrocinada, (b) que el patrocinador conoce el patrimonio y la solvencia de la filial patrocinada, (c) que el patrocinador no alterará la composición accionarial de la filial patrocinada<sup>533</sup>, (d) que se conocen los términos de la financiación y se presta su conformidad a los mismos, (e) que el patrocinador presta anticipadamente el consentimiento a las futuras modificaciones que pudiere tener la operación de financiación, (f) que el patrocinador se obliga a no permitir que el patrocinado incumpla sus obligaciones bajo el contrato de financiación, (g) que el patrocinador conoce todos los trámites y permisos necesarios para el válido otorgamiento de la carta, (h) que si hubiere otras deudas de la filial patrocinada serán

---

<sup>532</sup> En puridad, es una garantía de más fácil emisión que un aval o una fianza, y puede ser la garantía idónea a prestar en determinados supuestos cuando la sociedad filial no puede o quiere prestar una de aquellas dos. Además, son garantías alternativas que no tienen la consideración de asistencia financiera para las sociedades anónimas (*vid.* artículo 150.2 del TRLSC)

<sup>533</sup> En función de cuáles sean los términos de la carta y las características de la operación de financiación, puede también preverse que en caso de que se deban acometer cambios societarios los mismos no tendrán lugar sin obtener la previa conformidad de la entidad financiera, o bien si no se ha amortizado íntegramente la deuda (en este último caso la realización de un cambio societario quedaría configurado como causa de resolución anticipada a favor del beneficiario de la carta de patrocinio).



subordinadas respecto de la deuda en cuestión, en esencia; junto con (ii) un compromiso de pago frente al beneficiario que puede ser débil, mediano o fuerte según la voluntad de las partes intervinientes.

En todo caso, es o debe ser mención común en todas las cartas de patrocinio la relativa a que el patrocinador tiene conocimiento de que la emisión de la carta es causa determinante para la concesión de la operación de financiación a la filial patrocinada y/o así como que su condición de accionista ha sido también determinante<sup>534</sup>. Asimismo, al no estar configuradas estrictamente como avales no se computan como avales en la contabilidad del patrocinador, circunstancia que las convierte en mecanismos atractivos para garantizar a un tercero pero sin tener un impacto contable directo<sup>535</sup>.

En términos generales, el compromiso de pago del patrocinador es, en puridad, la razón de ser de la carta. Así, la fuerza de la carta será (i) débil, cuando el patrocinador se obligue a contribuir o hacer sus mejores esfuerzos para que el patrocinado pueda cumplir los términos de la financiación<sup>536</sup>; (ii) media, cuando el patrocinador se obligue a hacer sus mejores esfuerzos para el buen fin de la financiación o a arbitrar los medios

---

<sup>534</sup> Aunque es importante matizar que la emisión de la carta no obliga al beneficiario a conceder la financiación en todo caso, tal y como apunta de manera clara SANCHEZ ÁLVAREZ, Manuel María en su artículo sobre *Las cartas de patrocinio*, publicado en la obra de GADEA SOLER, Enrique y SEQUEIRA MARTÍN, Adolfo Javier (coords.). *La Contratación Bancaria*, editorial Dykinson, 1ª edición, Madrid, 2007, pág. 1164. En este artículo también se afirma el carácter de contrato unilateral atípico de la carta, además de un interesante estudio sobre su régimen jurídico.

<sup>535</sup> La circunstancia de que no tienen reflejo contable ha sido apuntada por FUENTES NAHARRO, Mónica. *Cartas de patrocinio: algunas reflexiones sobre la construcción jurisprudencial del fenómeno*, Revista de Derecho Bancario y Bursátil núm. 110, Valladolid, 2008, págs. 49 a 86; en donde se hace remisión a la doctrina alemana. El artículo aborda en profundidad el estudio de las cartas de patrocinio sobre la base de la doctrina patria y de la alemana, italiana y francesa. Estas ventajas también han sido apuntadas por el Tribunal Supremo en sus Sentencias núm. 529/2005, de 30 de junio (recurso de casación núm. 108/1999) y núm. 96/2007, de 13 de febrero (recurso de casación 5390/1999), en donde afirma que estas cartas pueden comportar “*ventajas fiscales, de normativa contable e incluso de control de cambios*” (FJ 1 y FJ 3, respectivamente).

<sup>536</sup> Una afirmación que encajaría en el concepto de “*débil*” sería aquella en que la Administración patrocinadora manifestara que “*tiene conocimiento de la concreta operación de financiación y que da su conformidad a la misma.*” La conceptualización de esta categoría ha sido estudiada por el Tribunal Supremo, entre otras, en su Sentencia núm. 529/2005, de 30 de junio (recurso de casación núm. 108/1999) en donde afirma que (FJ 1) “*las declaraciones meramente enunciativas carecerán de obligatoriedad, dado que por su contenido no crean nexo alguno con posible ejecución forzosa*” y que “*se pueden estimar como verdaderas recomendaciones que no sirven de fundamento para que la entidad crediticia pueda exigir el pago del crédito a la entidad patrocinadora.*”

necesarios<sup>537</sup>; o (iii) fuerte o dura, cuando el patrocinador se obligue a asumir el pago de la deuda en caso de impago del patrocinado<sup>538</sup>.

Las cartas de vinculación media no son recomendables por su ambigüedad y por presentar habitualmente dificultades de calificación, sin perjuicio de ser una clasificación no utilizada por la jurisprudencia aunque sí en la práctica negocial en donde por motivos de prudencia se deberán considerar también como débiles a menos que contengan un compromiso de pago explícito. Las cartas fuertes o duras son las deseadas por el sector financiero, toda vez que son en puridad una garantía personal del patrocinador equivalentes a un aval a primer requerimiento, pues contienen la obligación solidaria de pago (aunque la doctrina ha discutido sobre su carácter de contrato de garantía o mera declaración unilateral habiendo prosperado de manera mayoritaria la primera posición). De aquí su etimología como cartas de apoyo, de confort, de compromiso; toda vez que su fin es asumir la deuda de otro como propia y dejar así indemne al financiado que acabará cobrando finalmente, ya sea de parte del patrocinado ya sea de parte del patrocinador.

La diversa normativa vigente sobre endeudamiento y garantías del sector público no regula las cartas de patrocinio (a excepción de lo que se dirá luego sobre el régimen de prudencia financiera), motivo por el que es pacífica la afirmación de que constituyen un contrato atípico de garantía personal (unilateral, autónomo y accesorio). Al respecto, el mayor estudio realizado lo ha hecho el Alto Tribunal que durante años ha creado una consolidada doctrina al respecto llegando a establecer los cinco requisitos que toda carta de patrocinio debe reunir para poder ser considerada como

---

<sup>537</sup> Una afirmación que encajaría en el concepto de “media” sería aquella en que la Administración patrocinadora manifestara que “*está en condiciones de poder afirmar que (el ente patrocinado) podrá cumplir con las obligaciones que pueda adquirir con motivo de la formalización de la concreta operación de financiación, y que realizará sus mejores esfuerzos para el buen fin de la misma*” y/o que “*responderá en última instancia (la Administración patrocinadora) del buen fin de la misma.*” La obligación de mejores esfuerzos no implica que el patrocinador vaya a pagar, y la mención de responder en última instancia es confusa ya que no aclara respecto de qué en concreto se responderá.

<sup>538</sup> Y, una afirmación que encajaría en el concepto de “fuerte” sería aquella en que la Administración patrocinadora manifestar que “*está en condiciones de poder afirmar que (el ente patrocinado) podrá cumplir con las obligaciones que pueda adquirir con motivo de la formalización de la concreta operación de financiación, motivo por el que (la Administración patrocinadora) garantiza del buen fin de la misma motivo por el que, en caso de impago de parte de (el ente patrocinado) pagará (la Administración patrocinadora).*” Nótese que estas tres notas a pie de página han sido redactadas ya como si quien emitiera la carta de compromiso fuera una Administración Pública.

fuerte o dura, los cuales aparecen transcritos en su último pronunciamiento sobre la materia, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 440/2015, de 28 de julio (Sala de lo Civil, Secc. 1ª) (recurso de casación núm. 1865/2013) (RJ 2015\4899), a cuyo tenor señala que (FJ 1), como *ratio decidendi* utilizada por el tribunal de primera instancia “*se está ante una carta de patrocinio fuerte y que responde a la naturaleza de un contrato de garantía atípico, al concurrir los requisitos de la intención de obligarse a prestar apoyo financiero por parte de la empresa matriz a la filial; que la obligación resulte clara; que el firmante de la carta tenga facultades para obligar al patrocinador a un contrato análogo al de fianza; que las expresiones contempladas en la carta sean determinantes para la conclusión de la operación; y que la relación de patrocinio tenga lugar en el ámbito o extensión propia de sociedad matriz y sociedad filial.*”<sup>539</sup>

Es importante destacar que, precisamente, esta última Sentencia del Tribunal Supremo viene a realizar un estudio de profundidad sobre la figura que, aún basándose en sus anteriores pronunciamientos, viene a desarrollar, puntualizar y matizar la naturaleza y alcance de las cartas de compromiso, siendo que: (i) por un lado, deja claro que sólo serán tales las cartas de tipo fuerte o duras, no mereciendo esta clasificación las de tipo débil<sup>540</sup>; y (ii) que estas cartas son verdaderas garantías personales atípicas “*con personalidad propia y diferenciada*”, cuya tipicidad se extrae

---

<sup>539</sup> Cfr. con las precedentes Sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo: (i) núm. 717/1995, de 10 de julio (recurso de casación núm. 1129/1992) (RJ 1995\5561) que alude al principio de autonomía de la voluntad de las partes para constituir garantías, personales y reales, en los contratos de financiación; (ii) núm. 529/2005, de 30 de junio (recurso de casación núm. 108/1999) (RJ 2005\5089) en donde reconoce su origen anglosajón y distingue entre las débiles y las fuertes; (iii) núm. 96/2007, de 13 de febrero (recurso de casación núm. 5390/1999) (RJ 2007\684) en donde reitera su doctrina anterior ante una carta de patrocinio de carácter débil (FJ 5); y (iv) núm. 197/2009, de 18 de marzo (recurso de casación núm. 1431/2005) (RJ 2009\1656) en donde refiere que son (FJ 2) “*una nueva figura del tráfico bancario y que ya gozan de naturaleza en nuestra jurisprudencia*” y luego matiza las débiles como “*simples recomendaciones que no sirven de fundamento para que la entidad crediticia pueda exigir el pago del crédito a la entidad patrocinadora.*” Toda esta doctrina baja la existencia de las cartas de patrocinio al amparo de la autonomía de la voluntad contractual del artículo 1.255 del CC.

<sup>540</sup> Precisamente, a estas cartas fuertes o duras, el Alto Tribunal les reconoce uno de los dos presupuestos habilitantes que es el compromiso obligacional claro e inequívoco del patrocinador, quedando pues al margen (FJ 3.3) “*toda declaración de mera recomendación o complacencia, sin voluntad real de crear un auténtico vínculo obligacional.*” El segundo presupuesto es el carácter recepticio de la carta de conformidad que debe ser aceptada por el acreedor en orden a la realización de la operación proyectada, aunque esta aceptación “*no tiene carácter formal o expreso, pudiendo ser tácita o presunta, particularmente inferida de la relación de causalidad entre la emisión de la carta de patrocinio y la realización o ejecución de la financiación prevista.*” (FJ 3.3).

de la función negocial de esta práctica, sobre las que “*no se infiere, salvo pacto expreso de las partes al respecto, que resulte de aplicación el régimen legal previsto para el fiador en el contrato de fianza.*” (FJ 3.5). Esta segunda afirmación supone una superación de la doctrina consolidada en la medida que separa claramente la carta de conformidad de la fianza, salvo que las partes hayan establecido expresamente tal remisión.

En base a esta doctrina jurisprudencial, en la actualidad cabe concebir las cartas de compromiso como verdaderos contratos de garantía personal, con sustantividad propia y pactos propios, *a priori* no equiparables a la fianza como también apunta BROSETA<sup>541</sup>, con carácter absolutamente instrumental de la operación de financiación principal, cuya finalidad y contenido no es otro que incluir una verdadera obligación del patrocinador de indemnidad patrimonial del beneficiario respecto del buen fin o resultado de la operación financiera proyectada, debiéndose de tener en especial consideración que (FJ 3.5) “*el compromiso indemnizatorio asumido puede ser mayor que la prestación programada*” por lo que *a priori* no resulta de aplicación el límite de la extensión máxima de la obligación del fiador prevista para la fianza, ni por ello tampoco aplicaría el beneficio de excusión a favor del fiador.

Además, esta importante Sentencia también ha ampliado el ámbito subjetivo de la condición de patrocinador (como continuación de su anterior Sentencia de 13 de febrero de 2007), afirmando que también acreedores del patrocinador podrían ser patrocinados (FJ 3.3): “*la relación concreta que se derive entre el patrocinador y el patrocinado, particularmente de que esta relación se dé, necesariamente, en el ámbito de una sociedad matriz respecto de su filial, sólo debe resultar justificativa de la validez de la «causa credendi» que sustenta el compromiso obligacional. De forma que cabe admitir cualquier marco relacional que justifique la validez del interés propio, en la atribución o ventaja que para el patrocinador pueda representar la realización de las operaciones financieras proyectadas; bien responda el marco*

---

<sup>541</sup> BROSETA PONT, Manuel y MARTÍNEZ SANZ, Fernando. *Manual de Derecho Mercantil*, Volumen II, editorial Tecnos, 23ª edición, Madrid, 2016, pág. 233; en donde alerta sobre las dificultades interpretativas y al grado de coercibilidad, así como la necesidad de atender a la casuística, concluyendo que “*se llega a discutir que nos encontremos ante una verdadera garantía. Desde luego, no resulta posible apreciar en ellas las notas de la fianza.*”

*relacional a la anterior circunstancia señalada, o bien a otras diferentes, como su condición de acreedor o de accionista.”*

Con esta mención, el Tribunal Supremo ha reconocido la condición subjetiva de patrocinador a las Administraciones Públicas, no ya respecto de sociedades mercantiles públicas patrocinadas (toda vez que ello encajaría plenamente en la jurisprudencia constante de dicho Tribunal en lo relativo a sociedades de un mismo grupo y la condición de matriz y filial), sino respecto de entes y organismos públicos, dependientes o vinculados a aquella. Ello sobre la base de que el Alto Tribunal estima como circunstancia habilitante *“cualquier marco relacional que justifique la validez del interés propio”* y está fuera de duda que la Administración Pública dentro de cuyo ámbito SEC o no SEC se halle un ente u organismo público con necesidades o dificultades de financiación será una clara circunstancia de actuar bajo un interés propio, a fin de atribuir una ventaja que sería la de evitar la frustración del fin y de la economía de dicho ente u organismo público. En consecuencia, se afirma que la jurisprudencia del Tribunal Supremo da base suficiente para entender que las cartas de patrocinio que emitan Administraciones Públicas a favor de sociedades mercantiles públicas de las que sean accionistas, o a favor de entes u organismos públicos de su ámbito SEC o no SEC; son todas ellas cartas de patrocinio fuertes en el sentido dado por el propio Tribunal Supremo.

#### *B) Dificultades de aplicación al ámbito negocial público-privado*

Sentada la anterior conclusión, resulta que sin embargo la traslación de este tipo de garantía al ámbito de la contratación bancaria de las Administraciones Públicas no está exento de dificultades porque, como se ha indicado, es una garantía en origen pensada para ser aplicada en el marco de relaciones entre empresas privadas y entidades financieras y, en particular, dentro de grupos societarios frente al financiador. Por ello, en el marco de la financiación pública el sujeto patrocinador debería ser la Administración Pública (estatal, autonómica o local) y el sujeto patrocinado debería ser una entidad, organismo o sociedad pública dependientes o vinculadas con aquella Administración; además de la entidad financiadora que seguiría siendo el beneficiario. Hasta aquí se podría dar la analogía de sujetos intervinientes y parecería que, bajo la interpretación hecha por el Alto Tribunal, tal interpretación sería lógica, coherente y correcta. Y, en lo relativo a las manifestaciones y a las obligaciones

de hacer o no hacer propias de la carta de patrocinio, también podría existir cierta identidad toda vez que la Administración Pública podría válidamente y conforme a Derecho formular las manifestaciones típicas para estos casos.

Pero las dificultades que se presentan son dos. Por un lado, (i) sobre las obligaciones de hacer o no hacer: la Administración Pública no puede comprometerse de antemano a hacer o no hacer determinadas cosas sin perjuicio del interés público, por lo que dichas obligaciones que asuma deberán ser en todo caso condicionados, explícita o implícitamente. No es imaginable que una Administración Pública pueda, por ejemplo, asumir la no variación de la composición accionarial de una sociedad pública de la que sea accionista único o la no extinción de la personalidad jurídica de la entidad u organismo público, con carácter absoluto, toda vez que en un futuro y por motivos y necesidades públicas pudiere ser conveniente proceder a la venta parcial de acciones o incluso a la extinción de aquella sociedad. Tales circunstancias, que irían en contra de lo manifestado en la carta de patrocinio y eventualmente, por parte de la entidad financiera, se podría considerar como un incumplimiento de los términos de la propia carta, aunque en puridad la Administración Pública habría actuado movida por el interés público (superior al privado) y los principios que rigen su actuación, entre ellos el principio de legalidad, toda vez que por cambios normativos posteriores podría suceder que tuviere que tomar ciertas decisiones impensables con anterioridad<sup>542</sup>.

---

<sup>542</sup> Es lo que ha sucedido en virtud de la regulación contenida en el artículo 96 de la LRJSP, que obliga disolver organismos públicos estatales cuando concurren determinadas circunstancias, convirtiéndolo en una verdadera facultad reglada y, además, imperativa para la Administración General del Estado. A parte de las circunstancias estatutarias que serán conocidas por todos en el momento de firmar la carta, el referido artículo 96.1 prevé otras dos que son de impredecible acaecimiento pero que su concurrencia obligará a disolver (a saber, cuando del seguimiento del plan de acción resulte el incumplimiento de los fines que justificaron la creación del organismo o que su subsistencia no es el medio más idóneo para lograrlos y así se concluya en el control de eficacia o de supervisión continua; y por encontrarse en situación de desequilibrio financiero durante dos ejercicios presupuestarios consecutivos). En todos estos casos, visto que el artículo 97.3 de la LRJSP prevé la subrogación de la Administración General del Estado “*en todas las relaciones jurídicas que tuviera el organismo público con sus acreedores, tanto de carácter principal como accesorias (...). Esta subrogación no alterará las condiciones financieras de las obligaciones asumidas ni podrá ser entendida como causa de resolución de las relaciones jurídicas.*” Ante lo que sucedería que la carta de patrocinio habría quedado sin sujeto patrocinado y, frente a la entidad financiera el nuevo deudor sería la Administración General del Estado (novación subjetiva *ex lege*) por lo que, en puridad, la carta de patrocinio habría quedado sin contenido por confusión de derechos en la Administración General del Estado de la condición de patrocinador y patrocinado. Por ello, la entidad financiera habría perdido *strictu sensu* la carta de patrocinio pero tendría un nuevo deudor (el Estado directamente) cuya solvencia se presume y no necesita ser garantizado por ninguna otra Administración.

Además, no se puede olvidar que la Administración goza también de potestades discrecionales en cuanto se trata de defender el interés público.

Por todo lo que en ningún caso se podrá equiparar a la Administración Pública patrocinadora con la empresa privada patrocinadora, ya que la primera se rige por el derecho público y la segunda por el derecho privado, afirmación que ya de per se denota la posible incompatibilidad de la Administración Pública para actuar como patrocinadora en términos equivalentes a los que lo hace una empresa privada. En puridad, la empresa privada defiende sus intereses, privados, que son también los de la empresa filial patrocinada, y todo ello dentro de la esfera estrictamente privada y de intereses de la sociedad y, en su caso, del grupo empresarial que conforma. En cambio, la Administración Pública aúna la defensa de todos los intereses públicos posibles, es la competente para decidir las políticas públicas que le competen y su actuación debe estar regida por la estricta sumisión a la ley y al Derecho, según el mandato constitucional. Ante ello, la comparación de la Administración Pública con la empresa privada a efectos de las cartas de conformidad resulta, además de peligrosa, irreal. Precisamente, por las limitaciones legales que incumben a la Administración Pública.

Y la mayor limitación legal con la que se puede encontrar en materia de cartas de compromiso, toda vez que las manifestaciones y obligaciones de hacer o no hacer comentadas podrían ser eventualmente no recogidas en una carta de patrocinio, es la limitación relativa al pago. Y el compromiso de pago es el *quid* de la carta de patrocinio. Por tanto, si el pago no está asegurado bajo la carta de patrocinio, no hay carta de patrocinio fuerte, que es la que interesará al financiador. Y, por tanto, sin carta de patrocinio fuerte lo más probable es que no se obtenga la financiación por no poderse ofrecer la garantía esperada por el sector financiero. Aunque si la entidad financiera aceptase una carta de patrocinio débil, esto es, que no incluya obligación de pago, dicha carta podría valer como garantía a la entidad financiera aunque es un escenario poco realista o, a lo sumo, un escenario equivocado para la entidad financiera.

Sobre la base de lo comentado en el párrafo inmediatamente anterior cabe puntualizar que el pago que asegura una carta de patrocinio dura bajo derecho privado, si este pago lo tiene que asegurar una Administración Pública, aunque firmase esta carta frente a la entidad financiera, la Administración Pública debería considerar la

carta como aval y, por ello, dotar sus presupuestos por el importe de dicha carta o aval. Es decir, la emisión de una carta de compromiso por parte de una Administración Pública, traducida esta afirmación bajo la normativa de endeudamiento y hacienda pública, equivale a afirmar que la Administración Pública ha emitido un aval. Esto no sucede así en el ámbito de las relaciones entre sujetos privados, pero necesariamente debe ser así cuando el patrocinador es una Administración Pública, en acatamiento de la normativa que le vincula.

Y es que, si se analiza la normativa sobre endeudamiento público estatal, autonómica y local no se halla una referencia expresa a la posibilidad de otorgar cartas de compromiso como documentos autónomos e idénticos a las que se emiten en el sector privado. De hecho, hasta recientemente a raíz del principio de prudencia financiera no ha aparecido una mención en nuestro ordenamiento jurídico a este tipo de garantías que se han comparado por el legislador a los avales. Antes, por tanto, de la consagración de aquel principio, en el ordenamiento jurídico español no se mencionaban las cartas de compromiso, por lo que procedía la aplicación de la analogía de la que únicamente se podía llegar a la conclusión de que la carta de patrocinio fuerte era un aval y, por lo tanto, debían seguirse todos los trámites de concesión de avales para emitir una de ellas. Trámites que, no se puede olvidar, exigen habilitación previa en la correspondiente ley de presupuestos anual del Estado y de las CCAA, y la no superación de los máximos de endeudamiento previstos en la normativa aplicable a las EELL. Por tanto, el obstáculo legal estaba presente en todo momento y, por mucho que la Administración deseara emitir el aval, si no se lo podía permitir por motivos legales y presupuestarios, era ilegal emitir el aval y, por tanto, no se podía emitir en ningún caso. En cualquier caso, el riesgo de ilegalidad de la carta de patrocinio puede suponer la frustración de la operación financiera principal, por lo que el acatamiento de las limitaciones legales es fundamental y, por ello, la emisión de cartas de patrocinio debe ir siempre precedida de un estricto control de legalidad de parte de la Administración Pública patrocinadora (amén de las revisiones que pudiere también llevar a cabo el financiador, éste no tendrá en muchas ocasiones toda la información contable y presupuestaria necesaria a su mano para poder finalmente decidir sobre la plena legalidad o no de la carta de patrocinio ofrecida. *In extremis*, la anulación posterior de una carta de patrocinio, si es por causa de nulidad de pleno Derecho, acarreará efectos *ex tunc* por lo que el financiador habrá perdido la ratio



sobre cuya base concedió su financiación sin perjuicio de la reclamación de los daños y perjuicios que se le irroguen por la nulidad<sup>543</sup>.

Otra cosa eran las cartas de patrocinio débiles que, al contener meras manifestaciones, sí se podían emitir pero no en concepto de contrato de garantía, sino como manifestaciones sin contenido obligacional, lo cual no presenta atractivo alguno para la entidad financiera y lo más probable es que no fueren admitidas como garantía. Si las manifestaciones presentaban también alguna con contenido obligacional, cabía tener en cuenta lo comentado anteriormente sobre los límites de interés público frente a tales manifestaciones ya que, en caso de tener que incumplir *a futuro* alguna de ellas, la entidad financiera podría reclamar daños y perjuicios a la Administración Pública declarante por haber incumplido aquello a que se había obligado. Probablemente, esta reclamación pudiere prosperar toda vez que la Administración Pública habría actuado contraviniendo la ley y, por tanto, formulando una declaración nula y de este funcionamiento anormal se derivaría un deber de indemnizar en caso de existir daños económicos, ciertos y reales; aplicándose por tanto la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración, aunque FUENTES<sup>544</sup> pone en duda su viabilidad en base a la diligencia que se presupone a la entidad financiera, aunque ello sería al final una cuestión de prueba en cada caso concreto. Por lo que no es un escenario aconsejable para la Administración Pública siquiera el de emitir cartas de patrocinio débiles.

### *C) Tipificación de la figura en el ámbito de las CCAA y EELL*

Como se ha indicado, la tipificación de las cartas de patrocinio se halla prevista en normativa reciente. En la medida que el principio de prudencia financiera resulta de

---

<sup>543</sup> Aunque no ha habido pronunciamiento judicial al respecto, ejemplo de ello es la declaración de nulidad de una carta de patrocinio firmada por el Ayuntamiento de Valladolid por su contravención de la ley (artículo 52.2 del TRLHL, Disposición Final Decimoquinta.2 de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2011, y 62.1 de la LRJPAC), según acta del acuerdo de Pleno del 1 de septiembre de 2016 (consulta del día 15/06/17): <http://www.valladolid.es/es/ayuntamiento/corporacion-municipal/organos-gobierno/pleno/sesiones-plenarias/acuerdos-adoptados-pleno/acuerdos-adoptados-pleno-corporacion-dia-1-septiembre-2016>

<sup>544</sup> FUENTES NAHARRO, Mónica. *Las cartas de patrocinio y la cuestionada juridicidad de las cartas débiles*, en la obra de FLORES DOÑA, M<sup>a</sup> de la Sierra y RAGA GIL, José Tomás. *El préstamo hipotecario y el mercado del crédito en la Unión Europea*, editorial Dykinson, 1<sup>a</sup> edición, Madrid, 2016, pág. 272; en donde también afirma que las débiles “no son en absoluto instrumentos inocuos o irrelevantes para el mundo del Derecho.”

aplicación a las CCAA y a las EELL pero no al Estado, la tipificación se ha producido en el marco de la normativa autonómica y local, pero no en la estatal<sup>545</sup>. En el ámbito autonómico, cuando el artículo 13 bis de la LOFCA define las “operaciones financieras” en su apartado 2 prevé que las mismas podrán ser: activos financieros, pasivos financieros y “La concesión de avales, reavales u otra clase de garantías públicas o medidas de apoyo extrapresupuestario.” La mención a “otra clase de garantías públicas” alude directamente a las cartas de patrocinio duras, y la mención de “medidas de apoyo extrapresupuestario” aludiría a las cartas de patrocinio débiles, resultando especialmente revelador la palabra “extrapresupuestario” que permite entender que si hay alguna que no estará garantía que podría estar fuera de los presupuestos, todas las demás no.

A *sensu contrario*, pues, está diciendo que todas las garantías que no sean medidas de apoyo presupuestario van a ser garantías presupuestadas y, consiguientemente, sólo se podrán emitir si la normativa presupuestaria lo permite. Por lo tanto, el legislador se ha ocupado de dar encaje expreso de esta tipología de garantías. Y la consecuencia de ello es que ambos tipos de cartas las sujeta al régimen de prudencia financiera, de lo que se observa la rigidez del legislador al tratamiento de estas figuras. Nótese que las enumera en el mismo listado que los avales y los reavales, bajo una única categoría dentro del artículo 13.2 bis, letra c) de la LOFCA, lo cual resulta elocuente de la voluntad del legislador de tipificar la realidad existente en la práctica comercial dentro de la normativa aplicable a la Administración Pública a fin de otorgar mayor seguridad jurídica en el marco de las relaciones económicas en el que se vean implicadas aquellas Administraciones.

Respecto de las EELL, una regulación idéntica a la contenida en el artículo 13.2 bis letra c) de la LOFCA, se contiene en el artículo 48.2 bis letra c) del TRLHL.

Bajo esta regulación ya no puede quedar duda alguna de que las cartas de patrocinio no son pactos o documentos *sui generis* y de carácter estrictamente privado, sino que pueden ser efectivamente concedidos por Administraciones Públicas pero

---

<sup>545</sup> Cabe recordar que el artículo 111.3 de la LGP prevé la aplicación del principio de prudencia financiera a “los organismos y entidades integrantes del sector público estatal” pero esta previsión está pendiente de desarrollo por parte de la CDGAE. En su caso, el acuerdo de dicha Comisión podría eventualmente hacer referencia a la cartas de patrocinio, o no.

que, sin perjuicio de su denominación, van a tener la consideración de aval. Se observa, por tanto, que, a pesar de la denominación que reciban y llegados a este punto, la figura de la carta de patrocinio propia del derecho privado ha quedado transformada en otra cosa, para el ámbito negocial con el sector público, desde el momento que el legislador la ha incluido en la normativa aplicable a las Administraciones Públicas. es decir, ya no se puede afirmar que una carta de patrocinio emitida por una Administración Pública es lo mismo que una carta de patrocinio emitida por una empresa privada, ya que la afirmación correcta es que: mientras que una empresa privada ha podido emitir una carta de patrocinio, dura o débil, la Administración Pública sólo habrá podido emitir un aval o una carta de patrocinio débil o muy débil.

En todo caso y en virtud de los artículos 13.2 bis letra c) de la LOFCA y 48.2 bis letra c) del TRLHL, la emisión de una carta de patrocinio fuerte o dura deberá en todo caso sujetarse al régimen previsto en cada una de estas leyes sobre concesión de avales, autonómicos y locales, y además al desarrollo del principio de prudencia financiera que ha hecho la SGCAL cuando sus beneficiarios sean personas privadas.

Y, cuando la carta a emitir pudiera considerarse débil, debiéndose en todo caso realizar el oportuno juicio valorativo acerca del carácter indudablemente débil de su contenido, la emisión de la misma debería ser redactada en términos lo suficientemente claros para dejar fuera de su alcance cualquier compromiso de pago, directo o indirecto, de parte de la Administración patrocinadora. De hecho, las cartas de patrocinio débiles no deberían tener cabida en el ámbito del sector público ya que, sobre la base del análisis anterior, se confirma su difícil encaje en el marco de las relaciones público privadas de financiación, que no es comparable al efecto que producen en el marco de las relaciones estrictamente privadas de financiación.

En puridad, una carta de patrocinio débil emitida por una Administración sería una suerte de *tertium genus*, de difícil clasificación, incómodo para la Administración, sin contenido garantista para la entidad financiera, de imposible ejecución (en la medida que de una carta de compromiso totalmente débil no dimanarían obligaciones de ningún tipo) y, por tanto, un verdadero documento de maquillaje de la operación que, llegados a este punto y observado su contenido y falta de finalidad y razón de ser, sería más bien un documento vacío de contenido, trasladado de un ámbito privado en el que

sí tiene sentido pero trasladado a un ámbito público en el que resulta innecesario y carente de significación negocial y jurídica.

Aunque la Administración Pública dijera, en virtud de una carta de patrocinio débil, que conoce la financiación, esta afirmación no habilitaría a la entidad financiera a deducir de la misma que, en caso de impago del sujeto patrocinado, le pudiese reclamar hacer dotaciones presupuestarias específicas al mismo. Todo ello debería ser objeto de un análisis más de conjunto, sobre la base de la normativa reguladora de tal entidad u organismo, o bien de sus estatutos si es una sociedad mercantil, y analizar si efectivamente el patrocinador tiene la obligación de insuflar fondos al patrocinado. Si la tiene, no será una obligación exigible en virtud de la carta de compromiso débil, sino que lo será en virtud de la propia normativa reguladora o de los estatutos.

Además, no se puede olvidar que, al menos en el ámbito de las EELL, la concertación de operaciones financieras por parte de los entes, organismos y empresas públicas precisa, como requisito de validez, la aprobación previa de la Administración Local titular de las mismas, por lo que en este caso es del todo evidente que la Administración Local, matriz o titular de los entes, organismos o sociedades financiadas, conocía que las mismas iban a concertar una operación de financiación que en ningún caso habrían podido formalizar sin la expresa autorización de aquella.

Por último, en cuanto a la Administración General del Estado, a pesar de que no aplique el régimen de prudencia financiera y por ello no haya una tipificación de las cartas de patrocinio en la normativa estatal, aplicaría todo cuanto ha sido expuesto con anterioridad, en tanto que régimen tradicionalmente aplicado en nuestro ordenamiento jurídico en lo relativo a las cartas de patrocinio, fuertemente desarrollado por el Tribunal Supremo y a cuyo tenor, si se trata de conceder una carta de patrocinio fuerte o dura, se deberá seguir el procedimiento de concesión de avales del Estado con habilitación legal expresa<sup>546</sup>. Y si se trata de conceder una carta de patrocinio débil,

---

<sup>546</sup> Prueba de ello fue la primera ley orgánica aprobada después de casi un año de Gobierno en funciones, la Ley Orgánica 1/2016, de 31 de octubre, de reforma de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera; en cuya virtud y entre otros contenidos, en su Disposición Final Segunda sobre *“autorización para la formalización de garantías”*, habilita expresamente a la entidad pública empresarial del Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) y a SEPES Entidad Pública Empresarial del Suelo *“para que procedan a la formalización de las garantías correspondientes a través de la suscripción de las*

deberá verse exactamente el alcance de sus manifestaciones u obligaciones para dirimir si debe sujetarse igualmente al procedimiento de concesión de avales del Estado o bien pueden emitirse, en tanto que documento privado, con los pactos deseados por las partes pero con los límites dimanantes del interés público que deberían ser incluidos como condiciones de la carta, esto es, como verdaderas condiciones resolutorias<sup>547</sup>.

#### *D) Carta de patrocinio fuerte versus promesa de aval*

Para terminar cabe aludir al supuesto en que la Administración Pública, bajo la apariencia de conceder una carta de patrocinio fuerte o dura, lo que haga en realidad es no asumir el impago del patrocinado, pero sí ofrecer un aval llegado este caso. Esto es, que la Administración Pública se comprometa a entregar un aval en el caso de que exista impago efectivo del patrocinado.

Como se ha indicado en varias ocasiones, al amparo de la autonomía de la voluntad las partes pueden libremente pactar lo que deseen, siendo éste un principio cardinal de la teoría de los contratos bajo el CC. Sin embargo, cuando una de las partes contratantes es una Administración Pública, estos pactos deberán ser conformes a la ley aplicable a ésta, sin perjuicio de que todo pacto realizado al amparo de la autonomía de la voluntad debe ser siempre conforme a la ley (artículo 1.258 del CC). Por lo comentado anteriormente, la emisión de un aval de parte de una Administración Pública siempre debe estar fundamentado en la normativa presupuestaria aplicable a esta Administración.

---

*oportunas cartas de conformidad o de patrocinio solicitadas por las Entidades Financieras.*” Todo ello en el marco de una determinada y previa operación de financiación. Ello demuestra que las cartas de patrocinio que emitan entidades integrantes del ámbito SEC del Estado exigen expresa autorización por ley, lo que equivale a decir que se sujetan al mismo régimen de concesión que los avales del Estado. Nótese que en el momento en que se promulgó la Ley Orgánica 1/2016 aún no se habían siquiera aprobado los nuevos presupuestos del Estado para 2017 y, en la medida que en la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de presupuestos generales del Estado para 2016 (artículos 51 a 54) no preveían partidas expresas para los avales de ADIF y SEPES en el marco de la financiación de referencia, no había otro cauce posible para autorizar la formalización de tales cartas de patrocinio o avales que mediante ley, en aquel caso fue ley orgánica.

<sup>547</sup> En el sentido de las obligaciones condicionales del artículo 1.114 del CC, en cuya virtud del cumplimiento de la condición depende la resolución o pérdida de los derechos adquiridos por la entidad financiera beneficiaria. La redacción de la obligación como condición evitará que posteriormente la entidad financiera pudiese exigir daños y perjuicios a la Administración por incumplimiento de sus pactos *ex* artículo 1.101 del CC. Indemnización que con probabilidad la entidad financiera encauzaría por la vía del artículo 67 de la LPAC y demás relacionados, y de los artículos 31 y siguientes de la RLJSP.

Consiguientemente, la manifestación en un documento de que se emitirá un aval en un futuro si concurre un evento concreto y determinado, constituye una clara obligación suspensiva del artículo 1.114 del CC<sup>548</sup>. Dicha obligación, que podría ser perfectamente válida en un ámbito negocial estrictamente privado, podría no serlo sobrevenidamente en un ámbito negocial público privado. Y es que podría suceder que llegado el momento en que se cumpliera la condición, dicha Administración Pública no pudiese emitir el aval por exceso de endeudamiento. Sucedería entonces que la Administración no podría cumplir un compromiso al que se había obligado anteriormente. Probablemente, acontecido este escenario y ante la falta de acuerdo entre las partes, podría derivarse el inicio de acciones judiciales por cualquiera de las partes. Por un lado, la entidad financiera tendría interés en cobrar la deuda y tendría en su poder un documento con una obligación aparentemente exigible que habría sido incumplida por parte del sujeto obligado, la Administración. además, la entidad financiera estaría protegida por los principios de confianza legítima, buena administración y presunción de veracidad de los actos administrativos.

En cambio, la Administración Pública podría alegar que este pacto está subordinado a sus disponibilidades presupuestarias y que las mismas, en virtud del principio de legalidad y su notoriedad debía de entenderse en todo caso que esta obligación estaba doblemente condicionada: a que el patrocinado no pagara y a que la Administración tuviera disponibilidad presupuestaria. Sin embargo, la omisión de esta segunda condición en el documento de patrocinio sería lo que habría generado inseguridad a la entidad financiera en fraude de sus intereses. Este litigio, de resultado impredecible, no abundaría en el buen fin del negocio subyacente. En el peor de los casos, el órgano judicial podría llegar a anular y dejar sin efectos el compromiso adquirido por la Administración Pública. en este caso, muy probablemente la carta de patrocinio manifestaba que su emisión era la razón de concesión de la financiación, argumento que favorecería a los intereses de la entidad financiera a fin de poder exigir una indemnización por daños y perjuicios habida cuenta que ésta confió desde el

---

<sup>548</sup> La única regulación de la promesa de aval se halla en el artículo 46.3.a) del RGR como requisito previo para decidir la concesión de aplazamientos o fraccionamientos de pago tributarios, en donde se denomina "*compromiso de aval*". En cualquier caso, la promesa de aval la realiza el deudor, que es el ciudadano, frente a la Administración tributaria. Por lo que no está regulada expresamente la promesa de aval cuando la hace la propia Administración Pública a favor de un sujeto privado.

principio en la emisión de la carta de patrocinio para conceder la financiación o, dicho de otro modo, que sin la emisión de la carta de patrocinio la entidad financiera no habría concedido financiación alguna al patrocinado.

Sobre la base de todo ello se concluye que la emisión de promesas de aval, bajo la apariencia documental de una carta de compromiso fuerte, puede ser fuente de dificultades interpretativas y de cobro en la práctica, amén de incluso litigios judiciales que frustrarían el propio negocio. Por este motivo y por tratarse de un híbrido con alta probabilidad de ser realizado en fraude de los derechos de la parte acreedora y en potencial contravención anticipada de la normativa pública de endeudamiento, es una figura del todo a evitar emitir y aceptar en el marco de la financiación a Administraciones Públicas. En su lugar, las partes deben optar por emitir y exigir directamente un aval. El ofrecimiento y consiguiente aceptación de figuras intermedias no abunda en la seguridad jurídica ni negocial y conlleva un alto riesgo de frustración del negocio proyectado.

La promesa de aval es una garantía relativamente habitual en el marco de financiaciones con empresas privadas, aunque es más habitual la promesa de hipoteca comentada con anterioridad. Lo característico de aquella garantía es que la emitirá un tercero, en el sentido de que no es el propio deudor, que tenga algún tipo de interés con este deudor, pudiendo ser la propia matriz o algún accionista. En estos casos, que son más bien financiaciones corporativas (y no financiaciones estructuradas de proyectos como podría suceder en el caso de promesas de hipoteca) es un tipo de garantía realista en la medida que la solvencia del tercero puede ser determinante para la concesión de la financiación y, por lo tanto, se trata de una solvencia conocida *ex ante* por parte de la entidad financiera y que es totalmente determinante de la concesión de la financiación. Dicho en otros términos, si la solvencia del tercero no resulta atractiva para la entidad financiera en el momento de ofrecerla, no se va a aceptar la promesa de aval del tercero y, por tanto, la financiación no se concederá o no se concederá con esta garantía.

Por lo tanto, lo mismo debería suceder en el marco de una financiación ofrecida a una entidad, organismo o empresa pública, en donde la Administración Pública pretende ofrecer una promesa de aval. Aquí la entidad financiera deberá valorar *ex ante* la solvencia de dicha Administración y su capacidad de entregar el aval si en un momento futuro le fuere requerido. En este escenario, los riesgos analizados pueden ser calibrados como elevados por el hecho imprevisto de que, por un lado, los presupuestos públicos no permiten *prima facie* la asunción de gastos no previstos (si no es mediante procedimientos de suplemento o modificación de créditos, que igual llegado el caso no se podrán acometer), y la evolución de la capacidad de pago de la Administración, además del rígido régimen jurídico aplicable a la emisión de avales. La suma de estos factores puede ser más favorable a la desestimación de la promesa de aval como garantía fiable y segura, precisamente por no poder entender *a priori* que en un momento futuro incierto la Administración podrá entregar un aval sin más por el importe de la deuda y con rapidez. Aun siendo una Administración Pública en situación de superávit, la emisión del aval requeriría la tramitación del oportuno expediente administrativo y el pago en función de las disponibilidades presupuestarias, y sino bajo los presupuestos del siguiente ejercicio presupuestario. Esto en el mejor escenario posible, como se ha dicho.

Consiguientemente, la promesa de aval, importada de la práctica comercial estrictamente privada, no parece una garantía sólida y segura, como lo sería en la práctica privada o como se podría entender que lo es en la práctica privada en base a las estimaciones y juicios valorativos que pueden hacerse en el ámbito privado, motivo por el que se considera también un *false friend* que no es íntegramente trasladable al ámbito del endeudamiento con Administraciones Públicas. y que si se pretende trasladar, no es improbable que por dificultades presupuestarias el aval no pueda ser emitido y, por ello, se frustre el fin de la garantía en forma de promesa de aval por parte de la entidad financiera y, eventualmente, para el sujeto patrocinado que, en vista de la situación de impago y de no recibir el aval prometido, la entidad financiera podrá optar por la aplicación de los mecanismos previstos en el contrato de financiación. Posiblemente esté previsto el vencimiento anticipado de la financiación en caso de impago, caso en el que el sujeto patrocinado se vería obligado a asumir el pago total e inmediato de la deuda, de no existir otras garantías posibles.



### 3.3.3. Prudencia financiera para avales y cartas de patrocinio

Como se ha anticipado, el legislador ha estimado oportuno que el principio de prudencia financiera se extienda, además de a las operaciones de endeudamiento realizadas por CCAA y EELL y su perímetro SEC, también a las operaciones con activos financieros y avales, reavales y otra clase de garantías públicas o medidas de apoyo presupuestario. Por ello, el régimen de prudencia financiera, actualmente asentado en la LOFCA y TRLHL, se halla desarrollado en tres Resoluciones ministeriales. Una de ellas, la relativa al régimen de endeudamiento, es actualmente la Resolución PF 8, dictada por la SGTPF del actual Ministerio de Economía, Industria y Competitividad. Y, para las garantías, hay otras dos Resoluciones dictadas por la SGCAL, del actual Ministerio de Hacienda y Función Pública, una para CCAA y otra para EELL, cuyo análisis se realiza a continuación.

Por un lado, la Resolución de SGCAL de 9 de septiembre de 2015 *“por la que se define el principio de prudencia financiera de las comunidades autónomas de las operaciones financieras que tengan por objeto activos financieros o la concesión de avales, reavales u otra clase de garantías públicas o medidas de apoyo extrapresupuestario”* (en adelante, Resolución PF SGCAL para CCAA)<sup>549</sup>.

En el preámbulo de esta Resolución se advierte de que *“La falta de control del riesgo y coste de estas operaciones pueden comprometer la sostenibilidad financiera de las comunidades autónomas e introducir incertidumbres sobre las futuras necesidades de financiación”*, a la vez que también deja claro que *“Las operaciones relativas a avales y garantías que incumplan las condiciones fijadas en la presente Resolución precisarán autorización del Estado.”* De ello se infiere, de entrada, que el contenido de la Resolución resulta esencial para garantizar la sostenibilidad financiera y que, al igual que con la Resolución PF 8 y sus precedentes, únicamente a través de autorización expresa se podrá excepcionar el régimen de estas Resoluciones.

---

<sup>549</sup> Esta Resolución fue publicada en el Boletín Oficial del Estado núm. 220, de 14 de septiembre de 2015. Entonces, la SGCAL pertenecía al denominado *“Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas”*, que actualmente está suprimido y sustituido por el Ministerio de Hacienda y Función Pública, en virtud del Real Decreto 415/2016, de 3 de noviembre, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales (artículo 5).

Por otro lado, la Resolución de SGCAL de 9 de septiembre de 2015 *“por la que se define el principio de prudencia financiera de las entidades locales de las operaciones financieras que tengan por objeto activos financieros o la concesión de avales, reavales u otra clase de garantías públicas o medidas de apoyo extrapresupuestario”* (en adelante, Resolución PF SGCAL para EELL).

Antes de proceder, es esencial tener en cuenta el ámbito de aplicación de sendas Resoluciones. Así, el apartado I de la Resolución PF SGCAL para CCAA prevé que la misma se aplicará a *“las operaciones de avales”* (es un concepto amplio que cabe entender incluye todas las tipologías de garantías indicadas en el título de la Resolución) *“concedidos por las comunidades autónomas en garantía de operaciones de créditos a personas físicas o jurídicas distintas de las recogidas en el ámbito de aplicación del artículo 2.1.b de la Ley Orgánica 2/2012.”* Y, el artículo 2 de la LOEPSF define el concepto de sector público previsto en su artículo 1, y lo hace sobre la base de la descripción del perímetro SEC 2010. En este sentido, el artículo 2.1. indica que dentro de este perímetro se halla *“a) Administración central, que comprende el Estado y los organismos de la administración central. b) Comunidades Autónomas. c) Corporaciones Locales. d) Administraciones de Seguridad Social.”*

Por lo anterior, el artículo 2.1.b) de la LOEPSF hace referencia al SEC CCAA, siendo este colectivo el que queda excluido de aplicación de la Resolución PF SGCAL CCAA. Consiguientemente, es una Resolución no destinada a avales, reavales y cartas de patrocinio emitidas por CCAA a favor de su ámbito SEC CCAA. Lo que equivale a entender que los avales, reavales y cartas de patrocinio que emitan las CCAA a favor de entes, organismos o entidades integrantes de su perímetro SEC CCAA, no se sujetarán a la Resolución PF SGCAL CCAA.

Lo mismo cabe indicar respecto de las EELL, toda vez que el apartado I de la Resolución PF EELL excluye de su ámbito de aplicación a las personas incluidas en el artículo 2.1.c) de la LOEPSF. Por ello, cabe concluir que los avales, reavales y cartas de patrocinio que emitan las EELL a favor de entes, organismos o entidades integrantes de su perímetro SEC EELL, no se sujetarán a la Resolución PF SGCAL EELL.

Aunando ambas conclusiones<sup>550</sup>, se formula una tercera conclusión en cuya virtud no existe desarrollo del principio de prudencia financiera en materia avales, reavales y cartas de patrocinio que sea directamente aplicable a los perímetros SEC CCAA y SEC EELL. Por lo que cabe entender que regirá única y exclusivamente en todo caso la normativa (anteriormente analizada) reguladora de su régimen de garantías. Además, cabe también añadir que lo anterior no significa que no se puedan emitir avales, reavales y cartas de patrocinio de parte de las CCAA y EELL, se pueden emitir y conforme al régimen jurídico aplicable, sin que las mismas estén sujetas al principio de prudencia financiera.

La actuación del legislador en este caso viene fundamentada por la voluntad de controlar las garantías públicas que se concedan para la actividad privada. De hecho, los fines públicos son los atendidos y salvaguardados por las Administraciones Públicas y su perímetro SEC, por lo que resulta de más difícil justificación que aquellos fines puedan ser cumplidos en ocasión de facilitar garantías de financiación a personas del sector privado. Por ello, la decisión del legislador ha consistido en limitar esta posibilidad sobre la base de premisas de tipo objetivo<sup>551</sup>, lo que en la práctica frenará facilitar garantías de este tipo. Además, cabe formular otra interesante observación al respecto, y es que el legislador, cuando ha regulado las garantías públicas para el sector privado, ha incluido intencionadamente a las cartas de patrocinio. Con este hecho cabe afirmar que se ha venido a reconocer y positivizar tanto (i) la existencia de este tipo de garantías, y (ii) el uso de las mismas en el ámbito

---

<sup>550</sup> Lo mismo cabe afirmar respecto de los territorios forales de Bizkaia y Álava. En este sentido, por un lado, la Resolución PF Bizkaia, Capítulo II, se regulan los “*avales u otra clase de garantías públicas*”, preyéndose expresamente que las corporaciones locales de Bizkaia “*sólo podrán concertar avales u otro tipo de garantía pública a personas o entidades no incluidas en el sector de las administraciones públicas*” (artículo 6). Además también indica que, además de los avales, realavales y cualquier otra clase de garantía, también se incluyen las “*cartas de compromiso concedidas por las entidades locales.*” Por otro lado, la Resolución PF, Capítulo III, ostenta una regulación idéntica a la de Bizkaia.

<sup>551</sup> En particular, dichas premisas afectan a dos magnitudes, a saber, el importe total de avales autorizado y el límite de los avales por operaciones individuales. Así, respecto de las CCAA, el importe total de avales no podrá ser superior al 1,5% de su PIB regional, y el límite por operación individual no puede ser superior a 25 millones de euros o al 0,1% del PIB de la Comunidad. Y, respecto de las EELL, el importe total de avales no podrá ser superior al 30% de sus ingresos corrientes liquidados o devengados en el ejercicio inmediatamente anterior (o, en su defecto, en el precedente a este último cuando el cómputo haya de realizarse en el primer semestre del año y no se haya liquidado el presupuesto correspondiente a aquel), y el límite por operación individual no puede ser superior al 15% de los ingresos corrientes definidos en los términos del apartado III del Capítulo I de la Resolución PF SGCAL EELL.

privado pero que conllevan algún tipo de interés para el ámbito público, en la medida que se originan en éste ámbito. De modo que, *a fortiori*, la existencia y utilización de las cartas de patrocinio se halla fuera de toda cuestión en la actualidad.

#### **4. ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS**

Sobre la base de todo cuanto ha sido explicado en este Capítulo, respecto de las posibilidades y forma de endeudamiento de las Administraciones Públicas, cabe a continuación, haciendo abstracción de todo ello, apuntar cuáles son las características definitorias y propias de los contratos de financiación y garantías celebrados por aquel colectivo *versus* los celebrados por personas sujetas íntegramente al Derecho privado.

Como ya se ha advertido, en ocasión de este análisis, se produce una combinación de regímenes jurídicos, el público y el privado, que confluyen en ocasión de este tipo de contratos, creando así una verdadera especialidad contractual y normativa. Aunque sea una especialidad y, por ello, su aplicación quede circunscrita a un ámbito subjetivo bien delimitado, no por ello deja de perder importancia, y es que se trata de un supuesto en el que claramente se produce la coetánea aplicación de dos regímenes jurídicos muy diferentes entre sí, por los objetivos e intereses defendidos, pero que resulta del todo necesaria para que el que en este caso actúa como colectivo tutelado por el legislador y los intereses públicos, que son las Administraciones Públicas, vea sus derechos salvaguardados. Esto es, que dicho colectivo pueda acudir al crédito privado y, a pesar de no ser una persona privada, pueda igualmente acceder al crédito de las entidades financieras.

Este acceso al crédito privado de parte de un sujeto público, halla expresa regulación en el ordenamiento jurídico público, según se ha explicado en las páginas precedentes. Y en aquello que no tenga regulación, le será de aplicación el derecho privado y la práctica privada, de lo que surgen las especialidades y especificidades de los contratos bancarios con las Administraciones Públicas y su perímetro SEC que se analizan a continuación.

##### **4.1. Partes contratantes**

Como se ha anticipado, las partes que concurren en una contratación bancaria en el ámbito de lo público no son las mismas que las partes que concurren en una

contratación bancaria en el ámbito estrictamente de lo privado. Entre ambos ámbitos, es cierto que hay una parte que es común: la entidad financiera. Sin embargo, la otra parte es distinta y aquí la característica fundamental de la contratación bancaria que aquí se estudia, como se verá, determina *ab initio* el régimen jurídico de la contratación y, además, limita y frena la aplicación de las cláusulas y pactos bancarios habituales. Todo ello porque, a diferencia de lo que sucede en el ámbito de la contratación estrictamente privada, en la contratación bancaria en el ámbito de lo público siempre existirá una necesidad pública subyacente que será la que justificará la procedencia de esta contratación<sup>552</sup>.

Y, por tanto, la otra parte que concurre en el ámbito de esta contratación es una Administración Pública (estatal, autonómica o local) y entes, organismos y entidades de su perímetro SEC. Las sociedades mercantiles públicas, titularidad de alguna de aquellas Administraciones o entes, organismos o entidades, ya se ha comentado que no han sido objeto de análisis en la presente tesis en la medida que ostentan un régimen jurídico ligeramente distinto y en mayor medida dominado por el Derecho privado, aunque no íntegramente.

#### **4.2. Cláusulas más habituales**

A fin de realizar el análisis de las cláusulas más utilizadas en el ámbito subjetivo descrito, es preciso partir del listado de cláusulas explicado en el apartado 2.2.2. del Capítulo I, para realizar un estudio paralelo y identificar las diferencias de una manera más clara. En este sentido, respecto de aquellas cláusulas resulta que, cuando el cliente

---

<sup>552</sup> Sobre las diferencias entre contratos privados y públicos, resulta de relevancia el estudio de YZQUIERDO TOLSADA, Mario (Dir) en la colección *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*, Tomo XIV sobre *Contratos públicos*, editorial Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, 1ª edición, págs. 48-50; “*En cambio, el Derecho público de la contratación se separa del Derecho privado y su principio de autodeterminación contractual para establecer reglas finalistas que afecten tanto a la selección del contratista como a la ejecución y cumplimiento de los contratos. Se trata de normas que no permiten que se contrate con cualquiera y que no permanecen indiferentes ante los intereses en juego durante el desarrollo de las prestaciones pactadas. Son normas que se separan (total o parcialmente, según los casos) de la lógica regulatoria de la contratación privada para la consecución de variados objetivos sociales (...). Para el Derecho público los licitadores y contratistas son un «instrumento» para la satisfacción de intereses colectivos no siempre relacionados con ellos.*” Anteriormente, el mismo autor ha explicado con detalle la esencia de la contratación privada sobre la base del principio de autonomía de la voluntad y el poder de autodeterminación de las partes.

bancario es una Administración Pública o ente, organismo o entidad de su perímetro SEC:

#### 4.2.1. Coste

Las cláusulas sobre el coste bancario (intereses y comisiones y otros gastos) se incluyen en todo caso por ser idiosincrásicas y definidoras de la naturaleza de todo contrato bancario. Sin embargo, puede suceder que, por imposición legal, el importe a cobrar al cliente bancario del sector público esté limitado y condicionado por disposiciones legales y/o reglamentarias; lo que sucede respecto de las CCAA y EELL en virtud de la aplicación del principio de prudencia financiera. En estos casos, sucede que el principio de autonomía de la voluntad del Derecho privado queda condicionado y limitado por la ley, sin perjuicio de que el beneficio bancario queda también limitado, condicionado y eventualmente perjudicado por la imposición de estas limitaciones. Queda claro, por tanto, que en caso de existir estas limitaciones normativas, el precio relativo a los tipos de interés y comisiones y otros gastos deberá ser el que esté regulado como máximo, sin que las partes puedan establecer unos precios superiores, pero sí inferiores.

#### 4.2.2. Amortización

La cláusula sobre amortización también resulta de aplicación. Sin embargo, en los endeudamientos sujetos al principio de prudencia financiera, la amortización anticipada es una facultad que está especialmente protegida y no penalizada en principio, ya que únicamente se permiten imponer costes de ruptura por amortización anticipada en el caso de operaciones a tipo de interés variable en las que la amortización anticipada se realice en fechas distintas a las de liquidación de intereses. Incluso en los supuestos en que la operación de endeudamiento fuera concertada en un contexto político diferente, la Administración Pública deberá continuar atendiendo al servicio de la deuda sin que en la actualidad quepa la repudiación de la deuda en el sentido de desatender transitoriamente el pago de las mismas<sup>553</sup>, lo que equivaldría a la

---

<sup>553</sup> Es interesante la referencia de ULLOA, Modesto. *La Hacienda Real de Castilla en el Reinado de Felipe II*, editorial Fundación Universitaria Española Seminario Cisneros, 2ª edición, Madrid, 1977, pág. 134; en cuya época se había aconsejado al Rey Felipe II repudiar las deudas por usurarias y de imposible pago, citando el jurista francés a LOYSEAU quien escribió “*si nuestros reyes pagan*

“*morosidad del Estado*” según FERREIRO, o a la “*bancarrota del Estado*” en caso de ser con carácter indefinido. Este autor advierte aunque sí que es jurídicamente aceptable dictar leyes posteriores que dejen sin efecto, total o parcialmente, contratos bancarios firmados con anterioridad o bien que los modifiquen<sup>554</sup>.

#### 4.2.3. Obligaciones asumidas

Las cláusulas que imponen obligaciones al cliente también aplican ya que este tipo de obligaciones están pensadas para el sector privado en donde la libertad de pactos es plena. En el caso de operaciones con sector público suele ser habitual que el cliente público se obligue a acreditar al banco que ha realizado la consignación presupuestaria anual correspondiente a fin de poder pagar las cuotas anuales de la financiación, lo que constituye una clara obligación de hacer frente a la entidad financiera, sin perjuicio de que la obligación de consignar en sí misma nace de la ley, sucediendo que esta obligación de hacer no se puede entender que sea una obligación nueva exigida por la entidad financiera, sino que más bien se trata de una obligación de índole documental a efectos de acreditar frente a la entidad financiera una circunstancia que el propio legislador le ha obligado hacer. Además de ésta, otras obligaciones como las de las cláusulas *pari passu*, o la de no incumplir obligaciones con este u otros bancos, cuando se imponen, suelen ser en operaciones sindicadas en las que hay diversos bancos financiadores y son operaciones de una cierta envergadura, estructuración y duración.

#### 4.2.4. Resolución y vencimiento anticipado

Las causas de resolución y vencimiento anticipado son cláusulas que deberán ser más simplificadas que en el contrato bancario con sector privado. Con el sector público, en esencia, las únicas causas de resolución que se pueden pactar y que son consistentes con la condición de entidad del sector público son esencialmente dos: (i) el incumplimiento de cualquier obligación de pago derivada del concreto contrato, y (ii) la falta de pago de el incumplimiento de cualquier obligación de pago que el

---

*ordinariamente las deudas de sus predecesores es por honor, devoción y caridad, sin estar obligados a hacerlo.”*

<sup>554</sup> FERREIRO LAPATZA, José Juan. *Curso de Derecho Financiero Español. Instituciones*, editorial Marcial Pons, 25ª edición, Madrid, 2006, págs. 186 a 187.

cliente tenga con la misma entidad financiera o con otras entidades financieras. Fuera de aquí podrían pactarse otras causas de resolución pero no tendrían carácter de generales, sino que serían causas contextualizadas con la concreta operación, por ejemplo, en caso de existir un aval público en garantía de la operación de financiación si, por el motivo que fuere, dicho aval dejara de estar vigente ello se podría haber configurado como una causa de resolución.

Es oportuno mencionar que, ante la concurrencia de una causa de resolución, en el contrato bancario se pacta que se produce el vencimiento anticipado de la financiación, la cual cosa se traduce en la obligación del deudor (cliente bancario sector público) de restituir al acreedor (entidad financiera) el importe de todo lo que está pendiente de pago, tanto lo vencido como lo que aún está por vencer. Sin embargo, a este momento toda la operación está vencida porque, precisamente, se ha declarado su vencimiento anticipado a fin de que el banco pueda reclamar el cien por cien del resto de deuda no pagada por el cliente. Ante ello, sin perjuicio de que la resolución con vencimiento anticipado es un pacto normal con el sector privado, con el sector público se encuentra, o se puede encontrar, con la dificultad de que, declarado el vencimiento anticipado por parte del banco y reclamado el pago de todo lo pendiente, el cliente sector público manifieste que no puede pagar, ya sea porque (i) no pueda conseguir la aprobación de un crédito extraordinario en su presupuesto y, por tanto, tenga que diferir la inclusión de esta partida en los presupuestos del próximo año, o (ii) no tenga posibilidades de pago presentes ni futuras, caso en el que se deberán valorar otras posibilidades de recuperación de la deuda, sin perjuicio de la vía judicial.

A este punto cabe hacer una reflexión sobre la *“exceptio non adimpleti contractus”* a la luz de lo opinado por SAINZ MORENO<sup>555</sup> para el ámbito de la contratación administrativa: *“la obligación que todo contratista tiene de mantener el servicio aun cuando la Administración no cumple con sus obligaciones contraídas (inaplicación de la «exceptio non adimpleti contractus»), tiene como límite el ejercicio «normal» de este derecho, ajustado a las exigencias de la buena fe y dentro del mantenimiento razonable de la economía del contrato”*. Aunque los contratos de

---

<sup>555</sup> SAINZ MORENO, Fernando. *La “exceptio non adimpleti contractus” en la contratación administrativa*, Revista Española de Derecho Administrativo, número 16, enero-marzo, Madrid, 1978, pág. 20.



financiación no sean contratos administrativos, no sería coherente que ante el incumplimiento de la Administración la entidad financiera mantuviera vigente el contrato porque, precisamente, la falta de pago supone *per se* una quiebra a la economía del contrato al ser contratos onerosos cuyo objeto es el dinero.

#### 4.2.5. Compensación convencional

La cláusula de compensación convencional no puede imponerse porque es contraria al régimen jurídico aplicable al cliente público. Así, en aplicación de la teoría civil general de los contratos, si se impone esta cláusula se deberá tener por no puesta. La razón de esta inaplicabilidad de la cláusula procede del principio de inembargabilidad del dinero público consagrado en los ya analizados artículo 23 y 109 de la LGP con carácter general. Además, esta misma Ley detalla más adelante que las cuentas bancarias que abran los organismos públicos estatales, cuentas que son individualmente autorizadas por la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera, excluyen la facultad de compensación. Ante esta regulación tan categórica y que resulta de aplicación supletoria al resto del sector público autonómico y local, la compensación de deudas del cliente bancario sector público con eventuales posiciones positivas que pudiera tener en el mismo banco, no es posible. Por tanto, ante esta situación, se observa que la posición del banco es más débil y con menos garantía y seguridad a la posición que tiene al banco frente a un cliente que se sujeta a Derecho privado, ya que por lo anterior se afirma que el banco no ostenta la facultad de compensación convencional con los contratos bancarios con el sector público.

Además de la referida LGP, en el ámbito de las CCAA sus leyes respectivas contienen una regulación equivalente. Y también en el ya estudiado artículo 174.2 del TRLHL se incluye una regulación similar que, dicho sea de paso, ha sido objeto de abundantes estudios doctrinales y pronunciamientos jurisprudenciales que han llegado a la conclusión de que los fondos de las entidades locales no se pueden ni gravar ni embargar, con lo cual, además de lo que acabamos de decir de que no se puede aplicar la compensación convencional, resulta que además los créditos y el dinero de los entes locales tampoco pueden darse en garantía vía prenda ni tampoco se pueden embargar por impago. Por tanto, queda patente como al dinero público ostenta una protección máxima en nuestro ordenamiento jurídico, lo que en la práctica bancaria se traduce en una muy notable restricción de las posibilidades del banco de recuperación de la deuda

en caso de impago, circunstancia que además el banco muy difícilmente podrá cubrir con garantías ya que éstas también tienen muy limitada su viabilidad y contundencia. Ante ello y sólo a la luz de este concreto punto, queda advertida la posición predominante del sector público frente al banco y la limitación de éste a los mandatos de la ley que respetan la autotutela administrativa y la titularidad de su dinero en beneficio del interés público, sin perjuicio de que también debería ser una cuestión de interés público que las entidades del sector público puedan cumplir para con sus obligaciones asumidas frente a entidades financieras privadas.

Conforme con lo anterior y en especial de lo previsto en la LGT, la facultad de compensación legal prevista en el Código Civil también queda eliminada en virtud del principio *lex specialis derogat generalis* y de *lex posterior derogat priori*.

#### 4.2.6. Garantías

Con carácter general, en operaciones de financiación con Administraciones Públicas se indica siempre el principio general de responsabilidad ilimitada del deudor, toda vez que el mismo resulta de indiscutible aplicación. Sin embargo y precisamente por las especificidades legales aplicables a los bienes titularidad del sector público, este principio general puede quedar reducido a la mínima expresión (como sucede con el principio de la autonomía de la voluntad, al que antes se ha hecho referencia) cuando el deudor es el sector público ya que sus bienes difícilmente podrán haberse dado en garantía de la financiación de modo que, lo más probable, es que la financiación se haya dado con la única garantía, que en puridad no es una garantía sino un compromiso, de la concreta entidad de consignar presupuestariamente cada año el importe correspondiente para atender al pago de las cuotas anuales de la operación de financiación, o en ocasiones asumiendo dicho compromiso con carácter plurianual.

A parte de ello, en todo caso, se incluirán las garantías que el legislador ha permitido aplicar que, en el caso de las EELL, se hallan todas ellas comprendidas en el artículo 49.5 del TRLHL (afectación de ingresos, aval, hipoteca, en esencia y en determinados supuestos tasados).

#### 4.2.7. Formalización y gastos

Es un pacto que es habitual incluir en los contratos bancarios con el sector público por los mismos motivos explicados que con el sector privado. La praxis habitual refleja que los contratos bancarios con sector público no se elevan a públicos sino que únicamente se firman por ambas partes, siendo la posible explicación lo previsto en la redacción original del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, en cuyo artículo 426 establecía que *“En la formalización de los préstamos la póliza de crédito intervenida por Agente de Cambio y Bolsa o Corredor de Comercio colegiado podrá sustituir a la escritura pública. No obstante, los contratos de préstamo concedidos por entidades oficiales de crédito, cualquiera que sea su cuantía, no necesitarán formalizarse en escritura pública, siendo suficiente el documento privado.”*

A pesar de ello, muy habitualmente, con intervención del Secretario municipal en caso de Ayuntamientos. Como se ha explicado anteriormente, la elevación a público de un contrato bancario se hace a efectos de su ejecutividad posterior en vía judicial para el caso que el cliente bancario no pague, el banco pueda ir directamente ante un juez a exigir el importe líquido de la deuda. Lo mismo debería ser predicable cuando el cliente bancario integra el sector público. Sin embargo, en este punto se deben hacer dos consideraciones: (i) por lo explicado hasta el momento, la exigibilidad de una deuda a un cliente del sector público tiene un recorrido limitado por la existencia de una regulación legal que preserva y protege el dinero público de un modo prácticamente total, y (ii) una de las partes del contrato bancario es un ente no privado sino integrante del sector público, y esta circunstancia desde la perspectiva del cliente sector público le lleva a considerar que no es precisa la elevación a público del documento, siendo que además y en el caso de Ayuntamientos muy habitualmente el Secretario municipal también firma o interviene la operación.

Esta intervención, lejos de equivaler a una intervención notarial, dota al contrato de la revisión realizada por un órgano público que le puede dar mayor veracidad al contenido del documento frente al propio cliente bancario. No obstante, el Secretario municipal no ostenta fe pública notarial, sino fe pública de los documentos que emite y que consiste en que lo que certifica es un traslado fiel de lo que ha acordado el Pleno o

el Alcalde, pero en ningún caso atribuye fuerza ejecutiva al concreto contrato bancario<sup>556</sup>. Por todo ello, los contratos bancarios con sector público no conllevan gastos de formalización. A lo sumo, podrían haber gastos derivados del asesoramiento jurídico realizado por un abogado los cuales los deberá asumir la parte que lo haya solicitado, siendo habitual en la práctica que en contratos bancarios de financiación sindicada dichos costes los asuma el cliente, que en este caso sería el cliente del sector público.

#### 4.2.8. Reclamación judicial

Al igual que sucede en los contratos bancarios con el sector privado, es una cláusula que se incluye también para contratos bancarios con el sector público. Aunque luego sea una posibilidad no utilizada por las partes, es una cláusula que se incluye para cerrar bien el contrato y no dejar indeterminada la vía de resolución de las controversias. Al respecto, en ocasiones en el contrato se puede hacer referencia a que las partes se emplazarán para dirimir sus controversias en un plazo determinado, creándose incluso en ocasiones y de antemano una comisión de seguimiento ad hoc para estos supuestos. Además, es interesante que se deje de manifiesto la sumisión de las partes a un determinado órgano judicial territorial, ya que el arbitraje es una vía de resolución de los conflictos que no se admite para todos los entes del sector público y que, por tanto, en caso de que se desee escoger, se deberá tener en cuenta si el concreto cliente bancario del sector público se puede someter a él.

#### 4.2.9. No hay desistimiento

La cláusula de desistimiento no se incluye en contratos bancarios con el Administraciones Públicas ya que, según comentado anteriormente, es una cláusula propia y paradigmática de los contratos bancarios celebrados con consumidores, y los entes integrantes del sector público no ostentan esta condición.

---

<sup>556</sup> *Vid.* artículos 1 a 3 del Real Decreto 1174/1987, de 8 de septiembre, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de la Administración Local con habilitación de carácter nacional; en desarrollo del artículo 92.3.a) de la LBRL. En particular, le corresponde autorizar “*las actas de todas las licitaciones, contratos y documentos administrativos análogos en que intervenga la Entidad*” (artículo 2.h) y “*acompañar al Presidente o miembros de la Corporación en los actos de firma de escrituras y, si así lo demandaren en sus visitas a autoridades o asistencia a reuniones, a efectos de asesoramiento legal.*” (artículo 3.e). De lo que no se desprende en ningún momento que el Secretario pueda autorizar con su firma los contratos de financiación bancaria, ni ningún otro.

#### 4.2.10. Cesión del contrato

Es una cláusula que se incluye habitualmente en los contratos y que opera de manera idéntica al ámbito privado.

Llegados a este punto se han explicado ya las particularidades y cláusulas propias de los contratos de financiación con Administraciones Públicas, como corolario del estudio previo que le precede. Asimismo, a este punto se ha desarrollado ya el cuerpo de la presente tesis, motivo por el que únicamente queda por formular las conclusiones a las que se ha llegado, lo que se aborda en el siguiente Capítulo V.

## CAPÍTULO V

### *CONCLUSIONES*

La presente tesis ha explicado, partiendo de una única realidad práctica, la interrelación entre dos ramas jurídicas que tradicionalmente han evolucionado bajo criterios y necesidades muy diferentes: el Derecho público y el Derecho privado. Esta confusión de ramas jurídicas ha venido provocada por la concurrencia de las Administraciones Públicas a las entidades financieras, ya sea en busca de financiación bancaria, ya sea en busca de la gestión de los cobros y pagos de la hacienda pública.

Esta realidad fáctica ha provocado la necesaria combinación de normas de Derecho público y de Derecho privado y la aplicación unitaria de regímenes e instituciones particulares y peculiares de cada uno de ellos de manera complementaria. El resultado es la satisfacción del interés público a través de un ordenamiento jurídico *ad hoc* que permite la contratación bancaria con las Administraciones Públicas y, por ende, la satisfacción de necesidades públicas que es lo que justifica que este especial y complejo entramado jurídico haya sido posible y parte integrante de nuestro ordenamiento jurídico.

Sobre la base de las anteriores consideraciones, analizadas desde la perspectiva del Derecho, y acompañándolas de reflexiones de carácter histórico, económico, filosófico en algún momento y eminentemente práctico, a continuación se desarrollan las conclusiones de la tesis.

Todas ellas se formulan de manera constructiva y con ánimo de ser de ayuda o iluminación en el ámbito del estudio realizado y de la perspectiva de mejora del ordenamiento jurídico español vigente en aras a la mayor seguridad jurídica y, por ende, mejor satisfacción de intereses públicos y privados.

***PRIMERA.- Sobre la interconexión del Derecho público y del Derecho privado en la contratación bancaria de las Administraciones Públicas***

***I.1. Perspectiva teórica***

El Derecho público, por un lado, y el Derecho privado, por otro, confluyen cuando las Administraciones Públicas convienen los denominados “*contratos de financiación bancaria*” y los “*contratos de servicios bancarios*” con entidades financieras. En este sentido, sendos contratos, que pueden catalogarse como “*contratos bancarios con Administraciones Públicas*”, provocan una necesaria aplicación conjunta de normas de Derecho público (ramas del Derecho Administrativo y Derecho Financiero) y de Derecho privado (ramas de Derecho Mercantil y Derecho Bancario), bajo un único documento contractual y de manera complementaria y con recíproca influencia<sup>557</sup>. Por ello puede decirse que se trata de contratos mixtos, en contraposición a los contratos estrictamente regidos por el Derecho público o a los contratos estrictamente regidos por el Derecho privado.

La aplicación simultánea de ambos regímenes hace igualmente reconocible a la Administración Pública, en tanto que sujeto que sigue manteniendo su régimen propio y diferenciado como persona jurídica pública, aunque a su vez se sujeta a términos y pactos contractuales propios del tráfico privado.

Esta conclusión, que es la primera y de índole más global a la que se ha llegado después de la realización de la presente tesis y, a su vez, constituye la premisa de la Conclusión final.

***I.2. Perspectiva práctica***

Sin perjuicio de lo anterior y de la apriorística remisión hecha en la normativa pública al Derecho privado para regular las operaciones de financiación bancaria de las Administraciones Públicas, del análisis del conjunto de la normativa

---

<sup>557</sup> NEBREDA PÉREZ, Joaquín María. *Manual de Derecho de la Contratación Privada y Pública*, Colección *Manuales*, editorial Iustel, 1ª edición, Madrid, 2005, págs. 310 a 311; sobre la relación entre el Derecho público y el Derecho privado afirma que “*Por las dos ramas jurídicas que en absoluto son contradictorias sino, muy al contrario, complementarias y de recíproca influencia.*”

aplicable a aquellas operaciones se desprende la más que notable presencia del Derecho público a la hora de regular la misma. En particular, esta clara presencia del Derecho público se manifiesta tanto en los aspectos relativos a la adaptación del acuerdo de endeudamiento, a la propia autorización de la operación de endeudamiento por parte del órgano titular de la tutela financiera en muchas ocasiones, la misma limitación del precio, así como la posibilidad de poder contraer crédito por parte de dichas Administraciones Públicas, potestad que en ocasiones está totalmente vedada. Ante ello, el Derecho privado queda reducido en este tipo de operaciones a regular todos los demás aspectos no afectados por la normativa de Derecho público, aplicando por tanto a supuestos tales como el cálculo del tipo de interés, la fijación de los periodos de intereses y de amortización, las posibilidades de amortización y las causas de resolución del contrato. Por ello, se puede afirmar la preponderante aplicación de la normativa de Derecho público al endeudamiento de las Administraciones Públicas, quedando el Derecho privado como normativa menos dominante en este tipo de operaciones y que aplicará en la medida de que no entre en colisión con normativa pública. Se han analizado diversos supuestos en los en que el Derecho privado cede ante el Derecho Público, por considerar preponderante el interés público, mientras que no se ha constatado ningún caso a la inversa, esto es, casos en que se deje de aplicar el Derecho público a favor del Derecho privado.

***SEGUNDA.- Sobre las limitaciones de los contratos de financiación bancaria provocadas por la presencia de una Administración Pública***

La Administración Pública cuando está en la posición de cliente bancario sigue manteniendo íntegramente su autotutela y la impone: la manifestación de ello es la inembargabilidad del dinero público, realidad que tiene impacto en: (i) impide aplicar la institución de la compensación, legal y convencional, en los contratos de financiación con Administraciones Públicas, que es una cláusula habitual de la práctica bancaria; e (ii) impide exigir determinadas garantías a la Administración Pública, como es la prenda de saldos de cuentas corrientes.



Otra manifestación es que, a pesar de la aplicación del Derecho Bancario Privado grosso modo al contrato de financiación, se habrá tenido que seguir un procedimiento administrativo previo a la formalización del contrato bancario. En todo caso y en virtud de la teoría de los actos administrativos y de su eficacia, dicho procedimiento debe haberse seguido correctamente y la capacidad de endeudamiento debe permitir la asunción de la nueva operación; ya que de lo contrario el contrato bancario que se haya formalizado carecerá de validez por dimanar de unos actos administrativos nulos o anulables.

**TERCERA.- Sobre la inconsistencia intrajurídica y práctica del régimen de exclusión de los contratos de préstamo con Administraciones Públicas**

Sin perjuicio de que la evolución normativa sobre sujeción y no sujeción de los contratos de financiación bancaria con Administraciones Públicas ha presentado regímenes no siempre homogéneos, el vigente TRLCSP presenta un régimen de exclusión peculiar y contradictorio con el Derecho Comunitario. Por un lado, excluye de su ámbito de aplicación las operaciones de tesorería en todos los casos, y por otro lado excluye las “operaciones destinadas a la obtención de fondos o capital por los entes, organismos y entidades del sector público”. De modo que no excluye estas operaciones de obtención de fondos o capital cuando las mismas sean solicitadas por Administraciones Públicas. La Directiva 2004/18/CE alude a las solicitadas por “poderes adjudicadores”, por lo que la exclusión que realiza el TRLCSP vigente es incorrecta, siendo prueba de ello los diversos pronunciamientos doctrinales estudiados que así lo confirman también, lo que produce que en la práctica los contratos de obtención de fondos o capital de las Administraciones Públicas y de sus entes, organismos y entidades sean tratados como contratos excluidos.

No obstante lo anterior, el PLCSP realiza una exclusión completa de “los contratos de préstamo y operaciones de tesorería”, en acatamiento estricto de la posterior Directiva 2014/24/CE, lo que debería permitir augurar un nuevo escenario exento de discusiones jurídicas y prácticas respecto de la exclusión de los contratos de financiación.

**CUARTA.- Sobre la discutible aplicación supletoria del TRLCSP a los contratos de financiación: aparente exclusión**

El artículo 100.2 de la LGP prevé que los “*contratos o instrumentos normalizados que se documenten mediante contratos o instrumentos normalizados habituales en los mercados financieros se hará conforme a las reglas, técnicas, condiciones y cláusulas que sean usuales en los mismos.*”

Sin perjuicio de ello, la aplicación supletoria de los principios de contratación pública para colmar las dudas y lagunas de los contratos excluidos, prevista en el artículo 4.2 del TRLCSP, puede dar lugar a pseudolicitaciones de contratos de financiación. Así, la búsqueda de la oferta económicamente más ventajosa en el mercado, justificada en todo caso por la racionalización y control del gasto público, puede conllevar la aplicación supletoria de aquellos principios, lo que provocará que el órgano de contratación publicite la contratación, solicite varias ofertas y acabe escogiendo la más ventajosa; lo que, en puridad, es un procedimiento público negociado de contratación.

De ser el caso, se habrá pasado de la aplicación supletoria prevista en la Ley a una aplicación principal. en este escenario, cabe matizar que las disposiciones del TRLCSP aplicarían únicamente en las fases de preparación y adjudicación del contrato de financiación, pero no en las fases de efectos y extinción pues en las mismas aplicaría el Derecho privado por precisamente analogía con el régimen de los contratos privados de servicios bancarios *ex* artículo 20.2 del TRLCSP. Producida finalmente esta situación, se habría producido claramente una desnaturalización del tratamiento jurídico de los contratos de financiación bancaria tal y como han sido claramente configurados por el Derecho Comunitario, a través del Derecho interno. Además, la autonomía de la voluntad de las partes, idiosincrásica de los contratos sujetos a Derecho privado (*ex* artículo 1.255 del CC), habría quedado desplazada por lo que se podría denominar “*autonomía pública*” o férrea defensa del interés general. Consiguientemente, se afirma que el legislador se ha asegurado de la aplicación de los principios de contratación pública incluso en el ámbito de las contrataciones excluidas como son los contratos de financiación bancaria con Administraciones Públicas.

#### **QUINTA.- Sobre el dominio del Estado sobre el endeudamiento de CCAA y EELL**

Las diversas normativas reguladoras de la capacidad de endeudamiento del Estado, las CCAA y las EELL dejan plenamente de manifiesto tanto la absoluta primacía de la ley en este ámbito (principio de legalidad), así como el carácter finalista de la deuda contraída (interés público). Asimismo, dichas normativas demuestran, respecto del Estado, una posición de dominio y control respecto de las capacidades de endeudamiento autonómica y local, especialmente en los escenarios de incumplimiento de la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

Como comentario de globalidad se destaca que la cuestión del endeudamiento preocupa al legislador en todo caso y ha establecido un régimen muy amplio y regulado que, debido a la autonomía autonómica y local, da lugar a un volumen considerable de normativa aplicable, de diversos rangos y ámbito territorial de afectación y susceptible de modificaciones habituales en función de las dinámicas de la economía que puede provocar inseguridad jurídica para el sector privado, no ya el público que tiene mayor conocimiento sobre dichos cambios, como parte también obligada a su aplicación. Dicha diversidad y complejidad a la vez son una peculiaridad propia de este tipo de contrataciones bancarias, que no se produce en cambio en el marco de la contratación bancaria puramente privada.

De hecho, aunque resulte redundante remarcarlo, la habilitación de mecanismos extraordinarios de financiación, que pueden remediar la situación de insolvencia de CCAA y EELL en los peores casos, depende exclusivamente de la decisión del Estado, así como también los importes a conceder a cada una de aquellas y la imposición de condicionalidad para efectuar los desembolsos.

**SEXTA.- Sobre el carácter mayormente reglado de las autorizaciones del Estado para CCAA en materia de endeudamiento**

Estas autorizaciones en su mayoría dimanaban de potestades regladas, aunque el legislador ha introducido algún matiz de discrecionalidad a favor del Estado en la apreciación de las circunstancias precedentes a la autorización que se entiende que serán hechos determinantes determinables y, por tanto, que eliminan en puridad todo margen de discrecionalidad.

Al respecto, es digno de mención, por un lado, el régimen semiexcepcional, para operaciones a largo plazo de no más de diez años y limitado hasta 2020, consistente en la posibilidad de autorizarlas si es para garantizar la continuidad de un servicio público, aun cuando el crédito no se considere inversión y/o las amortizaciones anuales (capital e intereses) superen el veinticinco por ciento de los ingresos corrientes de la Comunidad Autónoma en el presupuesto del ejercicio. Y también, por otro lado, el verdadero régimen discrecional relativo a los mecanismos extraordinarios de financiación cuyo desarrollo está atribuido a la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos. Sin perjuicio de ello, es destacable el muy amplio margen de discrecionalidad del Gobierno en estos casos, tanto en la apreciación de las circunstancias como en la adaptación de las concretas medidas y condiciones que se impongan.

**SÉPTIMA.- Sobre los aspectos críticos del principio de prudencia financiera**

***VII.1.- Impacto en la práctica financiera habitual***

El Estado intervencionista en la Economía y la libertad de empresa ha tenido una trascendente manifestación con la incorporación del principio de prudencia financiera. Sin perjuicio de que el mismo pase un juicio de constitucionalidad sobre la base de los artículos 38, 131.1 y 149.1.11<sup>a</sup> de la CE, al estar esencialmente justificado por la potestad planificadora del Estado, no es menos cierto que su positivización supone: (i) una injerencia en el la mecánica tradicional de la oferta y la demanda; (ii) una limitación máxima de los costes financieros derivados de los contratos bancarios; (iii) la aparente satisfacción del

interés público y el consiguiente impacto negativo en el sector privado; (iv) una desconfianza del sector bancario frente a las políticas de recuperación de la economía del sector público y una consiguiente retracción de la iniciativa privada en la financiación de lo público.

Es un régimen, además, planteado de manera eufemística y unilateral pues, aun estando destinado a CCAA y EELL, siendo su ámbito objeto operaciones de endeudamiento típicamente bancarias, las entidades financieras son ámbito subjetivo principal de la regulación aunque la misma no lo exprese en ningún momento. Es cierto que tales entidades no están obligadas a financiar a las CCAA y EELL, pero podrían ser que ya tuvieran posiciones con las mismas, y que esta obligación no la podría imponer válidamente la ley, pero en realidad es un régimen claramente bidireccional que también va directamente dirigido al sector financiero, a pesar de silenciar esta circunstancia en todos sus niveles de regulación.

Por lo que es un régimen claramente de afectación en el ámbito público y en el privado. Citando a ESTEVE<sup>558</sup>, se estaría ante un caso de *“extensión del Derecho Público”*, a cuyo respecto el autor advierte que *“no siempre resulte la solución más adecuada”* y que *“La aplicación del Derecho público, entienden algunos autores introduciendo un nuevo criterio, debería ceder o contenerse si afectase a otros objetivos públicos o incluso intereses privados más relevantes.”*

### ***VII.2.- Falta de habilitación legal de la primera resolución de prudencia financiera a pesar del carácter secreto de sus motivos***

Sin perjuicio del carácter secreto de la primera decisión de la Comisión Delegada del Gobierno sobre Asuntos Económicos de 12 de diciembre de 2014 que incorporó las limitaciones de precios bajo un nuevo régimen de prudencia financiera, en la medida que fue una planificación de la economía no basada en

---

<sup>558</sup> ESTEVE PARDO, José. *La extensión del Derecho Público. Una reacción necesaria*, Revista de Administración Pública, núm. 189, septiembre-diciembre, editorial Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Madrid, 2012, págs. 33 a 34. El autor alude a una *“clara vocación expansiva”* del Derecho Público en pág. 24.

una ley fue una decisión que no habría cumplido con lo establecido en el artículo 9.2 y 103.1 de la CE.

### ***VII.3.- Excesivo margen de maniobra otorgado al Estado por el legislador con invasión de la esfera jurídico-privada***

En particular, las resoluciones que determinan el principio de prudencia financiera, en tanto que normas reglamentarias están, a partir de las últimas modificaciones de la LOFCA y del TRLHL, llamadas a desarrollar sendas normativas. Sin embargo, el desarrollo que conllevan va más allá que la función de un reglamento ejecutivo sino que entran verdaderamente en el ámbito de un reglamento independiente toda vez que regulan *motu proprio* las condiciones financieras de las futuras operaciones de manera absolutamente unilateral. Tampoco se puede decir que sea un reglamento *ultravires* en la medida que tiene habilitación legal. La cuestión es que la habilitación legal, valga la redundancia, ordenada por el legislador, va destinada al Poder Ejecutivo y, sin confines ni delimitaciones precisas, se le ofrece al mismo una verdadera puerta de libertad o arbitrariedad que no abunda en la seguridad jurídica ni en mantener un correcto equilibrio con la necesaria satisfacción del interés público y el respeto de la libertad de empresa y de mercado. Pues, en todo caso, la regulación actual es tan amplia que habilita a que las Resoluciones de prudencia financiera regulen cuestiones de carácter mercantil y bancario de los contratos en los que impacta, como efectivamente hacen, aunque como normas de rango reglamentario que son, no deberían regular aspectos del ámbito del Derecho Privado. Como decía DE VALLINA<sup>559</sup> “*los reglamentos administrativos no deben regular cuestiones jurídico-privadas*”.

### ***VII.4.- Introducción ex lege de la figura del repudio de la deuda***

El régimen del principio de prudencia financiera sobre la modificación de los contratos preexistentes otorga a las CCAA y EELL la facultad de poder solicitar una rebaja del precio y que el nuevo precio sea, como máximo, el de prudencia financiera. Ello provoca que cualquier modificación de precio sea en estos

---

<sup>559</sup> Vid. nota a pie de página núm. 418.

términos y, por ello, favorable a las CCAA y EELL, y correlativamente perjudicial para el negocio financiero en la medida que sólo se habilitan modificaciones de precio a la baja. En la medida que esta regulación habilita a las CCAA y EELL a eliminar carga financiera de los contratos preexistentes y que las entidades financieras, aun no estando obligadas a concederlo no se puede negar que las CCAA y EELL siempre podrían acudir a otra entidad para formalizar una nueva operación de endeudamiento en términos de prudencia financiera para cancelar la operación preexistente, cabe afirmar que el legislador ha recogido un verdadero supuesto de repudio de deuda, escenario más propio de siglos atrás bajo regímenes monárquicos con elevados endeudamientos por causa de la guerra y bajo un régimen no propio de un Estado de Derecho.

#### ***VII.5.- Necesaria introducción expresa del principio en Navarra***

En el Territorio Foral de Navarra no se ha dictado normativa foral propia, del ámbito de la Comunidad Autónoma ni del ámbito local, que regule el régimen del principio de prudencia financiera, a diferencia de las Diputaciones Forales de País Vasco que sí lo han hecho; motivo por el que se considera que en Navarra no sería de aplicación el principio de prudencia financiera desde una perspectiva estrictamente jurídica al no estar el mismo positivizado en su ordenamiento jurídico foral.

#### ***VII.6.- Necesaria prohibición del carácter retroactivo del principio***

En cualquier caso, el principio de prudencia financiera debe ser observado por las CCAA y las EELL, y sólo deberá ser ejecutado por parte de entidades financieras cuando éstas opten por acceder a formalizar una operación financiera con aquéllas. Por lo que la autonomía de la voluntad y la iniciativa privada permanecen intactas ante el régimen. Sin embargo, en caso de operaciones preexistentes a las que sobrevenidamente les resulta de aplicación del régimen de la prudencia financiera, aquellos derechos quedan en claro entredicho y es aquí en donde este régimen supone una verdadera vulneración para la libertad de empresa al ostentar un carácter retroactivo prohibido por el artículo 9.3 de la CE.

Por ello, el régimen de prudencia financiera únicamente debería ser de aplicación a las nuevas operaciones concertadas a partir de su entrada en vigor, y no a las que ya estaban concertadas con anterioridad las cuales deberían mantener intactos los pactos en las mismas convenidos en aras a la salvaguarda de la libertad de pactos y a la protección de las expectativas y confianza creadas. Y en caso de que operaciones preexistentes fueren consideradas contrarias al interés público por las condiciones financieras en las mismas convenidas, sin perjuicio de que la apreciación de esta lesión para el interés público debería ser apreciada unilateralmente por la Administración Pública contratante, su solución debería pasar por una amortización anticipada de la operación y satisfacción de los pactos derivados en motivo de dicha amortización anticipada, de modo que ambas partes habrían visto cumplidos sus derechos y obligaciones en el marco de la operación.

#### ***VII.7.- Debilidad del principio desde la perspectiva de validez de las normas***

El principio de prudencia financiera establecido en las resoluciones de la SGTPF, en tanto que órgano competente para emanar normas de rango reglamentario, puede estar amenazado en cuanto a su validez. Es un régimen unilateralmente impuesto, además de a las CCAA, las EELL, al sector financiero que, en ningún caso, aparece mencionado ni en aquellas resoluciones ni en el RDLPF. A pesar de ello, sin la colaboración de las entidades financieras dicho principio sería de imposible materialización en lo relativo a los pasivos financieros pues la materialización de los mismos requiere la formalización de contratos bancarios con entidades financieras. Aludiendo a la teoría pura del Derecho de KELSEN<sup>560</sup>, se ha recordado que la validez de las normas jurídicas, del deber ser, procede de normas que sean aplicadas y obedecidas. La no aplicación del principio de prudencia financiera por parte de las entidades financieras, basada en su inviabilidad comercial, provocaría la falta de aplicación del régimen y la pérdida de su carácter obligacional. Aquí las entidades financieras actuarían como órganos jurídicos que no aplicarían ni obedecerían la norma; lo que, como se ha dicho, provocaría la pérdida de su validez. Observación que se

---

<sup>560</sup> Vid. notas a pie de página números 413 y 414.



formula bajo una perspectiva global e integradora del principio de prudencia financiera.

### **OCTAVA.- Sobre la presunción de solvencia de las Administraciones Públicas**

Un aspecto muy característico y propio de las Administraciones y del sector público, que no acontece con los sujetos de Derecho privado, es la presunción de la solvencia de aquellos en el ordenamiento jurídico actual. Siendo ésta una presunción tradicional y asumida en los textos jurídicos y en la práctica habitual, por el hecho de existir una opinión común y confianza generalizada de que el sector público va a pagar sus deudas, tal vez no de manera puntual, pero no va a eludir sus obligaciones de pago. Es en este sentido que cabría considerarla como una verdadera presunción jurídica *iuris tantum*. En virtud de la misma, el cliente bancario público se ve prácticamente exonerado de la prestación de garantía alguna para las operaciones de endeudamiento que convenga con la entidad financiera, escenario en realidad impensable o poco probable en el marco de las relaciones con clientes bancarios privados.

Lo que, en definitiva, permite reconocer la existencia de un régimen privilegiado para las Administraciones Públicas, tanto en el ordenamiento jurídico como en la práctica negocial. Sin embargo, cabe no olvidar que esta presunción de solvencia se halla soportada por el artículo 135.2 de la CE que insta una verdadera garantía de seguridad jurídica y financiera para el ordenamiento jurídico español, de protección a su mercado financiero y de salvaguarda del interés de los ciudadanos.

Y también por la posibilidad de establecer compromisos de pago plurianuales, lo que otorga a la parte acreedora la confianza de que el pago se va a presupuestar y, por tanto, realizar durante los ejercicios en que continúe la deuda. Aunque estos compromisos presentan un aspecto débil que es la posibilidad de la Administración deudora de resolver el contrato beneficiado por las plurianualidades si en un ejercicio determinado no puede aquella presupuestar el gasto correspondiente según artículo 47 bis de la LGP, posibilidad que coloca a

la Administración en una posición privilegiada ante su propio impago, cuando en la práctica bancaria el impago del deudor faculta a la entidad financiera a poder solicitar el vencimiento anticipado de la operación, lo que aquí es el legislador el que ha otorgado esta posibilidad *ex lege* a la Administración.

Y, recientemente, dicha presunción de solvencia ha sido confirmada con la creación de mecanismos extraordinarios de financiación en los que, a través de los presupuestos del Estado español, se satisfacen las deudas de CCAA y EELL en caso de insolvencia fáctica de éstas.

***NOVENA.- Las garantías sobre saldos de Administraciones Públicas se ven frustradas por la inembargabilidad de dinero público***

***IX.1.- Se debería flexibilizar el privilegio de inembargabilidad***

La imposibilidad de compensar y expedir ejecución contra dinero público, titularidad de las Administraciones Públicas, contenido en cuentas bancarias se deriva de una interpretación conjunta de los artículos 23 y 109.1 de la LGP. Es actualmente un privilegio que se halla consagrado en la normativa estatal, también la autonómica de cada Comunidad Autónoma y en la normativa de las EELL; aunque estas dos están basadas en la regulación estatal.

A pesar de ser una cuestión ampliamente estudiada por la doctrina y jurisprudencia, y que ha tenido defensores y detractores en ambos sentidos, en un escenario de contratación bancaria constituye una regulación que impide la aplicación normal o estándar de los contratos bancarios. Ello porque la existencia de esta prerrogativa provoca la inaplicación de algunas cláusulas contractuales típicas y habituales de la práctica bancaria, por lo que actúa como elemento distorsionante a la vez que restrictivo de derechos para el acreedor, esto es, la entidad financiera.

Sin perjuicio de tener su justificación jurídica para la debida protección de la satisfacción del interés público, no es menos cierto que es un verdadero privilegio administrativo que sobrevive a los tiempos. A pesar de que el TRLHL

regule un procedimiento de exigibilidad de las deudas a las Administraciones Públicas, no existe sin embargo una regulación equivalente en la normativa de la Administración General del Estado ni para las normativa reguladora de las Administraciones de las CCAA. Ello provoca inseguridad jurídica a la otra parte contractual que es la entidad financiera que habrá cumplido con su obligación de poner el dinero solicitado a disposición de la Administración Pública pero ésta, si se halla en una situación de tensión de tesorería y a pesar de recibir reclamación de parte de la entidad financiera, puede no pagar sin que sea viable iniciar procedimiento de embargo de bienes porque no habrá bienes a embargar.

Una cosa es la prerrogativa del dinero público y de que el mismo es intocable, y otra es el debido acatamiento de las obligaciones válidamente adquiridas en Derecho a la luz de los artículos 24 y 103 de la CE. En este escenario y manteniendo el carácter inembargable del dinero público, cabría plantearse en la práctica y por parte de las Administraciones Públicas deudoras la posibilidad de pago mediante bienes patrimoniales no afectos previamente ofrecidos como hipoteca en garantía de los contratos de financiación. De lo contrario y de no arbitrarse mecanismos legales que dejen a la otra parte en una situación de indemnidad, se afirmaría que la posición que ocupa la Administración Pública en lo relativo al cumplimiento de sus obligaciones derivadas de contratos de financiación bancaria es una posición más que privilegiada que puede llegar a ser arbitraria y, por ello, contraria a Derecho si el ordenamiento jurídico blindara de manera absoluta sus bienes y, de nuevo, supondría una vulneración de la tutela judicial efectiva del mencionado artículo 24 de la CE.

### ***IX.2.- Sobre la falta de regulación estatal para las CCAA***

La prerrogativa de la inembargabilidad del dinero público ha sido recogida por el legislador estatal en el ámbito de la Administración General del Estado y de la Administración Local; pero no lo ha sido expresamente para el ámbito de la Administración de las Comunidades Autónomas. Aunque opere igualmente en virtud de la aplicación analógica de las normas jurídicas y de que las respectivas normas autonómicas lo hayan incorporado en defensa de su autonomía financiera, su positivación expresa contribuiría a la mayor seguridad jurídica y completitud del ordenamiento jurídico y sería coherente con las competencias

exclusivas del Estado relativas a garantizar las condiciones de igualdad entre los ciudadanos, hacienda general y bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas *ex* apartados 1ª, 14ª y 18ª del artículo 149.1 de la CE. En particular, se considera que esta regulación podría ser contenida dentro de la LOFCA, como norma estatal reguladora del régimen de financiación autonómica.

***IX.3.- Sobre la dificultad de articular garantías sobre saldos públicos. Necesaria introducción de una excepción puntual al privilegio***

Tal vez el mayor impacto que produce el privilegio de la inembargabilidad en el ámbito de la contratación de financiación bancaria con Administraciones Públicas es la imposibilidad de ejecutar los saldos públicos. Precisamente, la compensación y ejecución de saldos son los mecanismos normales y habituales utilizados por el sector bancario para reaccionar en caso de incumplimiento del cliente bancario. Estas vías no están disponibles para los clientes públicos por expresa previsión legal. En este escenario la figura de la “*afectación de ingresos*”, como garantía articulada por el legislador en el ámbito de la normativa de EELL supone un pequeño avance. Las opiniones mayoritariamente al respecto consideran que no es una verdadera garantía. La opinión que aquí se sostiene es que cabe considerarlo como una legitimación *ex lege* de la entidad financiera para reclamar el pago, no para realizar compensación ni pedir ejecución. De modo que se sitúa a la entidad financiera en primer lugar en el orden de prelación de pagos de la tesorería municipal (no existe regulación de la afectación en el ámbito estatal ni autonómico). Esta prelación no es equivalente a obtener finalmente el cobro, sino en estar preordenado como acreedor potencial. En efecto, se trata de una posición poco fuerte comparada con la práctica bajo Derecho privado, que puede desincentivar a la entidad financiera de entrar en financiaciones con esta garantía o, mejor dicho, pseudogarantía o derecho de prelación de cobro.

En realidad, mientras subsista el privilegio de la inembargabilidad del dinero público, no se podrá conceder al sector bancario garantías habituales y comunes en el ámbito de la financiación. Una opción a considerar por el legislador sería la de reservar fondos específicos como garantía de pago de determinadas

operaciones financieras, esto es, introducir en la ley la excepción a la inembargabilidad cuando, atendiendo a los criterios de solvencia que correspondan, el cliente público habilite un saldo determinado, líquido y en cuenta bancaria, como garantía de una determinada operación financiera. Ello permitiría tanto la compensación, la prenda como la ejecución de dicho saldo; funcionando en este caso como una verdadera garantía, demostrando *ex ante* la solvencia del cliente público para aquella concreta operación financiera, y abundando en la confianza y seguridad de las entidades financieras y, al final, del sistema financiero y los accionistas y demás clientes de dichas entidades.

#### **DÉCIMA.- Imprudencia en Derecho de las cartas de conformidad otorgadas por Administraciones Públicas**

Las cartas de conformidad o patrocinio, *comfort letters*, son hoy por hoy garantías inapropiadas para ser ofrecidas por una Administración Pública en el marco de un contrato de financiación bancaria. Ello porque son garantías ideadas en sede de contratación bancaria estrictamente privada. Una Administración Pública no es equivalente a una empresa privada ni puede actuar como actuaría aquella. Las cartas de conformidad débiles no son objeto de interés aquí por su nula trascendencia obligacional, pero sí las cartas de conformidad fuertes o duras que, en esencia, equivaldrían a avales públicos. Sin embargo, no siguen el mismo procedimiento de otorgamiento, lo que constituye una ilegalidad en sí mismo, pues el legislador español no ha positivizado las cartas de conformidad de las Administraciones Públicas, por lo que no existe habilitación legal para ello (*ex artículo 103.1 de la CE*). Sería conveniente expresar en la ley esta realidad y evitar dar cabida a las mismas como parece haberse hecho tímidamente en los artículos 13 bis. 5 de la LOFCA y 48 bis. 5 del TRLHL, en la medida que su concesión supone una directa vulneración de los procedimientos establecidos para la concesión de avales públicos. Las Administraciones Públicas tienen un régimen de actuación, autotutela y privilegios propios que no les justifica que sean equiparadas a un sujeto privado para hacer lo mismo que éste cuando la figura del aval público se halla perfectamente regulada y de manera segura para la Administración y para la entidad financiera.

**UNDÉCIMA.- Sobre el necesario carácter singular y realista del Derecho en el ámbito de la contratación bancaria con Administraciones Públicas**

El Derecho es una realidad dinámica y llena de matices, en especial, en materia contractual. ARIÑO<sup>561</sup> afirma que “*la calificación jurídica de un contrato será variable en su extensión y cambiará con el tiempo, pues estará vinculada al entorno ideológico y político del momento*”, lo que le lleva a expresar que el contrato ostenta una “*calificación jurídica dinámica.*” Por ello, no es propio distinguir de manera tajante los confines de las ramas jurídicas porque la teoría y la práctica podrían no encajar. Y es que el Derecho, después de ser conceptualizado e idealizado, debe ser finalmente aplicado. No se puede concebir un Derecho teórico sin voluntad de aplicación. Por ello, el Derecho es una realidad práctica y como tal debe ser observado; es lo que GARRIGUES<sup>562</sup> denomina “*la orientación realista*” del Derecho, toda vez que, claramente, “*el Derecho es para la vida, para esta vida de ahora, no para la vida de hace mil años.*” Realidad y practicidad del Derecho.

En este sentido, la presente tesis aborda una realidad que sin un estudio conjunto y coherente de las distintas ramas jurídicas que le afectan no existía, a la vez que se refiere a una realidad indiscutiblemente práctica. De lo que se concluye que el Derecho debe ser también práctico y útil para los que lo aplican y necesitan para la realización de, en este caso, los negocios jurídicos analizados: en esencia, los asesores jurídicos de la Administración Pública y de las entidades financieras. Respecto de los primeros, los funcionarios públicos, KELSEN<sup>563</sup> alude a la función de administración como “*la individualización o concreción de las leyes, esto es,*

---

<sup>561</sup> ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *El enigma del contrato administrativo*. Revista de Administración Pública, núm. 172, enero-abril, editorial Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Madrid, 2007, pág. 95.

<sup>562</sup> GARRIGUES, Joaquín. *Contratos Bancarios*, editado por Silverio Aguirre Torre, 1ª edición, Madrid, 1958, pág. x; en donde explica de manera magnífica que la misión del jurista es “*hallar las normas que mejor se adapten a una realidad vital, dentro de la suprema aspiración hacia la Justicia, como última razón de ser del Derecho. Y si éste solo en su aplicación encuentra la razón de ser, es cosa clara que el jurista no puede prescindir de la materia viva a la cual va a ser aplicado.*”

<sup>563</sup> KELSEN, Hans. *Compendio de Teoría General del Estado*, traducción del alemán por Luis Recaséns Siches y Justino de Azcárate, Editora Nacional, 2ª edición, México D. F., 1974, págs. 197.

*de las normas generales*”, y respecto de los abogados, CASALS<sup>564</sup>, les atribuye “*la necesidad de reducir lo singular del caso a lo universal de la norma, y la necesidad de obtener una resolución a la pretensión planteada.*” Al final, en ambos casos se trata de realizar tareas de aplicación práctica de la norma general al caso particular, lo que VALLET DE GOYTISOLO<sup>565</sup> ha denominado el “*saber técnico o instrumental del derecho*” en tanto que “*su misión es tornar posible la efectiva aplicación de las leyes, costumbres y principios, sin indagar su contenido ni su valor científico ni filosófico*”. El mismo autor se ha referido a la utilidad del Derecho “*pues es la técnica aquello que torna posible que los saberes generales sean saberes útiles, al acercar a la realidad cotidiana las temáticas elaboradas por la ciencia y por la filosofía.*”

Sobre esta base, cabe entender también la actual relación entre el Derecho Administrativo y el Derecho Mercantil, o en definitiva y *grosso modo* entre el Derecho Público y el Derecho Privado. Ha sido amplia y prolífica la doctrina emanada sobre esta cuestión en el pasado, en estudios como los de GARCÍA DE ENTERRÍA y MARTÍN-RETORTILLO, citados con anterioridad, y algunos más que son citados por MIR<sup>566</sup> quien, a su vez, llama a la necesidad de recuperar el Derecho Administrativo como regulador de la actividad administrativa y evitando “*la huida al Derecho privado*”. Ciertamente, se ha hablado ampliamente de la huida del Derecho Administrativo hacia el Derecho privado, así como de la singularidad del Derecho Administrativo como marco jurídico exclusivo de las Administraciones Públicas. Aunque ello sea así y a pesar de algunas opiniones doctrinales, en ocasiones la realidad demuestra que existen

---

<sup>564</sup> CASALS COLLDECARRERA, Miguel. *Metodología de la Aplicación del Derecho. Discurso leído el día 28 de noviembre de 1983, en su recepción pública por el Excmo. Sr. D. Miguel Casals Colldecarrera, y contestación del Excmo. Sr. D. Juan B. Vallet de Goytisoló*, editorial Real Academia de la Jurisprudencia y Legislación, 1983, pág. 22.

<sup>565</sup> VALLET DE GOYTISOLO, Juan. *Metodología jurídica*, editorial Civitas, Monografías, 1ª edición, Madrid, 1988, pág. 68.

<sup>566</sup> MIR PUIGPELAT, Oriol. *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo*, Cuadernos Civitas, editorial Thomson Civitas, Madrid, 2004, págs. 158 a 160; en donde enumera diversos artículos doctrinales que abordan la cuestión en nota a pie de página número 248; y luego al final de su obra concluye que “*En general, pienso que debemos esforzarnos en adaptar todo el Derecho administrativo –y no sólo el que está siendo desplazado por el Derecho privado- a las necesidades actuales.*”, en donde evoca a la necesidad de adaptación realista y práctica del Derecho Administrativo, pág. 244.

situaciones que no pueden ser completamente resueltas ni asesoradas jurídicamente si no es con una combinación de ambos; esto es, determinadas situaciones jurídicas no pueden ser tratadas sólo desde la perspectiva del Derecho Administrativo o sólo desde la perspectiva del Derecho público.

Éste es el caso de los contratos bancarios analizados en esta tesis, tanto de los de financiación, como de los contratos de servicios bancarios. En ambas tipologías se aplican simultáneamente instituciones y mandatos de una y otra rama, además de numerosos aspectos del Derecho Financiero en el caso de los de financiación bancaria. Por lo tanto, en este caso se está ante una realidad que exige su tratamiento a través de tres ramas jurídicas. Aludiendo a SALA ARQUER<sup>567</sup> y partiendo de *“una consideración unitaria de la Administración pública en sentido material”*, cabe enfatizar que *“toda actividad jurídica y material de las organizaciones administrativas, con sujeción a la Ley y al Derecho (público o privado, es Administración pública, directa o indirecta, porque toda ella está al servicio de los intereses generales.”*

Así, al menos por lo que respecta al ámbito de los contratos bancarios de las Administraciones Públicas, cabe afirmar que el Derecho, como ámbito del conocimiento y ordenador de la vida de las personas físicas y jurídicas, debe actuar de manera coordinada y conjunta, como condición para que el Derecho sea también una realidad. Al respecto, CAZORLA<sup>568</sup> ha señalado que la interconexión y el encruzamiento conceptuales ponen *“en ruina la concepción dualista del Derecho. De esta manera las fronteras entre lo jurídico público y lo jurídico-privado se difuminan o simplemente desaparecen.”*

Con lo que se pretende significar que, cuando una realidad no es exclusiva de una rama jurídica, la misma provoca la combinación de otra u otras ramas jurídicas que a pesar de ser muy diferentes entre sí, no queda otra opción que aunarlas y hacerlas compatibles, aunque ello suponga una desnaturalización o

---

<sup>567</sup> SALA ARQUER, José Manuel. *Huida al Derecho privado y huida del Derecho*, Revista Española de Derecho Administrativo, número 75, julio-septiembre, Madrid, 1992, pág. 407.

<sup>568</sup> CAZORLA PRIETO, Luis María. *El Derecho Financiero y Tributario en la Ciencia Jurídica*, editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002, pág. 189.



invasión recíproca. Ello a fin de ser útil y, por tanto, para que el Derecho pueda ser finalmente ordenador de la realidad y contribuyente a la seguridad jurídica a la que debe aspirar dentro del ordenamiento jurídico.

Analizando la cuestión, no ya desde la óptica de las ramas jurídicas sino desde la óptica del ordenamiento jurídico jerárquico y unitario que KELSEN<sup>569</sup> denominó “*orden jurídico*”, se concluye que el Derecho público y el Derecho privado, en el ámbito de los contratos bancarios de las Administraciones Públicas, se combinan e interactúan, cada uno con sus peculiaridades, para dar como resultado una seguridad jurídica en un ámbito del Derecho muy determinado que exige la acción de ambos dos.

Además se considera que situaciones así son naturales dentro del que es la evolución constante del Derecho. La confluencia de una parte pública y una parte privada en un mismo negocio jurídico provocará necesariamente esta diversidad. En buena lógica, la aplicación del Derecho exclusivo de uno de ellos a este negocio sería un proceder discriminatorio para la otra parte, además de que tendría difícil justificación. De hecho, CARRO<sup>570</sup> ha afirmado que las normas reguladoras de las Administraciones Públicas son “*un intreccio de reglas, tanto públicas como privadas, que han hecho del Derecho administrativo un Derecho «mestizo», «híbrido», una disciplina «mixta», fruto de la actual situación de permanente interacción y de colaboración entre aquel y el Derecho privado.*”

---

<sup>569</sup> KELSEN, Hans. *Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho*, traducción del alemán de Eduardo A. Vázquez, Colección *Filosofía y Derecho*/7, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1969, pag. 93; en donde lo define como “*un orden jurídico es una pluralidad de normas generales e individuales que regulan el comportamiento humano, es decir, lo determinan como debido.*” Y luego perfila en pág. 99 “*un orden jurídico no es una pluralidad de normas válidas yuxtapuestas sino una estructura jerárquica de normas supra y subordinadas. La norma superior es aquella que determina la creación de la norma inferior y, por ello, es el fundamento de validez de esa norma inferior. Sin embargo, la norma superior puede también determinar –en mayor o menor medida– el contenido de la norma inferior.*”

<sup>570</sup> CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis. *Reflexiones sobre las transformaciones actuales del Derecho Público, en especial del Derecho Administrativo*, Revista de Administración Pública, número 193, enero-abril, editorial Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Madrid, 2014, pág. 27.

La misma idea ha formulado PASCUA<sup>571</sup> en términos más amplios al advertir que “*la intercomunicación entre las distintas ramas del derecho ha sido, es y seguramente será una constante.*”

Por ello, considerando en todo caso que esta combinación de ramas jurídicas se produce ocasionalmente en el ordenamiento jurídico pero que precisamente en el ámbito de la contratación bancaria es la tónica habitual, se afirma que se está ante un *tertium genus* de ramas jurídicas o de ramas jurídicas combinadas que, aglutinando aspectos distintivos y caracterizados de cada rama propiamente, dan lugar a la aplicación selectiva y parcial de cada una de ellas pero dentro de una realidad palpable, indiscutible y práctica.

Esta tercera categoría de rama jurídica es una rama jurídica que en el caso que nos ocupa aunque podría ser identificada como Derecho Administrativo y Privado, aunque sería una denominación de difícil aceptación por su contradicción lógica apriorística y por resultar en gran medida contraria con la doctrina recaída en cada una de las ramas. Sin embargo, sí que podría hablar de Derecho Evolutivo o Derecho Combinado o Derecho de la Realidad Práctica; que en definitiva es lo que es.

El estudio de las ramas jurídicas desde la perspectiva de los sujetos e instituciones de cada rama es un estudio de un mundo único e incluso cerrado, pero el estudio de sujetos e instituciones de ramas diversas que interactúan ya no debe insertarse en aquella concreta rama u aquella otra sino ser concebida como una evolución o combinación de ambas y, por ello, como una nueva rama que, como tal realidad práctica, necesitará de la atención y solución de la disciplina ordenadora por excelencia que es el Derecho pues, como apuntaba DUGUIT<sup>572</sup> “*el*

---

<sup>571</sup> PASCUA MATEO, Fabio. *El rapto del Derecho privado. Las relaciones entre el Derecho público y el Derecho privado en el Estado regulador*, Monografías Civitas, editorial Civitas Thomson Reuters, 1ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2015, pág. 120.

<sup>572</sup> DUGUIT, León. *Las transformaciones del Derecho (Público y Privado)*, editorial Heliasta, 1ª edición, Buenos Aires, 1975, pág. 36. En comentarios a esta obra RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *Sobre las Transformaciones del Derecho Público, de León Duguit*. Revista de Administración Pública, número 190, enero-abril, editorial Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Madrid, 2013, págs. 71; recuerda la teoría de DUGUIT de que el Derecho Público “*descansa en la noción de una función social de los gobernantes, que tiene por objeto la organización y el funcionamiento de los servicios públicos*”, mientras que el Derecho privado “*descansa hoy en la noción de una función*

*Derecho evoluciona ante todo bajo la acción de las necesidades económicas”, en cuya base se hallarían las necesidades financieras, necesidades cuyo fin es el de asegurar los servicios públicos.*

**\*\* \*\* \***

---

*social que se impone a cada individuo”, citas ambas de la obra *Las transformaciones del... op cit.* págs. 37 y 38.*

## Bibliografía y otras referencias

### I. Obras generales y monografías (por orden alfabético)

- ALBI IBÁÑEZ, Emilio. *Público y privado. Un acuerdo necesario*, editorial Ariel, 1ª edición, Barcelona, 2000.
- ÁLVAREZ-GENDÍN, Sabino. *El dominio público. Su naturaleza jurídica*, Bosch Casa Editorial, 1ª edición, Barcelona, 1956.
- ÁLVAREZ CONDE, Enrique; GARCÍA-MONCÓ, Alfonso y TUR AUSINA, Rosario. *Derecho Autonómico*, editorial Tecnos, 1ª edición, Madrid, 2013.
- ANDRÉ, Michel (ABBÉ). *Diccionario de Derecho Canónico*, Tomo III, imprenta de D. José G. de la Peña editor, Madrid, 1848.
- ANDREU MARTÍ, María del Mar y BAÑÓ SÁNCHEZ, Raúl. *El contrato de cuenta corriente bancaria*, en la obra de YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (Dir.). *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias. Contratos bancarios*, Tomo X, editorial Thomson Reuters Aranzadi, 1ª edición, Pamplona, 2014.
- ANTONUCCI, Antonella. *Diritto delle Banque*, Giuffrè Editore, 2ª edición, Milán, 2000.
- ARAGONÉS BELTRÁN, Emilio. *Ley comentada de las Haciendas Locales, concordada, jurisprudencia, consultas tributarias y doctrina*, editorial Deusto, 1ª edición, Barcelona, 2004.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*, editorial Marcial Pons, 1ª edición, Madrid, 1993.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *La afectación de bienes al servicio público*, Publicaciones de la Escuela Nacional de Administración Pública, 1ª edición, Alcalá de Henares, 1973. ISBN-84-500-5945-3
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Lecciones de Administración (y Políticas Públicas)*, editorial Iustel, 1ª edición, Madrid, 2011.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*, editorial Comares, 1ª edición, Granada, 1999.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar y SALA ARQUER, José Manuel. *La Bolsa española: marco institucional*. Colección *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil*, editorial Centro de documentación bancaria y bursátil, 1ª edición, Torrejón de Ardoz (Madrid), 1987.
- ARNAL SÚRIA, Salvador y GONZÁLEZ PUEYO, Jesús M<sup>a</sup>. *Comentario al Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales*, editorial El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, 1ª edición, Madrid, 2005.

- ARNAL SURIA, Salvador y GONZÁLEZ PUEYO, Jesús María. *Manual de Presupuestos y Contabilidad de las Corporaciones Locales*, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, editorial La Ley, 6ª edición, Madrid, 2007.
- ARROYO JIMÉNEZ, Luis. *Libre empresa y títulos habilitantes*, Colección *Estudios Políticos*, editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1ª edición, Madrid, 2004. ISBN: 84-259-1269-5
- BALLESTEROS MOFFA, Luis Ángel. *Inembargabilidad de bienes y derechos de las Administraciones Públicas*, editorial Colex, 1ª edición, Madrid, 2000. ISBN-84-7879-545-6.
- BAYONA DE PEROGORDO, Juan José y SOLER ROCH, María Teresa. *Materiales de Derecho Financiero*, editorial Librería Compás, 3ª edición, Alicante, 1999.
- BAYONA DE PEROGORDO, Juan José y SOLER ROCH, María Teresa. *Temas de Derecho Presupuestario*, editorial Librería Compás, 1ª edición, Alicante, 1990.
- BERMEJO VEGA, José. *Derecho Administrativo. Parte Especial*, editorial Thomson Civitas, 7ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2009.
- BLANCO PULLEIRO, Alberto. *Preguntas y respuestas. Volumen III. Anotaciones preventivas, embargos, hipoteca*, editorial Comares, 1ª edición, Granada, 2014.
- BOHOYO CASTAÑAR, Francisco. *El principio de legalidad financiera como presupuesto de validez del acto administrativo*, editorial Instituto de Estudios Fiscales, 1ª edición, Madrid, 1986.
- BONET SÁNCHEZ, José Ignacio. *Contratos bancarios. Cien preguntas clave y sus respuestas*, editorial Dykinson, 1ª edición, Madrid, 1996.
- BONTEMPI, Paolo. *Diritto Bancario e Finanziario*, Giuffrè Editore, 1ª edición, Milán, 2002.
- BROSETA PONT, Manuel y MARTÍNEZ SANZ, Fernando. *Manual de Derecho Mercantil, Volumen II*, editorial Tecnos, 23ª edición, Madrid, 2016.
- BUCHANAN, James M. y FLOWERS, Marilyn R. *Introducción a la Ciencia de la Hacienda Pública*, traducción española de Jesús Ruza Tardío y Fernando Castro, editorial de Derecho Financiero, 1ª edición, Madrid, 1982.
- BUSTOS GISBERT, Antonio. *Curso básico de Hacienda Pública*, editorial Colex, 3ª edición, Madrid, 2015.
- BUSTOS GISBERT, Antonio. *Lecciones de Hacienda Pública*, editorial Colex, 5ª edición, Madrid, 2010.
- BUSTOS GISBERT, Antonio. *Lecciones de Hacienda Pública, II. La financiación del Sector Público*, editorial Colex, 3ª edición, Madrid, 2003.

- CALVO Y RUATA, Pablo. *Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. Nuevas acotaciones, concordancias y criterios interpretativos*, editorial Civitas Thomson Reuters, 1ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2010.
- CAMINAL, Ramón y FREIXAS, Xavier (Dirs.). *Seminari Internacional El Crèdit Públic a Europa*, editorial Institut Català de Finances, 1ª edición, Barcelona.
- CANGA-ARGÜELLES, José. *Apuntes para la historia de la Hacienda Pública de España en el año 1811*, editorial Imprenta Tormentaria (a cargo de Juan Domingo Villegas), Cádiz, 1813.
- CANGA-ARGÜELLES, José. *Memoria sobre el crédito público*, editorial que fue de García, Madrid, 1820.
- CARNELUTTI, FRANCISCO. *Teoría General del Derecho*, traducción de CARLOS G. POSADA, editorial Revista de Derecho Privado, Serie C, Volumen XVII, Madrid, 1941.
- CARRASCO PERERA, ÁNGEL. *Derecho de Contratos*, editorial Aranzadi Thomson Reuters, 1ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2010.
- CARRASCO PERERA, ÁNGEL; CORDERO LOBATO, ENCARNA y MARÍN LÓPEZ, MANUEL JESÚS. *Tratado de los Derechos de Garantía*, editorial Aranzadi, 1ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2002.
- CASALS COLLDECARRERA, Miguel. *Metodología de la Aplicación del Derecho. Discurso leído el día 28 de noviembre de 1983, en su recepción pública por el Excmo. Sr. D. Miguel Casals Colldecarrera, y contestación del Excmo. Sr. D. Juan B. Vallet de Goytisolo*, editorial Real Academia de la Jurisprudencia y Legislación, 1983.
- CAZORLA PRIETO, Luis María. *Derecho Financiero y Tributario. Parte general*, editorial Thomson Reuters Aranzadi, 14ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2014.
- CAZORLA PRIETO, Luis María. *El Derecho Financiero y Tributario en la Ciencia Jurídica*, editorial Aranzadi, 1ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2002.
- CAZORLA PRIETO, Luis María. *El Gobierno de la globalización financiera: una aproximación jurídica. Discurso leído el día 15 de noviembre de 2010 en el acto de su recepción como Académico de Número por el Excmo. Sr. D. Luis María Cazorla Prieto, y contestación del Excmo. Sr. D. Aurelio Menéndez Menéndez*, editorial Real Academia de la Jurisprudencia y Legislación, 2010.
- CAZORLA PRIETO, Luis María. *El secreto bancario*, editorial Instituto de Estudios Fiscales, 1ª edición, Madrid, 1978.
- COMÍN, Francisco, HERNÁNDEZ, Mauro y LLOPIS, Enrique. *Historia Económica de España. Siglos X-XX*, editorial Crítica, 2ª edición, Barcelona, 2003.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. *Cuadernos de Derecho Judicial. Contratos Bancarios y Financieros*, Consejo General del Poder Judicial, 1ª edición, Madrid, 1994. ISBN 84-88031-88-2.

- CORTES GENERALES. *Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas. Trabajos parlamentarios*, edición preparada por el Letrado de las Cortes Generales LUIS MARÍA CAZORLA PRIETO, editado por las Cortes Generales, 1ª edición, Madrid, 2005.
- COSCIANI, Cesare. *Ciencia de la Hacienda*, traducción del italiano de Julio Banacloche Pérez, editorial de Derecho Financiero editoriales de Derecho Reunidas, 1ª edición, Madrid, 1980.
- COSCIANI, Cesare. *Principios de la Ciencia de la Hacienda*, traducción del italiano de Vicente-Arche Domingo, Fernando y García Añoveros, Jaime, editorial de Derecho Financiero editoriales de Derecho Reunidas, 1ª edición, Madrid, 1967.
- COSCULLUELA MONTANER, Luis y LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano. *Derecho Público Económico*, editorial Iustel, Manuales, 4ª edición, Madrid, 2011.
- DARNACULLETA I GARDELLA, M. Mercè, ESTEVE PARDO, José y SPIECKER GEN DÖHMANN, Idra (Dir.). *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*, Colección Administración Pública y Derecho, editorial Marcial Pons, 1ª edición, Madrid, 2015.
- DE LA CUESTA RUTE, José María. (Dir.) *Contratos mercantiles. Contratos bancarios, del mercado de valores y de seguro*, Tomo II, editorial Bosch, 1ª edición, Barcelona, 2007.
- DE LA VALLINA VELARDE, Juan Luis. *Derecho Administrativo y Ciencia de la Administración*, editorial Gráficas Ibérica, 1ª edición, Madrid, 1962.
- DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos, Volumen II (Tomo I), 11ª edición, Madrid, 2016.
- DÍEZ-PICAZO, Luis. *La seguridad jurídica y otros ensayos*, Colección Cuadernos Civitas, editorial Civitas Thomson Reuters, 1ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2014.
- DORREGO DE CARLOS, Alberto y MARTÍNEZ VÁZQUEZ, Francisco. *La Colaboración Público-Privada en la Ley de Contratos del Sector Público, aspectos administrativos y financieros*, editorial La Ley, Colección Claves La Ley, 1ª edición, Madrid, 2009.
- DUGUIT, León. *Las transformaciones del Derecho (Público y Privado)*, editorial Heliasta, 1ª edición, Buenos Aires, 1975.
- ECKSTEIN, Otto. *Finanzas Públicas*, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, México, 1965.
- EINAUDI, Luigi. *Principios de Hacienda Pública*, Colección Biblioteca de Ciencias Sociales, editorial Aguilar, 5ª edición, Madrid, 1958.
- EL CONSULTOR DE LOS AYUNTAMIENTOS Y DE LOS JUZGADOS, *Nuevo Régimen Local*, tomo II, edición 5ª, Madrid, 2005, editorial La Ley.

- ESCRIHUELA MORALES, Francisco Javier. *La contratación del sector público. Especial referencia a los contratos de suministro y de servicios*, editorial La Ley, 4ª edición, Madrid, 2012.
- ESCUIN IBÁÑEZ, Irene y OLIETE BENEDITO, Gonzalo. *Los contratos de tarjeta de crédito y de tarjeta de débito*, en la obra de YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (Dir.). *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias. Contratos bancarios*, Tomo X, editorial Thomson Reuters Aranzadi, 1ª edición, Pamplona, 2014.
- ESTEVE PARDO, José. *Lecciones de Derecho Administrativo*, editorial Marcial Pons, 2ª edición, Madrid, 2011, págs. 68 a 69.
- ESTEVE PARDO, José. *Origen, principios y técnicas de la regulación de sectores económicos de interés general*, en la obra de REBOLLO PUIG, Manuel (Dir.). *La regulación económica. En especial, la regulación bancaria. Actas del IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo*, editorial Iustel, 1ª edición, Madrid, 2012.
- FASIANI, Mauro. *Principios de Ciencia de la Hacienda*, traducción española de Gabriel de Usera, editorial Aguilar, Colección *Biblioteca de Ciencias Sociales, Sección Primera: Economía*, 1ª edición, Madrid, 1962.
- FAUSTO, Domenicantonio. *Saggi di storia dell'economia finanziaria*, editorial FrancoAngeli, 1ª edición, Milán, 2015.
- FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael. *Las concesiones administrativas de dominio público*, Estudios y Comentarios de Legislación, editorial Civitas Thomson Reuters, 2ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2012.
- FERREIRO LAPATZA, José Juan. *Curso de Derecho Financiero Español. Instituciones*, editorial Marcial Pons, 25ª edición, Madrid, 2006.
- FERREIRO LAPATZA, José Juan. *Instituciones de Derecho financiero*, Marcial Pons, 1ª edición, Madrid, 2010.
- FÍNEZ RATÓN, José Manuel. *Garantías sobre cuentas y depósitos bancarios, la prenda de créditos*, Cuadernos de Derecho Privado 12, editorial J.M. Bosch editor, 1ª edición, Barcelona, 1994.
- FORCAT RIBERA, Arturo. *Curso de Administración Económica*, Instituto Editorial Reus, 5ª edición, Madrid, 1943.
- FRANCH SAGUER, Marta. *Intervención administrativa sobre bancos y cajas de ahorro*, editorial Civitas, Colección *Monografías Civitas*, 1ª edición, Madrid, 1992.
- FRIEDMAN, Milton. *Teoría de los precios*, traducción del inglés de José Vergara y José Vergara L. de San Román, editorial Alianza, Madrid, 1ª edición, 1972.
- FUENTES NAHARRO, Mónica. *Las cartas de patrocinio y la cuestionada juridicidad de las cartas débiles*, en la obra de FLORES DOÑA, Mª de la Sierra y RAGA GIL, José



- Tomás. *El préstamo hipotecario y el mercado del crédito en la Unión Europea*, editorial Dykinson, 1ª edición, Madrid, 2016.
- FUENTES QUINTANA, Enrique. *Hacienda Pública. Introducción, presupuesto e ingresos públicos*, editorial Rufino García Blasco, 1ª edición, Madrid, 1973.
- GALÁN GALÁN, Alfredo. *La potestad normativa autónoma local*, editorial Atelier, 1ª edición, Barcelona, 2001.
- GALÁN GALÁN, Alfredo (coord.). *Nous governs locals: regeneració política i estabilitat pressupostària*, editorial Generalitat de Catalunya, Institut d'Estudis de l'Autogovern, 1ª edición, Barcelona, 2016.
- GARCÍA CRUCES, José Antonio y CURTO POLO, Mercedes. *Los contratos de leasing y factoring*, capítulo insertado en la obra de ZUNZUNEGUI PASTOR, Fernando (Dir.). *Derecho bancario y bursátil*, editorial Colex, 2ª edición, Madrid, 2012.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, Volumen 1, editorial Civitas Thomson-Reuters, 17ª edición, Madrid, 2015.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, Volumen 2, editorial Civitas, 9ª edición, Madrid, 2004.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del poder*, editorial Cuadernos Civitas, 3ª edición, Madrid, 1983.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Revolución Francesa y Administración Contemporánea*, editorial Monografías Civitas, 4ª edición, Madrid, 1994. ISBN 84-470-0440-6.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier. *El factoring*, en la monografía *Contratos Bancarios*, editorial Consejo General del Notariado, Madrid, 1996.
- GARCÍA GARCÍA, José Manuel. *Código de legislación inmobiliaria, hipotecaria y del registro mercantil*, editorial Thomson Civitas, 4ª edición, Madrid, 2004. ISBN 84-470-2254-4.
- GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio. *Los actos administrativos*, editorial Civitas, Colección Tratados y Manuales, 1ª edición, Madrid, 1986.
- GARCÍA VICENTE, José Ramón. *La prenda de créditos*, Estudios de Derecho Concursal, editorial Thomson Civitas, 1ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2006.
- GARCÍA VILLAREJO, Avelino y SALINAS SÁNCHEZ, Javier. *Manual de Hacienda Pública General y de España*, editorial Tecnos, 3ª edición, Madrid, 1998.
- GARRIDO CUENCA, Núria. *El Acto de Gobierno. Un análisis en los ordenamientos francés y español*, editorial Cedecs, 1ª edición, Barcelona, 1998.
- GARRIGUES, Joaquín. *Contratos Bancarios*, editado por Silverio Aguirre Torre, 1ª edición, Madrid, 1958.

- GARRIGUES, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I, editado por Silverio Aguirre Torre, 7ª edición, Madrid, 1976.
- GARZÓN PAREJA, Manuel. *Historia de la Hacienda de España*, volumen I, editorial Instituto de Estudios Fiscales, 1ª edición, Madrid, 1984.
- GAYO. *Instituciones*, editorial Civitas, 1ª edición, Madrid, 1990.
- GILBART, James William. *The history, principles and practice of banking*, editorial Bohn's Libraries, G. Bell and Sons Ltd., Volumen I, 1ª edición, Londres, 1911.
- GIMÉNEZ-CANDELA, Teresa. *Derecho Privado Romano*, editorial Tirant lo Blanch, 1ª edición, Valencia, 1999.
- GIMENO FELIU, José María. *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos*, editorial Thomson Reuters Aranzadi, 1ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2014.
- GIMENO FELIU, José María. *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*, editorial Civitas Thomson Reuters, 1ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2010.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V.. en *La titularidad de los bienes del dominio público*, Marcial Pons, Madrid, 1998. ISBN 84-7248-554-4.
- GRACIÁN Y MORALES, Baltasar. *El Discreto, Oráculo manual y arte de la prudencia*, editorial Penguin Clásicos, Serie *Clásicos comentados*, 1ª edición, Barcelona, 2016.
- GUILLÉN CAMARÉS, Javier (Dir.). *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las Administraciones Públicas*, editorial Thomson Reuters Civitas, 1ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2011; artículo de CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, Manuel. *La regulación como finalidad distinta al Derecho de la competencia*.
- GUILLÉN CAMARÉS, Javier. *El Estatuto jurídico del consumidor. Política comunitaria, bases constitucionales y actividad de la Administración*, editorial Civitas, 1ª edición, Madrid, 2002.
- GUTIÉRREZ GILSANZ, Javier y MARTÍNEZ MUÑOZ, Yolanda. *Las operaciones de crédito activas (I)*, en la obra de YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (Dir.). *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias. Contratos bancarios*, Tomo X, editorial Thomson Reuters Aranzadi, 1ª edición, Pamplona, 2014.
- HAURIUO, Maurice. *Précis de Droit Administratif et de Droit Public Général*, editorial Larose, 3ª edición, París, 1903.
- HAVEMAN, Robert. *El sector público*, traducción de Alicia Calabuig, editorial Amorrortu editores, 1ª edición, Buenos Aires, 1970.

- IBAÑEZ CASADO, Julián y PÉREZ CHINARRO, Emilio. *La financiación de las Haciendas Locales*, editorial Universidad de Valladolid, Serie: Economía, Núm. 27, 1ª edición, Salamanca, 1996.
- JARACH, Dino. *Finanzas Públicas. Esbozo de una teoría general*, Colección *Estudios de Finanzas Públicas y de Derecho Tributario*, editorial Cangallo S.A.C.I., Capital Federal (Argentina), 1ª edición, 1978.
- KANT, Immanuel. *Sobre la paz perpetua*, traducción de ABELLÁN, JOAQUÍN, *Clásicos del pensamiento Tercer milenio*, editorial Tecnos, 7ª edición, Madrid, 2008.
- KELSEN, Hans. *Compendio de Teoría General del Estado*, traducción del alemán por Luis Recaséns Siches y Justino de Azcárate, Editora Nacional, 2ª edición, México D. F., 1974.
- KELSEN, Hans. *Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho*, traducción del alemán de Eduardo A. Vázquez, Colección *Filosofía y Derecho/7*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1969.
- LABAND, Paul. *Derecho Presupuestario*, traducción de ZAMIT, JOSÉ, Colección *Clásicos del Pensamiento Tercer Milenio*, editorial Tecnos, 1ª edición, Madrid, 2012.
- LAGUNA DE PAZ, José Carlos. *Derecho Administrativo Económico*, editorial Civitas Thomson Reuters, 1ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2016. ISBN: 978-84-9059-800-9
- LETAI WEISSENBERG, Pedro. *Siete lecciones de derecho de contratos*, Colección IE Law School, editorial Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, 1ª edición.
- LÓPEZ AGUDO, Carlos, BARIOS ASENSIO, Antoni, y CASTELL DEVÍS, Jesús. *Financiación de Proyectos (Project Finance)* en la obra de ZUNZUNEGUI PASTOR, Fernando (Dir.). *Derecho bancario y bursátil*, editorial Cóllex, 2ª edición, Madrid, 2012.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, José María. *Comentarios a la Ley de Servicios de Pago*, editorial Bosch, 1ª edición, Barcelona, 2011.
- LÓPEZ LIZ, José. *Los tipos de interés, una incógnita permanente. Estudio práctico jurídico-económico de su evolución última*, editorial Marcial Pons, 1ª edición, Madrid, 1996.
- LÓPEZ ORTEGA, Raquel. *Tratado de Derecho Mercantil. Las entidades de crédito y sus operaciones. Las operaciones bancarias de pasivo*, volumen 3 editorial Marcial Pons Derecho, 1ª edición, Madrid, 2008.
- MACERA-TIRAGALLO, Bernard Frank. *La teoría francesa de los actos separables y su importación por el Derecho público español*, editorial Cedecs, 1ª edición, Barcelona, 2001.

- MACHADO PLAZAS, José. *Convenio concursal y fianza*, Colección “privado” número 39, editorial Tirant Lo Blanch, 1ª edición, Valencia, 2001.
- MARTÍN MATEO, Ramón. *El Marco Público de la Economía de Mercado*, editorial Thomson Aranzadi, Colección Divulgación Jurídica, 2ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2003.
- MARTÍN MATEO, Ramón. *Derecho Público de la Economía*, editorial Ceura, Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, 1ª edición, Madrid, 1985.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián. *Crédito, banca y cajas de ahorro. Aspectos jurídico-administrativos*, editorial Tecnos, 1ª edición, Madrid, 1975.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián (Dir.). *Estudios de Derecho Público Bancario*, editorial Ceura, 1ª edición, Madrid, 1987.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián. *El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones*, Monografías Civitas, editorial Civitas, 1ª edición, Madrid, 1996.
- MARTÍN REBOLLO, LUIS en *Leyes Administrativas*, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2009.
- MARTÍNEZ ORTEGA, Juan Carlos. *La intervención de la póliza*, editorial Asociación Estatal de Empleados de Notarías (FEAPEN), 1ª edición, Madrid, 2014.
- MENÉNDEZ, Aurelio y ROJO, Ángel (Dirs). *Lecciones de Derecho Mercantil*, Volumen II, editorial Civitas Thomson Reuters, 12ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2014.
- MENÉNDEZ MORENO, Alejandro (Dir.). *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*. Colección *Lecciones de cátedra*, editorial Lex Nova Thomson Reuters, 13ª edición, Valladolid, 2012.
- MERCADAL VIDAL, Francisco y HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel. *La comercialización de swaps de tipos de interés por las entidades de crédito. Estado sobre la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales*, editorial Bosch, 1ª edición, Barcelona, 2012.
- MESEGUER YEBRA, Joaquín. *La quiebra de la inembargabilidad de los bienes patrimoniales de la Administración Pública*, editorial Bosch, Colección Biblioteca Básica de Práctica Procesal, 1ª edición, Barcelona, 2001.
- MIR PUIGPELAT, Oriol. *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo*, Cuadernos Civitas, editorial Thomson Civitas, 1ª edición, Madrid, 2004.
- MIRANDA SERRANO, Luis María y PAGADOR LÓPEZ, Javier (coordinadores). *Derecho (privado) de los consumidores*, editorial Marcial Pons, 1ª edición, Madrid, 2012; artículo de PÉREZ DE MADRID CARRERAS, Valerio. *La protección del consumidor en la contratación bancaria*.

- MONASTERIO ESCUDERO, Carlos. *El laberinto de la hacienda autonómica*, editorial Civitas Thomson Reuters, 1ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2010.
- MONTESQUIEU. *El Espíritu de las Leyes*, traducción de GARCÍA DEL MAZO, SIRO, Tomo I, Biblioteca de Derecho y de Ciencias Sociales, editorial Librería General de Victoriano Suárez, 1ª edición, Madrid, 1906.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, Volumen II, editorial Iustel, 2ª edición, Madrid, 2007.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Volumen I sobre *La formación de las instituciones públicas y su sometimiento al Derecho*, editorial Iustel, 2ª edición, Madrid, 2006.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Volumen IV, editorial Iustel, 1ª edición, Madrid, 2011.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago (Dir.). *Tratado de Derecho Municipal*, Tomo III, editorial Iustel, 3ª edición, Madrid, 2011.
- NEBREDA PÉREZ, Joaquín María. *Manual de Derecho de la Contratación Privada y Pública*, Colección *Manuales*, editorial Iustel, 1ª edición, Madrid, 2005.
- NUÑEZ-LAGOS ROGLÁ, Francisco José. *Contratos Bancarios*, editorial Centro de Formación del Banco de España, 1ª edición, Madrid, 1995.
- PAREJO ALFONSO, Luciano (Dir.). *Lecciones de Derecho Administrativo. Orden económico y sectores de referencia*, editorial Tirant Lo Blanch, 3ª edición, Valencia, 2012.
- PAREJO ALFONSO, Luciano y PALOMAR OLMEDA, Alberto (Dir.). *Derecho de los Bienes Públicos*, Volúmenes 1 y 2, editorial Thomson Reuters Aranzadi, 2ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2013.
- PAREJO ALFONSO, Luciano y PALOMAR OLMEDA, Alberto (Dir.). *El nuevo marco de la contratación pública*, editorial Bosch, 1ª edición, Barcelona, 2012.
- PENDÁS GARCÍA, Benigno. *Jeremy Bentham: Política y Derecho en los orígenes del Estado Constitucional*, Colección *El Derecho y la justicia*, editorial Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.
- PÉREZ DE ARMIÑÁN, Gonzalo. *Legislación Bancaria Española*, editorial Banco de España, 6ª edición, Madrid, 1983.
- PUJOL ÁLVAREZ, Rubén. *El poder de los mercados financieros*, editorial RBA, Colección *Los retos de la economía*, 1ª edición, Barcelona, 2016.
- Opúsculos Legales del Rey Don Alfonso el Sabio*, Tomo II, Real Academia de la Historia, Imprenta Real, Madrid, 1836.
- ORTEGA Y GASSET, José. *La rebelión de las masas*, colección *Los esenciales de la Filosofía*, editorial Tecnos, 1ª edición, Madrid, 2003.

- RECUERDA GIRELA, Miguel Ángel (director). *La morosidad del sector público en el cumplimiento de sus obligaciones*, editorial Civitas Thomson Reuters, 1ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2012.
- REYNOLDS, Frank. *El comercio internacional de la A a la Z*, editorial Cámara de Comercio Internacional, 1ª edición, Barcelona, 2002. ISBN 84-89924-20-1
- RIVERO ORTEGA, Ricardo. *Derecho Administrativo Económico*, editorial Marcial Pons, 6ª edición, Madrid, 2013.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *El Buen Gobierno y la Buena Administración de Instituciones Públicas*, Colección Divulgación Jurídica, editorial Thomson Aranzadi, 1ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2006.
- RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ, Javier y GOMAR SÁNCHEZ, Juan Ignacio (coordinadores). *Hacienda y Finanzas Municipales. Ponencias presentadas en el XIV Programa Iberoamericano de Formación Municipal organizado por la Unión de Ciudades Capitales Iberoamericanas UCCI*, Monografías jurídicas, editorial Marcial Pons, 1ª edición, Madrid, 2001.
- ROSSELL PIEDRAFITA, Claudi. *Aspectos Jurídicos del Contrato Internacional de SWAP*, editorial Bosch, 1ª edición, Barcelona, 1999.
- RUIZ OJEDA, Alberto. *La ejecución de créditos pecuniarios contra entes públicos. La responsabilidad contractual de la Administración y el embargo de dinero público*, Civitas Monografías, 1ª edición, Madrid, 1993. ISBN 84-470-0177-6
- SAINZ DE BUJANDA, Fernando. *Hacienda y Derecho. Estudios de Derecho financiero*, volumen II, editorial Instituto de Estudios Políticos, 1ª edición, Madrid, 1962.
- SAINZ DE BUJANDA, Fernando. *Hacienda y Derecho. Estudios de Derecho financiero*, volumen III, editorial Instituto de Estudios Políticos, 1ª edición, Madrid, 1963.
- SALA ARQUER, José Manuel. *En torno al concepto de límites normales de la propiedad en Derecho público*, editorial Escuela Nacional de Administración Pública, 1ª edición, Madrid, 1976.
- SALA ARQUER, José Manuel. *La desafectación de los bienes de dominio público*, editorial Instituto Nacional de Administración Pública, 1ª edición, Madrid, 1980.
- SAMUELSON, Paul A. *Curso de Economía Moderna. Una descripción analítica de la realidad económica*, traducción del inglés de José Luis Sampedro, editorial Aguilar, 5ª edición, Madrid, 1957.
- SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Manuel María. *Las cartas de patrocinio*, publicado en la obra de GADEA SOLER, Enrique y SEQUEIRA MARTÍN, Adolfo Javier (coords.). *La Contratación Bancaria*, editorial Dykinson, 1ª edición, Madrid, 2007.
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando. *Instituciones de Derecho Mercantil*, Mc Graw Hill, Volumen II, 27ª edición, Madrid, 2004.

- SÁNCHEZ CALERO, Fernando y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan. *Instituciones de Derecho Mercantil*, editorial Thomson-Reuters Aranzadi, Volumen II, 37ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2015.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General*, Volumen I, editorial Iustel, 2ª edición, Madrid, 2009.
- SMITH, Adam. *Investigación de la naturaleza y causas de la riqueza de las Naciones*, Libro IV, editado por Junta de Castilla y León, 1ª edición, Salamanca, 1996.
- SMITH, Adam. *La Riqueza de las Naciones*, editorial Alianza, 3ª edición, Madrid, 2011.
- STAMMLER, Rudolf. *Economía y Derecho según la concepción materialista de la historia. Una investigación filosófico social*, Colección Biblioteca Jurídica de autores españoles y extranjeros, volumen CXXXII, traducción del alemán por Wenceslao Roces, Suárez editorial Reus, 1ª edición, Madrid, 1929.
- STIGLER, George J. *La teoría de los precios*, traducción del inglés de Julio Segura Sánchez, editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1ª edición, 1967.
- STIGLITZ, Joseph Eugène. *La Economía del Sector Público*, editorial Antoni Bosch, 3ª edición, Barcelona, 1988.
- TAPIA HERMIDA, Alberto Javier. *Derecho Bancario*, editorial Cálamo, Colección Manuales Básicos, 1ª edición, Barcelona, 2002.
- TAPIA HERMIDA, Alberto Javier. *Derecho del Mercado de Valores*, editorial Cálamo, Colección Manuales Básicos, 1ª edición, Barcelona, 2003.
- TORNOS MAS, Joaquín (Coord.). *Ordenación Económica*, Colección *El Derecho Administrativo en la Jurisprudencia*, editorial Lex Nova, 1ª edición, Valladolid, 2008.
- TORRES FERNÁNDEZ NIETO, Juan José; MEDINA GUIJARRO, Javier; OLANO ESPINOSA, César y RINCÓN VILLAGRA, Ana Lucía. *Código de Contratos del Sector Público*, Colección Códigos con Jurisprudencia, editorial Aranzadi Thomson Reuters, 1ª edición, Pamplona, 2009.
- UDINA MARTORELL, Santiago (coord.). *El crédito y la banca en el sector público local*, Instituto de Estudios Fiscales, editorial Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, 1ª edición, Madrid, 1972.
- ULLOA, Modesto. *La Hacienda Real de Castilla en el Reinado de Felipe II*, editorial Fundación Universitaria Española Seminario Cisneros, 2ª edición, Madrid, 1977.
- URÍA GONZÁLEZ, Rodrigo, *Derecho Mercantil*, editorial Marcial Pons, 19ª edición, Madrid, 1992.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan. *Metodología jurídica*, editorial Civitas, Monografías, 1ª edición, Madrid, 1988.

- VICENÇ VIVES, Jaime. *Manual de historia económica de España*, editorial Vicenç Vives, 9ª reedición, Barcelona, 1987.
- VOLTES BOU, Pedro. *Cuestiones vivas de la historia económica de España*, editorial Tecnos, 1ª edición, Madrid, 1985.
- VOLTES BOU, Pedro. *Dos mil años de economía española. Como hemos ido a parar a donde estamos*, Colección *Espejo de España*, número 136, editorial Planeta, 1ª edición, Barcelona, 1988.
- VOLTES BOU, Pedro. *Historia de la Economía Española hasta 1800*, editorial Editora Nacional, 1ª edición, Barcelona, 1972.
- VON EHEBERG, Carlos T. *Hacienda Pública*, traducción del alemán de Enrique Rodríguez Mata, editorial Gustavo Gili, 19ª edición, Barcelona, 1929.
- WARD, Benjamin. *Teoría elemental del precio*, traducción del inglés de José Antonio Fernández Arena, editorial Compañía Editorial Continental, México, 1ª edición, 1969.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (Dir.). *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias. Contratos bancarios*, Tomo X, editorial Thomson Reuters Aranzadi, 1ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2014.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (Dir.). *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias. Contratos públicos*, Tomo XIV, editorial Thomson Reuters Aranzadi, 1ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2014.

## II. Artículos de revista (por orden alfabético)

- ANGULO GARZARO, Noemí y ANGULO GARZARO, Amaya. *La contratación pública en la Unión Europea: la necesaria sumisión de la normativa y la práctica contractual de las Administraciones Públicas a la competencia para garantizar el mercado único de la contratación pública*, Revista General de Derecho Administrativo, número 43, editorial Iustel, octubre, 2016, accesible on line.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *El enigma del contrato administrativo*. Revista de Administración Pública, número 172, enero-abril, editorial Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Madrid, 2007, pág. 95.
- ARROYO MARTÍN, José Víctor. *Los orígenes del Banco de Crédito Local o la necesidad de una herramienta financiera dinamizadora*. Publicación on-line web Universidad de Santiago de Compostela (consulta del día 15-06-17): [http://www.usc.es/estaticos/congresos/histec05/b7\\_arroyo\\_martin.pdf](http://www.usc.es/estaticos/congresos/histec05/b7_arroyo_martin.pdf)
- BALLESTEROS MOFFA, Luis Ángel. *La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el privilegio de inembargabilidad de los bienes y derechos públicos (Comentario a la STC 166/1998, de 15 de julio)*, Revista de Administración Pública, número



- 148, enero-abril, editorial Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Madrid, 1999, págs. 195 a 226.
- BASSOLS COMA, Martín. *La reforma del artículo 135 CE y la constitucionalización de la estabilidad presupuestaria: el proceso parlamentario de elaboración de la reforma constitucional*, Revista Española de Derecho Administrativo, número 155, Madrid, 2012, pág. 21.
- CALVO HORNERO, María Antonia. *Organismos financieros internacionales: bancos regionales de desarrollo e instituciones financieras multilaterales*, Revista de Economía Mundial núm. 3/2000, págs. 79 a 95.
- CARPIO, Maximiliano. *El objetivo constitucional de la suficiencia financiera de los Ayuntamientos: situación y perspectiva*, Revista de Estudios Locales (Cunl), número extraordinario sobre “*La financiación de las Haciendas Locales*”, julio, 2000, pág. 13.
- CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis. *Reflexiones sobre las transformaciones actuales del Derecho Público, en especial del Derecho Administrativo*, Revista de Administración Pública, número 193, enero-abril, editorial Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Madrid, 2014, pág. 27.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, GUILLERMO en su artículo *Derecho o cargo real: naturaleza jurídica de la hipoteca. Una “relectio” a modo de recuerdo y de réplica*, Revista de Derecho Patrimonial núm. 20/2008, 1 parte artículos, editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, págs. 147 a 163.
- DARNACULLETA GARDELLA, M. Mercè. *El Derecho Administrativo Global. ¿Un nuevo concepto clave del Derecho Administrativo?*, Revista de Administración Pública, número 199, enero-abril, editorial Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Madrid, 2016, págs. 11 a 50.
- DARNACULLETA I GARDELLA, M. Mercè y SALVADOR ARMENDÁRIZ, Amparo. *Nuevas fórmulas de génesis y ejecución normativa en la globalización: el caso de la regulación de la actividad financiera*, Revista de Administración Pública, número 183, septiembre-diciembre, editorial Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Madrid, 2010, págs. 139 a 176.
- DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, Diogo. *Crisis y regulación de mercados financieros. La autoregulación regulada: ¿una respuesta posible?*, Revista de Administración Pública, número 180, septiembre-diciembre, editorial Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Madrid, 2009, pág. 10.
- EL CONSULTOR DE LOS AYUNTAMIENTOS Y DE LOS JUZGADOS.
- *Cálculo de la regla del gasto*, número 7.108, 28 de febrero de 2013, Año 161- número 4, editorial La Ley, págs. 350 a 354.
  - *Concertación de préstamo a largo plazo para la adquisición de un inmueble, garantizándolo con hipoteca*, núm. 15/16, Sección Consultas, tomo 2, agosto 2011, editorial La Ley, pág. 1835.

- *Temporalidad de los créditos*, número 7.105, 15 de enero, 2016, Año 161-número 1, editorial La Ley Grupo Wolters Kluwer, págs. 19 a 20.
- ENÉRIZ OLAECHEA, Francisco Javier. *La reciente reforma de la constitución española: los principios de estabilidad presupuestaria y de limitación de la deuda pública*, Revista Aranzadi Doctrinal núm. 8/2011, parte Tribuna, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2011, págs. 87 a 103.
- ESPIGARES HUETE, José Carlos. *Sentencia de 13 de diciembre de 2010. Ejercicio de acción de reintegración del artículo 71 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, frente a hipoteca conjunta constituida por nuda propiedad no deudora. Presunción de perjuicio patrimonial derivada de acto a título gratuito y posibilidad de rescisión parcial*, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil núm. 87/2011, págs. 1715-1750.
- ESTEVE PARDO, José. *La Administración garante. Una aproximación*, Revista de Administración Pública, número 197, mayo-agosto, editorial Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Madrid, 2015, págs. 33 a 39.
- ESTEVE PARDO, José. *La extensión del Derecho Público. Una reacción necesaria*, Revista de Administración Pública, número 189, septiembre-diciembre, editorial Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Madrid, 2012, págs. 33 a 34.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis. *Disposiciones Generales (Título I, artículos 1 a 18)*, Revista de Derecho de Sociedades núm. 36/2011, editorial Aranzadi, págs. 39 a 68.
- FUENTES NAHARRO, Mónica. *Cartas de patrocinio: algunas reflexiones sobre la construcción jurisprudencial del fenómeno*, Revista de Derecho Bancario y Bursátil núm. 110, Valladolid, 2008, págs. 49 a 86 – Aranzadi BIB 2013\138974
- GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, Jorge. *La garantía del Estado frente a la crisis económica*, Revista de Administración Pública, número 201, septiembre-diciembre, editorial Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Madrid, 2016, pág. 109.
- GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, Jorge. *La reforma del artículo 135 de la Constitución Española*. Revista de Administración Pública, núm. 187, enero-abril, editorial Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Madrid, 2012, págs. 52 a 55.
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio. *Préstamo bancario de dinero y tipos de interés negativos*, Revista de Derecho Bancario y Bursátil, número 143, julio-septiembre, 2016, Madrid, págs. 79 a 109.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria*, Revista de Administración Pública, número 30, Madrid, 1959, pág. 154.
- GIMENO FELIU, José María. *El ámbito objetivo de aplicación de la LCSP. Tipología contractual y negocios jurídicos excluidos*, Cuadernos de Derecho Local, número 22, editorial Fundación Democracia y Gobierno Local, 2010, Madrid, págs. 45 a 46.

- GIMENO FELIU, José María. *El nuevo ámbito de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público: luces y sombras*, Revista de Administración Pública, número 176, mayo-agosto, editorial Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Madrid, 2008, págs. 9 a 54.
- GIMENO FELIU, José María. *La adjudicación de los contratos: la oferta económicamente más ventajosa*, Revista Aragonesa de Administración Pública, Monográfico X sobre *El derecho de los contratos del sector público*, Zaragoza, 2008, págs. 163-165.
- IBÁÑEZ LÓPEZ, Felipe. *La superación de la doctrina constitucional contenida en la Sentencia 166/1998, de 15 de julio, por lo que se refiere a la inembargabilidad de dinero y ciertos bienes patrimoniales de las administraciones públicas*, el Consultor de los Ayuntamientos núm. 4, Sección Opinión/Comentarios de Jurisprudencia, quincena del 29 de febrero al 14 de marzo de 2016 (Ref. 424/2016), editorial Wolters Kluwer, pág. 424.
- LIZARRITURRI ROSENDE, Antonio. *La dependencia financiera de las Comunidades Autónomas respecto al Estado: la otra forma de financiación*, Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública número 265, julio-septiembre, editorial de Derecho Financiero, Madrid, 2002, págs. 676 a 677.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando. *Teoría jurídica de las cosas públicas*, Revista de Administración Pública, número 186, septiembre-diciembre, editorial Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Madrid, 2011, pág. 12.
- LÖSING, Norbert. *Estado de Derecho, seguridad jurídica y desarrollo económico*, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional número 6, enero-diciembre 2002, editorial Centro de Estudios constitucionales y Políticos, Madrid, pág. 277.
- LUQUE JIMÉNEZ, María del Carmen. *La fianza y sus efectos entre fiador y acreedor: el beneficio de excusión o de orden*, Monografía Asociada a la Revista de Derecho Patrimonial núm. 29 sobre *Perspectivas Actuales del Derecho de Garantías*, editorial Thomson Reuters Aranzadi, 1ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2013, págs. 115 a 117.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo. *La Reforma de la Constitución: una llamada a la responsabilidad*, Revista Española de Derecho Administrativo, número 153, Madrid, 2012, págs. 11 a 16.
- MARTÍN MATEO, Ramón. *Empresa pública, empresa privada, economía mixta*, Revista Española de Derecho Administrativo, número 15, octubre-diciembre, editorial Civitas, Madrid, 1977, pág. 590.
- MATA SIERRA, María Teresa. *La financiación del Estado español en el siglo XVIII*, Revista Crónica Tributaria, número 119, editorial Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2006, págs. 111 a 122.
- MEDIAVILLA CABO, José Vicente. *El recurso de casación por infracción del artículo 71.2 de la Ley Reguladora de la jurisdicción contenciosa-administrativa*, Revista

- Española de Derecho Administrativo, número 159, Madrid, 2013, págs. 241 a 260.
- MEILÁN GIL, José Luis. *Las prerrogativas de la administración en los contratos administrativos: propuesta de revisión*. Revista de Administración Pública, núm. 191, mayo-agosto, editorial Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Madrid, 2013, págs. 38 a 39.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Eva María. *El nuevo sistema legal francés en materia de contratación de las Administraciones Públicas. Hacia la unidad de jurisdicción*. Revista de Administración Pública, número 158, mayo-agosto, editorial Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Madrid, 2002, págs. 466 a 467.
- MINISTERIO DE HACIENDA. *Informe para la reforma de la financiación de las Haciendas Locales*, Comisión para el estudio y propuesta de medidas para la reforma de la financiación de las Haciendas Locales, editado por Instituto de Estudios Fiscales, 1ª edición, Madrid, 2002, págs. 150 a 151.
- PLEITE GUADAMILLAS, Francisco. *El principio de legalidad en materia de deuda pública autonómica*. Parlamento y Constitución. Anuario, número 3, publicado por Cortes de Castilla La Mancha, 1999, pág. 142.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *Sobre las Transformaciones del Derecho Público, de León Duguit*. Revista de Administración Pública, número 190, enero-abril, editorial Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Madrid, 2013, págs. 71.
- RODRÍGUEZ ENNES, Luis. *La “obligatio” y sus fuentes*, Revista Internacional de Derecho Romano, abril, 2009, págs. 90 a 126.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María. *Prodigalidad y protección de la familia*, Revista Aranzadi Doctrinal núm. 6/2013, págs. 163 a 176.
- RUIZ ALMENDRAL, Violeta. *Estabilidad presupuestaria y reforma constitucional*, Revista Española de Derecho Europeo, número 41, editorial Civitas, 2012, págs. 97 a 102.
- RUIZ MONGE, Laura. *Comentario al Auto de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 4ª) de 19 de julio de 2012. Arbitraje y procedimientos de nulidad de swaps*, Revista del Club Español de Arbitraje núm. 16/2013, Sección *Jurisprudencia*, editorial Wolters Kluwer España, págs. 107 a 114.
- SAINZ MORENO, Fernando. *La “exceptio non adimpleti contractus” en la contratación administrativa*, Revista Española de Derecho Administrativo, número 16, enero-marzo, Madrid, 1978, pág. 20.
- SALA ARQUER, José Manuel. *Huida al Derecho privado y huida del Derecho*, Revista Española de Derecho Administrativo, número 75, julio-septiembre, Madrid, 1992, pág. 407.

SALA ARQUER, José Manuel. *Sociedades mercantiles estatales y sector público*, Revista Española de Derecho Administrativo, número 177, abril-junio, Madrid, 2016, págs. 39 a 51.

TARDÍO PATO, José Antonio. *El principio de especialidad normativa (lex specialis) y sus aplicaciones jurisprudenciales*, Revista de Administración Pública, número 162, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, septiembre-diciembre, Madrid, 2003, págs. 189 a 225.

TORRES CASERO, José A y LÓPEZ JIMÉNEZ, José M. *Modelos avanzados de capital en las entidades bancarias: luces y sombras*, Revista Estrategia Financiera, número 347, Marzo 2017, editorial Wolters Kluwer, Madrid, págs. 37 a 38.

VICENTE IGLESIAS, José Luis. *Análisis de los contratos bancarios y de seguros en la normativa de contratos de las administraciones públicas con especial referencia a las Corporaciones Locales*, Revista Práctica Contratación Administrativa, Año 6, Núm. 49, enero 2006, editorial La Ley, págs. 37 a 46.

### **III. Tesis doctoral**

MORERA GUAJARDO, Enrique. *La regulación de los mercados de valores no organizados. Estudio específico del Total Return Swap (TRS)*, Universidad de Barcelona, Barcelona, diciembre 2014.

### **IV. Doctrina administrativa (por orden cronológico)**

A) Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado:

- Informe 31/96, de 30 de mayo de 1996, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre “*Determinación del tipo de contrato aplicable a los contratos de servicios bancarios, de servicios de seguros, suministro de energía eléctrica, servicio de teléfono, actividades culturales y recreativas.*”
- Informe 34/96, de 30 de mayo de 1996, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre “*Consideración de los contratos bancarios de préstamo como contratos incluidos en el ámbito objetivo de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.*”
- Informe 63/96, de 18 de diciembre, de la Junta de Contratación Administrativa del Estado “*Ejecución de las obras y abono al contratista. Diversas cuestiones relacionadas con la transmisión o cesión de certificaciones de obra y con su embargo.*”
- Informe 57/97, de 2 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado sobre “*Consulta en relación a quién debe autorizar con su firma la formalización de un contrato de préstamo en un Ayuntamiento.*”

- Informe 58/03, de 12 de marzo, de la Junta de Contratación Administrativa del Estado *“Determinación y régimen jurídico de los contratos mixtos.”*
- Informe 34/06, de 30 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado sobre *“Ausencia de limitaciones específicas derivadas de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas respecto a operaciones para financiar anticipos de subvenciones a entidades locales”*
- Informe 18/11 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, de 1 de marzo de 2012 sobre *“Aplicación de la prohibición de contratar en los procedimientos de adjudicación de los contratos relativos a servicios financieros.”*

B) Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid:

- Informe 16/1997, de 22 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid *“Sobre derechos de cobro: su transmisión y embargos judiciales”*

C) Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya:

- Informe 5/2014 de 27 de febrero, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya, sobre *“Naturaleza jurídica y régimen jurídico de los contratos de las administraciones públicas que tienen por objeto operaciones y cuentas corrientes bancarias.”*

D) Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana:

- Informe 7/2006 de la Junta Superior de Contratación Administrativa, de 20 de noviembre de 2006 sobre *“Posibilidad de suscribir un contrato de factoring para el anticipo de pagos a contratistas. Regulación de los servicios financieros en la ley de contratos de las Administraciones Públicas.”*

**V. Sentencias** (por órgano jurisdiccional y orden cronológico)

A) Tribunal Constitucional:

- STC núm. 37/1981, de 16 de noviembre (RTC\37\1981).
- STC núm. 55/1990, de 28 de marzo (RTC 1990\55).
- STC núm. 28/1997, de 13 de febrero (RTC\1997\28).
- STC núm. 166/1998, de 15 de julio (RTC\1998\166).
- STC núm. 211/1998, de 27 de octubre (RTC\1998\211).
- STC núm. 208/1999, de 11 de noviembre (RTC\1999\208).

B) Tribunal Supremo:

- STS de 5 de noviembre de 1983 (RJ 1983\5958).
- STS de 23 de enero de 1987 (RJ 1987/1978).
- STS de 4 de enero de 1992 (RJ 1992\148).
- STS núm. 919/1992, de 27 de octubre (RJ 1992\8584).
- STS de 27 de enero de 1993 (RJ 1993\420).
- STS núm. 95/1993, de 10 de febrero (RJ 1993\1453).
- STS núm. 717/1995, de 10 de julio (RJ 1995\5561).
- STS de 13 de julio de 1998 (RJ 1998\6776).
- STS de 29 de enero de 1999 (RJ 1999\573).
- STS de 28 de septiembre de 2000 (RJ 2000\9492).
- STS de 5 de febrero de 2001 (RJ 2001\5412).
- STS de 19 de marzo de 2001 (RJ 2001/6602).
- STS núm. 655/2001, de 28 de junio (RJ 2001\4980).
- STS de 17 de octubre de 2001 (RJ 2002\5848).
- Auto TS de 1 de marzo de 2002 (RJ 2002\76895).
- STS de 20 de abril de 2004 (RJ 2004\2867).
- STS de 24 de junio de 2004 (RJ 2004\4985).
- Auto TS de 1 de septiembre de 2004 (RJ 2005\5422).
- STS núm. 529/2005, de 30 de junio (RJ 2005\5089).
- STS núm. 96/2007, de 13 de febrero (RJ 2007\684).
- STS de 3 de julio de 2007 (RJ 2007/8351).
- STS de 4 de diciembre de 2008 (RJ 2007/8974).
- STS de 19 de septiembre de 2008 (RJ 2008/7225).
- STS núm. 197/2009, de 18 de marzo (RJ 2009\1656).
- STS núm. 671/2010, de 26 de octubre (RJ 2010\7603).

- STS de 25 de febrero de 2011 (Id Cendoj 28079130042011100030).
- STS núm. 607/2013, de 23 de octubre (RJ 2013/7858).
- STS de 11 de mayo de 2015 (RJ 2015\2857).
- STS núm. 440/2015, de 28 de julio (RJ 2015\4899).
- STS núm. 24/2016, de 3 de febrero (RJ 2016\1).

C) Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales:

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha núm. 242/2013, de 11 de noviembre (JUR 2013\371740).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 40094/2010, de 26 de abril (JT 2010\716).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla núm. 341/2010, de 8 de Julio de 2010 (JUR 2010\370030).

## VI. Enlaces de internet

A) Introducción:

[http://www.usc.es/estaticos/congresos/histec05/b7\\_arroyo\\_martin.pdf](http://www.usc.es/estaticos/congresos/histec05/b7_arroyo_martin.pdf)

<http://censoarchivos.mcu.es/CensoGuia/productordetail.htm?id=46653>

B) Capítulo I:

[http://www.bde.es/clientebanca/es/areas/Derechos\\_de\\_los\\_/](http://www.bde.es/clientebanca/es/areas/Derechos_de_los_/)

<http://www2.isda.org/>

C) Capítulo II:

[http://www.bde.es/webbde/es/estadis/infoest/htmls/notamet\\_pde.pdf](http://www.bde.es/webbde/es/estadis/infoest/htmls/notamet_pde.pdf)

[http://app.bde.es/sew\\_www/faces/sew\\_wwwias/jsp/op/InicioSesion/PantallaInicioSesion.jsp](http://app.bde.es/sew_www/faces/sew_wwwias/jsp/op/InicioSesion/PantallaInicioSesion.jsp)

<http://www.igae.pap.minhap.gob.es/sitios/igae/ca-ES/invente/Paginas/inicio.aspx>.

D) Capítulo III:

[https://www.bocm.es/boletin/CM\\_Orden\\_BOCM/2014/05/06/BOCM-20140506-54.PDF](https://www.bocm.es/boletin/CM_Orden_BOCM/2014/05/06/BOCM-20140506-54.PDF)



<http://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:211102-2017:TEXT:ES:HTML>

<http://www.juntadeandalucia.es/contratacion/ContractNoticeDetail.action?code=2015-0000014095>

[http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas/Proyd eLey?\\_piref73\\_1335538\\_73\\_1335535\\_1335535.next\\_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW12&PIECE=IWA2&FMT=INITXD1S.fmt&FORM1=INITXLBA.fmt&DOCS=5-5&QUERY=121.cini.+no+%40fcie+no+concluido.fase](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas/Proyd eLey?_piref73_1335538_73_1335535_1335535.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW12&PIECE=IWA2&FMT=INITXD1S.fmt&FORM1=INITXLBA.fmt&DOCS=5-5&QUERY=121.cini.+no+%40fcie+no+concluido.fase)

<https://www.esm.europa.eu/efsf-overview>

[http://www.efsf.europa.eu/attachments/20111019\\_efsf\\_framework\\_agreement\\_en.pdf](http://www.efsf.europa.eu/attachments/20111019_efsf_framework_agreement_en.pdf)

<https://www.esm.europa.eu/>

<http://www.esm.europa.eu/assistance/spain/index.htm>

#### E) Capítulo IV:

<http://www.sepg.pap.minhfp.gob.es/sitios/sepg/es-ES/Presupuestos/PGE2016Prorroga/Paginas/PGE2016Prorroga.aspx>

[http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas/Proyd eLey?\\_piref73\\_1335538\\_73\\_1335535\\_1335535.next\\_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW12&PIECE=IWA2&FMT=INITXD1S.fmt&FORM1=INITXLBA.fmt&DOCS=1-1&QUERY=121.cini.+no+%40fcie+no+concluido.fase](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas/Proyd eLey?_piref73_1335538_73_1335535_1335535.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW12&PIECE=IWA2&FMT=INITXD1S.fmt&FORM1=INITXLBA.fmt&DOCS=1-1&QUERY=121.cini.+no+%40fcie+no+concluido.fase)

[https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/c\\_32620121026es.pdf](https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/c_32620121026es.pdf)

<http://www.airef.es/?locale=es>

<http://www.boe.es/boe/dias/2016/05/13/pdfs/BOE-A-2016-4559.pdf>

[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-4392](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-4392)

<http://www.aytoalmeria.es/www/estatico/pdfs/Presupuesto2017/baseejecucion.pdf>

[http://www.ciudadreal.es/documentos/transparencia/presupuesto\\_definitivo\\_con\\_enmiendas\\_2017.pdf](http://www.ciudadreal.es/documentos/transparencia/presupuesto_definitivo_con_enmiendas_2017.pdf)

[http://economia.gencat.cat/web/.content/70\\_corporacions\\_locals/arxiu/Text-consolidat-de-lOrdre-ECF-138-2007.pdf](http://economia.gencat.cat/web/.content/70_corporacions_locals/arxiu/Text-consolidat-de-lOrdre-ECF-138-2007.pdf)

<http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/DGCFEL/Endeudamiento/Nota%20Informativa%20Endeudamiento%202016.pdf>

[http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/DGCFEL/PlanesDeAjuste/20160217%20Nota%20SGCAL-ACDGAE%20de%2011-02-16-Extracto%20para%20OVEL%20\(v2%2022-02-16\).pdf](http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/DGCFEL/PlanesDeAjuste/20160217%20Nota%20SGCAL-ACDGAE%20de%2011-02-16-Extracto%20para%20OVEL%20(v2%2022-02-16).pdf)

<http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/DGCFEL/Fondos/Extracto%20ACDGAE%2008-06-16.pdf>

[http://www.investorwords.com/8315/rating\\_trigger.html](http://www.investorwords.com/8315/rating_trigger.html)

<http://www.eib.org/products/lending/intermediated/index.htm>

[http://www.diputaciondevalladolid.es/extras/ayuntamientos/asesoramiento-local/contabilidad/PRESUPUESTOS,\\_CONTABILIDAD\\_Y\\_FINANCIACION\\_LOCAL/2015/Ponencia\\_Entidades\\_Locales\\_y\\_Prudencia\\_Financiera.pdf](http://www.diputaciondevalladolid.es/extras/ayuntamientos/asesoramiento-local/contabilidad/PRESUPUESTOS,_CONTABILIDAD_Y_FINANCIACION_LOCAL/2015/Ponencia_Entidades_Locales_y_Prudencia_Financiera.pdf)

<http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/GabineteMinistro/Notas%20Prensa/2016/MINISTRO/09-06-16%20Presentacion%20acuerdos%20cdgae.pdf>

[https://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/es/encyclicals/documents/hf\\_jp-ii\\_enc\\_01051991\\_centesimus-annus.html](https://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/es/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_01051991_centesimus-annus.html)

<http://laadministraciondiala.inap.es/noticia.asp?id=1506915>

[http://www.igae.pap.minhafp.gob.es/sitios/igae/es-ES/rcf/Paginas/CircularesIGAE\\_RCF\\_FE.aspx](http://www.igae.pap.minhafp.gob.es/sitios/igae/es-ES/rcf/Paginas/CircularesIGAE_RCF_FE.aspx)

[http://www.sepg.pap.minhap.gob.es/Presup/PGE2016Ley/MaestroDocumentos/PGE-ROM/N\\_16\\_E\\_R\\_7\\_0D\\_0.htm](http://www.sepg.pap.minhap.gob.es/Presup/PGE2016Ley/MaestroDocumentos/PGE-ROM/N_16_E_R_7_0D_0.htm)

[http://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/\\_otros\\_/Modelos\\_y\\_formularios/Modelos\\_y\\_formularios.shtml](http://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/_otros_/Modelos_y_formularios/Modelos_y_formularios.shtml)

<http://www.madrid.org/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobheadervalue1=Content-Disposition&blobheadervalue1=filename%3DModelo+General.pdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1271732773004&ssbinary=true>

<http://www.valladolid.es/es/ayuntamiento/corporacion-municipal/organos-gobierno/pleno/sesiones-plenarias/acuerdos-adoptados-pleno/acuerdos-adoptados-pleno-corporacion-dia-1-septiembre-2016>

E) Utilizados para consulta pero no citados en la tesis:

[www.aranzadidigital.es](http://www.aranzadidigital.es)

<https://www.boe.es/>

<http://www.ceca.es/>

<https://www.cge.cat/>

<https://curia.europa.eu/>

<http://crai.ub.edu/>

<https://dialnet.unirioja.es/>

<http://dle.rae.es/?w=diccionario>

<https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>

<https://www.ecb.europa.eu/ecb/html/index.es.html>

<http://eur-lex.europa.eu/homepage.html?locale=es>

<http://www.icab.cat/>

<http://laleydigital.laley.es/Content/Inicio.aspx>

<http://www.minhafp.gob.es/es-ES/Areas%20Tematicas/Administracion%20Electronica/OVEELL/Paginas/OVEntidadesLocales.aspx>

<http://www.minhap.gob.es/ca-ES/Servicios/Contratacion/Junta%20Consultiva%20de%20Contratacion%20Administrativa/Paginas/default.aspx>

<http://www.minhafp.gob.es/es-ES/Servicios/Contratacion/Junta%20Consultiva%20de%20Contratacion%20Administrativa/Paginas/Juntas.aspx>

<http://www.lamoncloa.gob.es/Paginas/index.aspx>

<http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

<http://www.tesoro.es/>

<http://hj.tribunalconstitucional.es/>

[http://www.usc.es/histoder/historia\\_del\\_derecho/textos.htm](http://www.usc.es/histoder/historia_del_derecho/textos.htm)

<https://es.wikipedia.org/wiki/Wikipedia:Portada>

\*\* \*\* \*

**Tesis doctoral impresa el día 19 de junio de 2017.**  
**Número de ejemplares impresos: 10**

**PrintDigital Impresiones, S.L.**  
**C/ del Pic Negre, 11**  
**Sant Fruitós de Bages (08272 - Barcelona)**