



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 1 5 7 / 2 0 1 3

(Sección 2ª)

La Laguna, a 2 de mayo de 2013.

Dictamen solicitado por el Ilmo. Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Arrecife en relación con la *Propuesta de Resolución de declaración de nulidad de pleno derecho del contrato marco de operaciones financieras, de 15 de abril de 2004, suscrito entre el Ayuntamiento de Arrecife y B.S., S.A., y de los sucesivos contratos de confirmación de permuta financiera de tipos de interés suscritos entre ambas partes al amparo de dicho Contrato Marco (EXP. 156/2013 CA)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. Mediante escrito de 3 de abril de 2013, el Alcalde del Ayuntamiento de Arrecife interesa preceptivo dictamen por el procedimiento ordinario, sobre la Propuesta de Resolución por la que se pretende la declaración de nulidad de pleno derecho, del contrato marco de operaciones financieras CMOF (Contrato Marco), de 15 de abril de 2004, suscrito entre el Ayuntamiento de Arrecife y B.S., S.A., y de los sucesivos contratos de confirmación de permuta financiera de tipos de interés (SWAP) suscritos entre ambas partes al amparo de dicho Contrato Marco, por estar dictados (*sic*) por “órgano manifiestamente incompetente” y por “haber prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”.

Los citados contratos de confirmación de permuta financiera de tipo de interés son de 15 de abril de 2004 (vencimiento 19 de abril de 2005), 15 de marzo de 2005 (con vencimiento el 15 de marzo de 2007, swap bonificado 3x12 con barrera knock-in arreas, por un importe nominal de 30.000.000,00 euros), 26 de enero de 2007 (con vencimiento al 30 de enero de 2011, swap bonificado reversible de media, por importe de 30.000.000,00 de euros), 19 de marzo de 2008 (se hace constar que no se posee este contrato pero su existencia se hace constar en el contrato de 18 de

* **PONENTE:** Sr. Belda Quintana.

septiembre de 2009); y de 18 de septiembre de 2009 (swap tipo fijo escalonado, por importe de 30.000.000,00 euros, actualmente en vigor).

2. De la lectura del expediente resulta que se pretende la “nulidad” de los contratos suscritos -no su “resolución”, que es una de las formas de extinción contractual, cuyo conocimiento correspondería a la jurisdicción civil-, por lo que la legitimación para la solicitud de Dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del Consejo para su emisión se derivan de los artículos 12.3 y 11.1.D.c) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias en relación con la normativa general de contratación administrativa. Esta normativa -sea el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP), se trate de la Ley 30/2007, de 30 de octubre (LCSP), o se aplique el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSPP)- dispone que procederá el preceptivo dictamen del Consejo de Estado o del organismo consultivo autonómico en los casos de “nulidad y resolución” de contratos administrativos cuando haya habido “oposición por parte del contratista” [arts. 59.3.a) TRLCAP, art. 195.3.a) LCSP y art. 195.3.a) TRLCSPP].

3. Consta la oposición del contratista, aunque no estamos ante un contrato administrativo sino ante un contrato privado de la Administración, tal y como se analizará posteriormente, cuyo régimen jurídico se desdobra en razón de que la incidencia contractual concierna a su “preparación o adjudicación” o a sus “efectos y extinción”. En el primer caso, como se verá más adelante, las normas jurídicas aplicables, en cuanto actos separables, son sus normas especiales y en su defecto las de la contratación administrativa -que, por cierto, contiene reglas especiales para los denominados contratos de servicios financieros, como es el caso- y, en consecuencia, es la Jurisdicción contenciosa la competente para resolver las controversias que se susciten en relación con tales incidencias; en el segundo, son aplicables las normas de Derecho privado.

Se trata de anular el Contrato Marco (CMOF) y posteriores contratos de confirmación de permuta financiera (SWAP) por concurrir defectos insubsanables -de competencia, procedimiento y de voluntad- que obligan a anular los compromisos asumidos por la sola firma de la Alcaldesa y Concejales.

4. La Propuesta de Resolución sometida a la consideración de este Consejo - formulada, tras las alegaciones efectuadas por la parte que fueron objeto de informe

jurídico externo- se halla suficientemente motivada y da expresa respuesta a cuantas cuestiones planteó la interesada en el trámite de alegaciones; a saber:

La Resolución de incoación del procedimiento de nulidad sí se encuentra motivada de forma sucinta y suficiente -pues hace referencia a los contratos suscritos y las razones en las que se pretende fundamentar su nulidad: incompetencia manifiesta y haber prescindido de manera absoluta del procedimiento legalmente establecido-; las limitaciones a la libertad de pactos en los contratos privados no se encuentran solo en la LCSP sino en la legislación contractual anterior; la Administración puede "suspender la ejecución" de los contratos suscritos al amparo del art. 104 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, LRJAP-PAC; el orden jurisdiccional contencioso administrativo es el competente para resolver las discrepancias relativas a los actos de preparación y adjudicación de los contratos privados, por ser actos separables de naturaleza administrativa, con exclusión de las relativas a al cumplimiento, ejecución y extinción que deben ser resueltas por la jurisdicción civil; la competencia material de contratación no es del Alcalde o de los Concejales, sino del Pleno; la cuantía del contrato es el precio del mismo, 30 millones de euros, no el importe de las indemnizaciones generadas a su amparo; el Contrato Marco tiene la naturaleza de contrato de adhesión y los contratos de confirmación de permuta financiera son productos financieros complejos y de riesgo que fueron suscritos incumpliendo las obligaciones de información que la Ley impone a las entidades financieras; ha habido total y absoluta omisión de procedimiento administrativo de contratación; en este caso no cabe la aplicación, como límite de las potestades de revisión, de los principios de buena fe y de equidad, al contrario, la práctica bancaria se ha desarrollado vulnerando tales principios generales del Derecho; tampoco cabe en este caso la aplicación de la seguridad jurídica y los derechos de los particulares, cuya defensa se hace sobre la base de una premisa inaceptable, al suscribirse los contratos con contravención absoluta de las reglas que los regulan; ni tampoco el denominado "factor notorio" del Derecho mercantil, de aplicación atenuada en el Derecho Administrativo, pues el Alcalde no es un "apoderado" del Ayuntamiento, cuyos órganos se ordenan en base al "principio de competencia".

II

1. La petición de dictamen ha sido cursada por el procedimiento ordinario, aunque con el ruego de que el dictamen se emita a la mayor brevedad posible.

No puede sin embargo dejarse de reseñar que el primer informe que dio cuenta de la irregularidad de la situación fue de 1 de febrero de 2007, del Tesorero a la Alcaldesa. Tras este informe la Alcaldesa solicitó otro a la Intervención el 2 de febrero de 2007, quien manifestó, 3 de febrero de 2007, que la contratación no era de exigible licitación. La situación permaneció paralizada cuatro años, agravándose las consecuencias financieras para la Corporación, hasta las elecciones municipales de mayo de 2011.

2. La Tesorería emite sendos informes, de 4 de julio -dirigido expresamente dirigido al Concejal de Hacienda- y de 16 de noviembre de 2011, en los que daba cuenta de que la mala gestión de los contratos suscritos -no haberlos cancelado a su vencimiento- lo que había generado cuantiosas pérdidas para las arcas públicas, sin que hubiera expediente de contratación alguno. Denunciaba, además, numerosas irregularidades en los documentos contractuales suscritos.

3. Sin embargo, se tardó un año en proseguir las actuaciones, hasta que el 20 de noviembre de 2012 se emite informe jurídico externo que concluye en que la gestión contractual de los contratos de referencia ha sido nula. A partir de aquí, las actuaciones sí tuvieron la celeridad debida: el 10 de enero de 2013, el técnico de contratación propone a la Secretaria General la "revisión de oficio" de los indicados contratos, a lo que la Secretaría General muestra su conformidad el 22 de enero de 2013; el 25 de enero de 2013, el Alcalde propone al Pleno iniciar procedimiento de revisión de oficio y declarar la nulidad de pleno derecho del Contrato Marco y de los sucesivos contratos de confirmación financiera. El 28 de enero de 2013, la Comisión informativa de Economía y Hacienda emitió dictamen favorable con el mismo alcance. El Pleno, en sesión de 5 de febrero de 2013, adoptó el acuerdo de iniciar el procedimiento de revisión de oficio de los referidos contratos y "suspender" su ejecución. El 1 de marzo de 2013, la interesada presenta escrito de alegaciones. El 1 de abril de 2013, se emite informe jurídico externo sobre las alegaciones efectuadas por la interesada. El 2 de abril de 2013, se emite informe sobre las pérdidas previstas como consecuencia del cumplimiento de los contratos firmados (3.416.113, 61 euros). El 2 de abril de 2013, se redacta la Propuesta de Resolución. El 4 de abril de 2013, tuvo entrada en el Consejo Consultivo la solicitud de dictamen, emitiéndose antes del vencimiento del plazo ordinario (que sería el 10 de mayo) pues el 5 de

mayo caducaría el procedimiento incoado al haber transcurrido en tal fecha tres meses desde su incoación.

III

Por lo que respecta al procedimiento seguido, del expediente que acompañaba la solicitud de dictamen resultan las siguientes incidencias:

1. El 1 de febrero de 2007, el Tesorero remite informe a la Alcaldesa dando cuenta del cargo en cuenta del importe de una indemnización derivada del contrato vigente de permuta financiera (801.589 euros), operación de la que no ha tenido "conocimiento alguno de su formalización". Se trata de una operación con un "altísimo coste financiero" (32%) que "no se ha contratado para cubrir riesgo de la subida de tipo de interés" sino para disponer de "liquidez" y para tal fin hay otras operaciones de tesorería a coste "muchísimo mas reducido".

2. El 2 de febrero de 2007, la Alcaldesa interesa de la Intervención la emisión de informe respecto del anterior de Tesorería.

El 3 de febrero de 2007, se emite el informe de Intervención que expresa que la Alcaldesa tiene delegadas las competencias en materia de Hacienda en el Concejal; que entre las funciones de Tesorería no está la "de emitir informes" (*sic*); que la legislación contractual aplicable "no impone ninguna obligación legal de promover concurrencia"; que es la entidad financiera afectada la que canaliza las "dos terceras partes de la deuda viva" del Ayuntamiento; que desde hace mas de dos años el Ayuntamiento ha suscrito contratos de permuta financiera, "porque así se decidió por la Concejalía Delegada de Hacienda, a los que "nadie se ha opuesto y cuyo resultado fue muy positivo durante el año 2005"; que "aun aceptando que (el cargo en descubierto denunciado por Tesorería) quizás fue debido a falta de comunicación entre los departamentos (...), lo cierto es que las cuentas operativas del Banco (...) permanecen desde hace años con saldo 0, por razones que esta intervención desconoce"; y que a pesar de ser la entidad financiera con la que se ha concertado "el 66% de las operaciones financieras a corto y largo plazo (...), todos los pagos se conducen a través de otra entidad". Este manejo de fondos "parece poco justificado y debe ser argumentado y sobre todo debe aclararse qué miembro corporativo ha adoptado tal decisión".

3. En nuevos informes de la Tesorería, de 4 de julio -dirigido al Concejal de Hacienda- y 16 de noviembre de 2011, se da cuenta de que la mala gestión de los

contratos suscritos –al no ser cancelados a su vencimiento- ha generado cuantiosas pérdidas para las arcas públicas, sin que haya expediente de contratación alguno. Existen, además, numerosas irregularidades en los documentos contractuales, tales como: no aparecen firmadas as hojas del Contrato Marco, a excepción de la página del anexo I; aunque la primera confirmación de permuta nunca llegó a formalizarse, la segunda y siguientes están firmadas por personas que no se identifican, con firma “ilegible”; hay hojas del contrato “no firmadas”; falta el anexo II mencionado en la cláusula 1.1 del Contrato marco; la cláusula 12 del anexo I recoge una fórmula que se dice sustituye a la que aparece en el inexistente anexo II, sin que conste el alcance de esa modificación; ha habido incumplimiento del deber de información; y en un mismo documento contractual hay dos fechas distintas de vencimiento. Finalmente, se cuantifica la pérdida hasta el 22 de septiembre de 2014 en 3.345.000, 00 euros. Se propone por todo la “anulación” del contrato que se ha mencionado.

4. El 20 de noviembre de 2012, a petición del Ayuntamiento, se emite informe jurídico externo que concluye en que la contratación se ha hecho con omisión absoluta de procedimiento y por órgano incompetente. En informe complementario de 18 de diciembre de 2012, se informa favorablemente la suspensión de “la ejecución del acto”, al amparo del art. 104 LRJAP-PAC.

5. El 10 de enero de 2013, el técnico de contratación propone a la Secretaria General la “revisión de oficio” de los indicados contratos.

6. El 22 de enero de 2013, la Secretaría General informa de forma favorable que se tramite la revisión de oficio del Contrato Marco.

7. El 25 de enero de 2013, el Alcalde propone al Pleno iniciar procedimiento de revisión de oficio y declarar la nulidad de pleno derecho del Contrato Marco y de los sucesivos contratos de confirmación financiera suscritos con la referida entidad, por haber sido suscritos por órgano manifiestamente incompetente y sin seguirse procedimiento legalmente establecido, así como “la suspensión de la ejecución” de los mismos. Lo que fue notificado a Contratación, Intervención, Tesorería y Asesoría Jurídica.

8. El 28 de enero de 2013, la Comisión informativa de Economía y Hacienda emitió dictamen favorable con el mismo alcance.

9. El Pleno, en sesión de 5 de febrero de 2013, acuerda iniciar el procedimiento de revisión de oficio y declaración de nulidad de pleno derecho del Contrato Marco de operaciones financieras (CMOF) suscrito entre el Ayuntamiento de Arrecife y B.S.,

así como de los sucesivos contratos de confirmación de permuta financiera de tipos de interés (SWAP) suscritos al amparo de dicho Contrato Marco y suspender su ejecución. Tras nombramiento de instructor y secretario del procedimiento, el 8 de febrero de 2013 se concede trámite de audiencia a la entidad financiera, de conformidad con el art. 84 LRJAP-PAC.

10. Tras nombramiento de instructor y secretario del procedimiento, el Alcalde, por Decreto de 8 de febrero de 2013, ordena la publicación de anuncio edicto del acuerdo de incoación por 20 días, notificado a la entidad financiera, y en el BOP de 18 de febrero de 2013.

11. Tras petición de copia de las actuaciones, la interesada formula alegaciones el 1 de marzo de 2013, oponiéndose a la incoación del procedimiento de nulidad, por las siguientes razones: cuestiona la legislación aplicable (ya que el Contrato Marco y los contratos suscritos a su amparo son anteriores a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público; la motivación *in allunde* de los actos administrativos no puede ocasionar perjuicios a terceros; ausencia de facultades legales de las Administración para suspender unilateralmente contratos con efectos privados; inaplicación de los arts. 22.2.n) de la LRBRL y de la disposición adicional segunda de la Ley 30/2007, que, en todo caso, no se habrían incumplido; no se ha vulnerado total y absolutamente el procedimiento legalmente establecido; no hay incompetencia manifiesta del Alcalde; no procede la revisión por exigencia de los principios de equidad, buena fe, seguridad jurídica y la protección de los derechos de los particulares, principios que, por el contrario, exigen el mantenimiento de los contratos suscritos, en razón al principio mercantil del factor notorio.

12. Con fecha 1 de abril de 2013, se emite informe jurídico externo sobre las alegaciones efectuadas por la interesada, confirmándose los términos de la Propuesta de incoación de procedimiento de nulidad contractual.

13. El 2 de abril de 2013, se emite informe sobre la pérdida prevista como consecuencia del cumplimiento de los contratos firmados, ascendiendo la misma a 3.416.113, 61 euros.

14. El 2 de abril de 2003, se redacta Propuesta de Resolución.

15. El 4 de abril de 2013, tuvo entrada la solicitud de dictamen en el Consejo Consultivo.

IV

1. La primera cuestión que hemos de dilucidar es la naturaleza jurídica de los contratos suscritos y el Derecho aplicable a los mismos.

El acuerdo plenario fue el de revisar “el Contrato Marco de operaciones financieras (CMOF) suscrito entre ambas partes”. El Contrato Marco, suscrito el 15 de abril de 2004 con el objeto de regular las operaciones financieras que se describen en la cláusula segunda, entraría en vigor el día de su firma y podría denunciarse con un mes de antelación, aunque sin perjudicar a las operaciones realizadas. A su amparo, se suscribieron ciertas operaciones de confirmación de permuta financiera cuya firma implicaba la “cancelación” simultánea de la operación hasta entonces existente. La operación actualmente en vigor fue suscrita el 18 de septiembre de 2009. Lógicamente, la nulidad del Contrato Marco, que no posee contenido económico, arrastraría la de las operaciones suscritas a su amparo, aunque son los contratos de confirmación financiera los que concretan las respectivas obligaciones exigibles. De ahí que la cláusula primera del Contrato Marco considera que las operaciones de confirmación se considerarán “integradas” en el objeto del Contrato Marco, que les resulta de aplicación sin perjuicio de las condiciones específicas que puedan tener las confirmaciones. Contrato Marco y las operaciones suscritas “se integran en una relación negocial única entre las partes regidas por el Contrato Marco (conjuntamente todas ellas, el contrato), aunque, formalmente, se pueda distinguir entre Contrato Marco y cada una de las operaciones suscritas”.

De ahí que se pretenda la nulidad tanto del Contrato Marco como de las sucesivas operaciones financieras de confirmación de permuta financiera de tipos de interés (swap) suscritas a su amparo (aunque en cada caso los reproches tienen diferente alcance, pues si a todos los contratos se les puede reprochar el vicio de incompetencia manifiesta, el de inexistencia de procedimiento es sobre todo referible al Contrato Marco, en la medida que cada uno de los contratos de confirmación financiera se limitaba a concretar las previsiones genéricas de aquél, durante un periodo de tiempo determinado). Por ello, no basta con perseguir la nulidad del Contrato Marco sino también la de los contratos suscritos a su amparo, generadores en suma de las respectivas obligaciones y derechos.

Según la Doctrina¹ *“no existe una definición legal de los contratos de permuta financiera o «swaps» ni una regulación específica en nuestro ordenamiento jurídico. Es una modalidad contractual importada del derecho anglosajón que algunos autores han incluido dentro de los contratos parabancarios. La doctrina ha dado varias definiciones de los contratos de swap, según Alonso Soto la operación de Swap puede definirse como una transacción financiera en virtud de la cual diversos organismos o empresas acuerdan intercambiarse flujos de pagos en el tiempo con la mutua suposición de verse ambos favorecidos en el trueque. Por su parte, Costa Ran y Font Vilalta la definen como una transacción financiera en la cual dos partes contractuales acuerdan intercambiar extremos de pagos (cargas financieras) o cobros (activos) en el tiempo o Manuel Santaella López habla de contrato por el cual las partes se comprometen a hacerse pagos recíprocos en fechas determinadas fijándose las cantidades que han de pagarse en base a unos varemos o módulos objetivos.*

Hay varias modalidades de swaps, de intereses, mixtos, dividas, de commodities o de materias primas y de acciones. En los swaps de intereses, (...) las dos partes (banco y cliente) acuerdan intercambiarse mutuamente pagos periódicos de intereses en la misma moneda y calculados sobre un mismo principal nominal pero con tipos de referencia distintos (fijo contra variable o variable contra variable) durante un período de tiempo establecido. No existen pagos recíprocos sino que las partes acuerdan compensar los saldos respectivos y el que salga perjudicado por la compensación se obliga a pagar a la contraparte la cantidad que resulte de aquélla.

Toda operación de swap depende de un contrato marco o contrato de compensación de operaciones financieras (CMOF) redactado y aprobado por la Asociación Española de Banca (AEB) y Confederación Española de Cajas de Ahorro (CECA) (...).

Tal y como se deduce de su articulado el CMOF es un contrato independiente que no se encuentra vinculado a ninguna otra operación o contrato bancario existente entre las partes, por lo que libremente han pactado su formalización y al amparo del mismo la posibilidad de realizar una serie de operaciones de naturaleza financiera enumeradas en el contrato marco mediante el correspondiente documento de confirmación y que con forman una única obligación jurídica. Las permutas financieras vinculadas a intereses no son sino una de las posibles

¹ Marta Cervera Martínez. Editorial El Derecho Editores / Boletín de Mercantil El Derecho, nº 22. Febrero 2010.

manifestaciones u operaciones amparadas por el contrato marco, es decir, una más de las confirmaciones que las partes pueden ir suscribiendo”.

Igualmente, la Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales de los últimos años ha analizado, prolijamente, este tipo de contratos, a los que califica de aleatorios o especulativos, de alto riesgo y complejos (SAP de Barcelona (Sección 16ª) num. 516/2012 de 5 julio, AC\2012\1364). Así, se viene a definir a los swaps de la manera siguiente:

“Tal como ha venido siendo determinado por la doctrina, los contratos de permutas financieras o Swaps (etimológicamente intercambios), que es como se va a definir, por esta Sala, el contrato a partir de ahora, son productos financieros derivados, es decir, que su valor depende de otro valor de referencia. Los Swaps provocan una técnica financiera de hedge u ocultación para paliar o minimizar ciertos riesgos que son asumidos por el otro contratante (la Swap counter party), a cambio de que el primero asuma los riesgos del segundo o a cambio de otra prestación. Estos riesgos suelen ser, el de oscilaciones de moneda, el del tipo de interés -como el caso que nos ocupa- o el de incumplimiento contractual.

Según el Anexo II del contrato marco de operaciones financieras 2009, de la Asociación Española de la Banca, permuta financiera de tipos de interés, es «aquella operación por la cual las partes acuerdan intercambiarse entre sí el pago de cantidades resultantes de aplicar un tipo fijo y un tipo variable sobre un importe nominal y durante un periodo de duración acordado».

El Swap comporta un intercambio entre la obligación que se tiene por la que se desea tener, es un intercambio de dinero a futuro (flujos de cobro y pago recíprocos). Un ejemplo muy sencillo puede ser el que sigue: A y B acuerdan un Swap, en el que A -el contratante- será pagador fijo, y B-la entidad bancaria- un pagador variable, A paga fijo el 10 %, a título de ejemplo. Llegado el primer vencimiento (las liquidaciones suelen ser mensuales, trimestrales o anuales), si el tipo de referencia es 9, A pagará a B, un 1 % (diferencia entre 10 y 9), y al siguiente vencimiento si el tipo de interés de referencia es 12 %, B pagaría a A un 2% (diferencia entre 12 y 10).

También es habitual que los dos compradores sean variables, de forma que un Swap sobre el Euribor, como el de autos, si el Euribor sube por encima de un determinado valor, una de las partes -la entidad bancaria- paga más, mientras que si está por debajo de ese valor, será el contratante el que paga más, de modo que la

variación en el índice de referencia Euribor hace que se beneficie una parte u otra". (SAP de S. (Sección 1ª) num. 131/2012, de 8 noviembre, FJ 3, JUR\2012\399824)

Así pues, a la vista del Contrato Marco de 15 de abril de 2004 (CMOF) y de los sucesivos contratos de permuta financiera de tipos de interés (SWAP), que no consta que estén relacionados con ninguna otra operación financiera, esto es, préstamos o créditos, del Ayuntamiento con el Banco para su financiación presupuestaria, ni para cubrir los riesgos de tipo de interés derivados de dichas operaciones de financiación, podemos calificar tanto al Contrato Marco, como a los *swaps* sucesivos, como un contrato privado de servicios financieros o de inversión de la entidad bancaria, a efectos de lo previsto en la legislación de contratación administrativa. Esta calificación coincide con la que el Consejo Consultivo de Andalucía ha otorgado a este tipo de contratos (swap) en su Dictamen 698/2011, de 27 de octubre, que lo entiende como un contrato para prestación de un servicio financiero -servicios bancarios y de inversiones-, a la que son aplicables los requisitos que se exigen a los contratos administrativos en cuanto a su fase preparatoria o de adjudicación.

2. El Contrato Marco fue suscrito por la entidad financiera y la Alcaldesa, con rúbrica ilegible y sello de la Alcaldía, cuando estaba vigente el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP), que permaneció en vigor hasta su derogación por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), que entró en vigor el 30 de abril de 2008. Esta Ley a su vez fue derogada por el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), en vigor desde el 16 de diciembre de 2011.

Las operaciones financieras de 15 de marzo de 2005 y 19 de marzo de 2008 se suscribieron al amparo del Texto Refundido de 2000; las de 18 de septiembre de 2009 y 30 de enero de 2011, bajo la Ley 30/2007. Los contratos fueron suscritos, pues, en el contexto de diferente legislación contractual. Veamos en cada caso cómo se regula este tipo de contratos:

A. El art. 3.1.k) TRLCAP excluye de la aplicación de la Ley "los contratos de "préstamos, créditos u otras de naturaleza análoga, así como los contratos relacionados con instrumentos financieros derivados concertados para cubrir riesgos de tipo de interés y de cambio derivados los anteriores". Tales contratos se rigen por su legislación específica, sin perjuicio de que los "principios" de la Ley sean utilizados para solventar "dudas y lagunas" (art. 3.2 TRLCAP).

No consta en el expediente, como ya hemos mencionado, referencia alguna a que los contratos cuya nulidad se pretende estén asociados a otros contratos de préstamo suscritos por el Ayuntamiento. Estos contratos se comercializan, habitualmente, como contratos de “seguros” –es decir, con la finalidad de evitar los riesgos derivados de las fluctuaciones excesivas de la variación de tipos, de modo que en caso de que el tipo supere un determinado porcentaje el contrato (seguro) suscrito lo cubre-. Pero el objeto real de los contratos suscritos no es cubrir a la Administración de los riesgos de cambio de interés, sino una permuta financiera, flujos de dinero que se relacionan con una variable futura, como los tipos de interés, de modo que la fluctuación no siempre beneficia a la Administración; al contrario, cuando se da la hipótesis de tipos inversa beneficia a la entidad financiera, siendo entonces la Administración la que debe abonar a la entidad el importe de la fluctuación. Por eso, estos contratos en realidad no cubren riesgos sino que ordenan fluctuaciones monetarias. Por eso, se denominan de “permuta financiera”.

Si es así, no puede desconocerse que los contratos excluidos por el Texto Refundido son los de préstamo y los asociados en cuanto cubran de los “riesgos de tipo de interés”, no los de permuta financiera. Luego, si es así, los contratos de permuta financiera son contratos bancarios, financieros o de inversión, sean calificados como contratos privados o contratos de servicios, sometido ambos con uno u otro alcance legislación contractual.

Los arts. 5.3 y 9.2 TRLCAP tienen por objeto a los denominados “contratos de carácter privado”, cuya “preparación y adjudicación” se rige, en defecto de “normas administrativas específicas”, por el Texto Refundido. Entre ellos se encuentran los denominados “contratos bancarios y de inversiones” (art. 206.6 TRLCAP), que los denomina “de servicios”, regidos por las normas del Libro II, Título IV, Capítulos, II y III del TRLCAP (arts. 202 a 210).

Los contratos bancarios –sean calificados como privados o de servicios- son contratos que se hallan sometidos total o parcialmente a la Ley contractual.

Es decir, los contratos financieros excluidos de la Ley son los de préstamo y de cobertura de riesgos [art. 3.1.k) TRLCAP]; y solo esos. Ya que se trata de una exclusión, deben ser restrictivamente interpretados, de modo que los contratos financieros que no responden a tal naturaleza no están excluidos; están incluidos en la Ley como contratos privados o de servicios.

B. Las últimas operaciones de permuta financiera se realizaron bajo la vigencia de la Ley 30/2007 (LCSP). El art. 4.1.I) LCSP excluye de su aplicación los contratos

financieros referidos a la “compraventa y transferencia de valores”, “en particular, las operaciones financieras del Estado”, así como “las operaciones de obtención de fondos”. Los contratos de permuta financiera no se hallan excluidos; los que cubren riesgos de cambios de interés, tampoco. La exclusión, pues, es inaplicable a este caso. Lo que significa que los contratos suscritos se hallan sometidos a la Ley.

Los arts. 10 y 277 a 288 LCSP regulan a los denominados “contratos de servicios”, que se califican asimismo de “contratos privados” (art. 20.1 y Anexo II.6 LCSP) cuya “preparación y adjudicación”, si no hubiera norma específica, seguirá la presente ley y 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”. Por el contrario, sus efectos y extinción (cumplimiento y resolución) “se regirán por el Derecho privado”.

Luego, los últimos contratos de permuta financiera fueron suscritos en contra de las previsiones de índole administrativa que vinculaban, al menos, a sus actos de preparación y adjudicación, al igual que sucede en el caso de los anteriores.

Por tanto, ni el Contrato Marco ni los contratos financieros suscritos a su amparo, aun siendo contratos privados, resultan totalmente ajenos a las reglas de contratación administrativa, que son las que ordenan su preparación y adjudicación, sea cual fuere la Ley de aplicación. Por el contrario, sus efectos, cumplimiento y extinción se someten a las normas de Derecho privado “correspondiendo, por consiguiente, a los órganos de la jurisdicción civil la competencia para conocer los litigios relativos (...) al cumplimiento contractual” (Auto Audiencia Provincial de Madrid de 9 de diciembre de 2009, JUR 2010/69550).

V

1. La naturaleza administrativa de los actos de preparación y adjudicación de los contratos privados hace que la Jurisdicción contenciosa administrativa sea la competente para resolver las cuestiones litigiosas que les conciernan, pues tales actos tienen la naturaleza de “actos separables” (arts. 93 TRLCAP, art. 21.1 LCSP, y art. 21.1 TRLCSP).

Tal naturaleza administrativa es un límite a la libertad de pactos y condiciones con que cuenta la Administración a la hora de contratar, que, en todo caso, no puede ser “contraria al interés público, al Ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración” (art. 4 TRLCAP, art. 25.1 LCSP, y art. 25.1 TRLCSP). También son

límite del *ius contrahendi* "la libertad de acceso a las licitaciones, la publicidad, la transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos" así como "asegurar, en conexión con el principio de estabilidad presupuestaria y control de gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la (...) contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta más ventajosa" (art. 1 LCSP y art. 1 TRLCSP).

2. Es obvio que en este caso el Contrato Marco firmado y los sucesivos contratos financieros han sido firmados sin tener en cuenta lo más mínimo el interés público (como lo acredita el hecho de que fueran suscritos sin solicitar informe técnico alguno justificativo de la concurrencia del citado interés), lo que es contrario a la más elemental regla de buena administración que la Alcaldesa y Concejales no podían ignorar, pues la conocían por su firma en otros expedientes administrativos que iba precedida de los informes preceptivos exigidos legalmente.

La firma de tales instrumentos financieros de forma contraria a las previsiones expresas de la legislación contractual, al no existir informe ni de las necesidades a cubrir ni de la selección de la oferta más ventajosa; sin publicidad alguna, con absoluta falta de transparencia y postergación de otros posibles licitadores cuyo concurso podía haber conseguido mejores condiciones de contratación; y el desprecio absoluto a las más elementales reglas de equilibrio presupuestario y control del gasto -más aún al tratarse de unos contratos de contenido aleatorio en los que las obligaciones no están predeterminadas de antemano sino que dependen de algo tan fluctuante y especulativo como las variaciones de los tipos de interés- hacen cuestionable la firma de los citados contratos tanto formal como materialmente.

Tan grave ignorancia o negligencia debe tener consecuencias jurídicas. No basta un reproche moral para conducta tan absolutamente despreciativa de los más elementales principios y reglas por las que se rige la cosa pública. La resolución del presente procedimiento debe ser seguida de la incoación de otro en el que depuren las posibles responsabilidades, administrativas o penales, en su caso, de quienes han actuado o permitido que se haya contratado de forma tan lesiva para los intereses públicos, pues no se trata de una simple ignorancia o negligencia, de una conducta simplemente culposa; no cabe el error. La conducta ha sido temeraria o dolosa.

3. Por otra parte, no se pueden ocultar las prácticas contrarias a la buena fe de la entidad financiera, experta en la materia y, sobre todo, en productos financieros especulativos, obra suya. Conocía la evolución futura de los indicadores de los que

dependía la obtención de sus beneficios, sin arriesgar en consecuencia más que el papel en el que se formalizaron los contratos, y por ello contrataba sobre seguro, aprovechándose de la ignorancia, incompetencia, temeridad, negligencia y hasta buena fe de cuantos intervinieron, por acción u omisión, en tal contratación.

VI

1. Aunque en el escrito de solicitud se habla de “nulidad” o “resolución”, nos encontramos sin ninguna duda ante la primera de las eventualidades citadas. No nos movemos en el ámbito de los efectos o extinción del contrato (resolución *stricto sensu*) sino en el de la existencia del propio contrato. No se trata por tanto de una resolución de un contrato válido -lo que debería ventilarse de conformidad con las reglas de Derecho privado- sino de la nulidad del contrato, pues lo que se cuestiona es su propia existencia al haberse vulnerado de forma grave las reglas que regulan su preparación y adjudicación. Se trata de una nulidad administrativa, por cuanto concierne a los actos de tal naturaleza en cuanto actos separables.

Los contratos son “inválidos” cuando lo sea “alguno de los actos preparatorios o el de adjudicación”, por concurrir causa de derecho Administrativo o Civil (art. 61 TRLCAP, art. 31 LCSP y art. 31 TRLCSP). Son causas de invalidez de Derecho administrativo las que el art. 62.1 LRJAP-PAC contempla como causas de revisión de oficio [art. 62.1.a) TRLCAP, art. 32.a) y b) LCSP y art. 32.a) y b) TRLCSP] o “la carencia o insuficiencia de crédito, de conformidad con lo establecido en el art. 60 de la Ley General Presupuestaria” [art. 62.1.c) TRLCAP, art. 32.c) LCSP y 32.c) TRLCSP]. La declaración de nulidad será tramitada por el órgano de contratación de conformidad con las previsiones de la Ley 30/1992, como lo concerniente a la “suspensión de la ejecución de los actos de los órganos de contratación” (art. 64 TRLCAP, art. 34.1 y 4 LCSP y art. 34.1 y 4 TRLCSP). La declaración firme de nulidad de los actos preparatorios o de adjudicación determina que el contrato entre “en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuera posible se devolverá su valor”, debiendo la parte culpable “indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido” (art. 65.1 TRLCAP, art. 35 LCSP y art. 35 TRLCSP). La invalidez por causa de Derecho civil “se sujetará a los requisitos y plazos de ejercicio de las acciones establecidas en el Ordenamiento civil, pero el procedimiento para hacerlas valer se someterá a lo previsto en los artículos anteriores para los actos y contratos administrativos anulables” (art. 66 TRLCAP, art. 36 LCSP y art. 36 TRLCSP).

Los arts. 31 a 36 LCSP recogen esencialmente la misma regulación que la del TRLCAP. También los arts. 31 a 36 TRLCSP contienen la misma regulación. Con el añadido en este último caso de que sus arts. 37 a 39 contienen reglas especiales de nulidad para los contratos sometidos a regulación "armonizada" (regulados en los arts. 13 a 17 TRLCSP) entre los que se encuentran los contratos de servicios contemplados en las categorías 1 a 16 del Anexo II, correspondiendo la categoría 6 a los denominados "servicios financieros".

2. La nulidad de los contratos suscritos se funda en dos de las causas del art. 62.1 LRJAP-PAC: haber sido suscritos por "órgano manifiestamente incompetente" [apartado b)] y haber prescindido "total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido" [apartado e)]. Ha de señalarse que la absoluta falta de procedimiento -en este caso, literal- incluye la omisión del preceptivo informe presupuestario sobre la existencia de crédito, lo que es causa autónoma de nulidad de Derecho administrativo [arts. 62.1.c) TRLCAP, art. 32.c) LCSP y art. 32.1 TRLCSP].

A. Órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o el territorio.

El Contrato Marco fue firmado el 15 de abril de 2004 por la entidad y la Alcaldesa, cuando estaba vigente el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio. Las operaciones financieras suscritas el 15 de marzo de 2005 y 19 de marzo de 2008 se hicieron durante la vigencia del TRLCAP del 2000; las de 18 de septiembre de 2009 y 30 de enero de 2011, bajo la de la Ley 30/2007.

La disposición adicional segunda de esta Ley (Normas específicas de contratación en las entidades locales) atribuye al Alcalde la competencia para suscribir entre otros los contratos "especiales y privados" siempre que su importe "no supere el 10 por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto, ni, en cualquier caso, la cuantía de seis millones de euros, incluso los de carácter plurianual" (apartado 1), siendo el Pleno el "órgano de contratación respecto de los contratos no mencionados en el apartado anterior" (apartado 2). Tal Ley derogó [disposición derogatoria única. b)] los arts. 21.1.ñ) y p), 22.1.ñ) y o) y 33.2.l) y n) y 34.1.k) y m) de la de la Ley de Bases de Régimen Local, todos ellos relativos a competencia orgánica en materia de contratación de los entes locales.

Los arts. 21 y 22 LRBRL conciernen a la competencia del Alcalde y Pleno en materia contractual. Cuando estaban en vigor, la competencia del Alcalde se limitaba, en la redacción original de la LRBRL [art. 21.l)] a la contratación de obras

y servicios siempre que su cuantía “no exceda del 5% de los recursos ordinarios de su presupuesto ni del 50% del límite general aplicable a la contratación directa, con arreglo al procedimiento legalmente establecido” (entonces, art. 37 de la Ley de Contratos del Estado, texto articulado aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril).

Esta redacción permaneció inalterada hasta que la Ley 11/1999, de 21 de abril, indicó que la competencia se limitaba a las contrataciones cuyo importe no superara el 10% de los recursos ordinarios del presupuesto ni, en cualquier caso, los 1.000.000 de pesetas; incluidas las de carácter plurianual cuando su duración no sea superior a cuatro años”. Por Ley 57/2003, de 16 de diciembre, se limitaba la competencia a las contrataciones cuyo importe “no supere el 10% de los recursos ordinarios” ni en cualquier caso “los seis millones de euros, incluidas las de carácter plurianual”. Esta redacción ha permanecido vigente hasta el 30 de abril de 2008, en que fue derogada por la citada LCSP, que, no obstante, mantiene la misma limitación material a la competencia orgánica del Alcalde.

La competencia material del Pleno corporativo se dibuja de forma objetiva, cuantitativa; comienza allí donde termina la competencia del Alcalde. En suma, es el montante económico del contrato el que determina la competencia de uno u otro órgano.

El art. 22.n) LRBRL, en la redacción original de la Ley, no cabía referencia a la competencia del Pleno en materia contractual, delimitada negativamente a partir de la fijación positiva de las competencias del Alcalde: la competencia plenaria comienza allí donde finaliza la competencia del Alcalde (contratación cuya cuantía “exceda del 5% de los recursos ordinarios de su presupuesto” o del “50% del límite general aplicable a la contratación directa, con arreglo al procedimiento legalmente establecido”).

Esta fórmula permaneció inalterada tras la modificación introducida por la Ley 7/1997, de 14 de abril, pero se modificó con la Ley 11/1999, de 21 de abril, en el sentido de atribuir a la competencia plenaria la contratación cuyo importe “supere el 10% de los recursos ordinarios del Presupuesto y, en cualquier caso, los 1.000.000.000 de pesetas”, así como los de duración superior a cuatro años o plurianuales de menor duración pero que superen la expresada cuantía. La Ley 57/2003, de 16 de diciembre, cambió la referencia en pesetas en euros (6 millones). El precepto no se modificó con la Ley 8/2007, de 28 de mayo, siendo derogado por la Ley 30/2007, de

30 de octubre, cuya disposición adicional segunda recoge la última de las normas citadas pero precisando, cuando se trata de contratos plurianuales de duración superior a cuatro años, que “el importe acumulado de todas sus anualidades no [puede superar (...)] el porcentaje indicado, referido a los recursos ordinarios del presupuesto del primer ejercicio, ni la cuantía señalada”.

Es decir, bajo ninguna de las citadas formulaciones legales competenciales la competencia para suscribir un contrato privado de 30.000.000 de euros -a estos efectos, precio del contrato y no el valor de las indemnizaciones debidas (Auto del Tribunal Supremo, de 18 de enero de 2011, RJ 2011/432, citado por la Propuesta- no es del Alcalde, sino del Pleno.

La incompetencia para ser manifiesta debe ser “incompatible con cualquier interpretación jurídica o exigencia de esfuerzo dialéctico” (SSTS de 25 de enero de 1980, RJ 1641; 12 de noviembre de 1980, RJ 4060; 15 de diciembre de 1980, RJ 6004; 28 de enero de 1981, RJ 24; 18 de octubre de 1982, RJ 6389; 25 de octubre de 1982, RJ 5085; 18 de octubre de 1983, RJ 5239; 23 de marzo de 1984, RJ 2525; 24 de abril de 1985, RJ 2233; 12 de junio de 1985 RJ 3216; 20 de febrero de 1990 144 30 de octubre de 1992 RJ 8263 y 10 de noviembre de 1992 RJ 8664); es decir, la misma debe resultar de forma palpable, sin necesidad de esfuerzo especial. Debe ser, en suma, evidente. No excusa que para llegar a tal punto deba efectuarse una somera interpretación jurídica, pero ésta debe limitarse a ser literal o gramatical; cualquier otra haría que la competencia ya no fue evidente sino dudosa, por ello, discutible y ya no sería manifiesta. Concorre la incompetencia manifiesta cuando “la competencia viene atribuida por un precepto legal con carácter expreso y de forma exclusiva e indelegable” (STS de 11 de enero de 2008) a un órgano preciso.

En este caso, ni siquiera se genera duda por el Derecho y transitorio de las Leyes concurrentes (LRBRL y TRLCAP/LCAP/LCSP/TRLCSF), pues su regulación en esta materia siempre ha sido uniforme: la competencia contractual del Pleno y Alcalde se mide en razón del porcentaje del contrato respecto de los recursos ordinarios de la Corporación (5/10%) y/o 6 millones de euros). El presente contrato tiene un precio de 30.000.000 euros, por lo que la competencia es sin duda del Pleno.

Tal incompetencia manifiesta debe serlo por razón de la materia o del territorio. Lo que excluye la incompetencia jerárquica, pues el órgano superior puede convalidar la actuación del órgano inferior incompetente (SSTS de 10 de marzo de 1987, RJ 3526; 12 de diciembre de 1986, RJ 1548 y 22 de mayo de 1992, RO 4460). Pero la relación entre Alcalde y Pleno no es estrictamente de jerarquía, pues cada

uno de los citados órganos se mueve en el plano de sus respectivas competencias. Por ello, cuando el Alcalde o la Comisión de Gobierno invade las competencias del Pleno “concorre incompetencia manifiesta” (SSTS de 3 de marzo de 1982 y de 30 de marzo de 1994), pues “cada uno de los órganos de una Corporación Local no son sino encarnaciones concretas y diferenciadas de la personalidad jurídica de la entidad y que actúan paralela y separadamente sin escalonamiento jerárquico de sus competencias”.

El Contrato Marco fue suscrito por la Alcaldesa, que se identifica por nombre, mecanografiado, firma y sello de la Alcaldía. La confirmación de permuta de 15 de abril (que al parecer no se llevo a cabo) está asimismo firmada por la Alcaldesa, nombre, manuscrito, misma rúbrica y sello de la Alcaldía. El de 26 de enero de 2007, por alguien que no se identifica (rúbrica ilegible y sin sello de la Alcaldía); el de 19 de marzo de 2008 y su Anexo I, firma ilegible, distinta de la anterior, y sello de la Alcaldía.

Del informe de Intervención, de 3 de febrero de 2007, se desprende que en su día el Concejale de Hacienda había firmado contratos de permuta, “a los que nadie se había opuesto”. Quizás porque se hizo sin publicidad y total falta de transparencia, habría que añadir. La Propuesta se para en simplemente reconocer que las firmas son irreconocibles, pero no parece que sea difícil comprobar la firma de los Concejales en las fechas de suscripción de los referidos contratos –especialmente los de Hacienda- e inquirirles sobre su competencia para hacerlo; si les había sido delegada la competencia o se excedieron de la delegación; y sobre la falta absoluta de procedimiento. No basta con concluir que el Pleno era el competente y que los que intervinieron en su lugar carecían de competencia. Hay que ir más allá, por si no solo hubiera incompetencia manifiesta sino responsabilidades de otra naturaleza.

En cualquier caso, la claridad de los vicios hace innecesaria su intervención en este momento. Una vez dictada la Resolución definitiva, se debiera abrir el correspondiente procedimiento de responsabilidad.

La anterior conclusión presupone una premisa: que el Pleno, que es el órgano competente, no hubiera delegado las funciones de contratación al amparo del art. 51 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Entidades Locales, aprobado por R.D. 2568/1986, de 28 de noviembre (ROF); delegaciones que permanecerían vivas aunque hubiera cambio corporativo (art. 114 ROF), salvo que se hubiera conferido la delegación con tal limitación temporal (art. 118 ROF).

Tal posibilidad de delegación no se encontraba en la redacción original del art. 22 LRBRL, siendo introducida en el apartado 4 de dicho artículo por Ley 11/1999, de 21 de abril. Sin embargo, la delegación -que no era ilimitada, pues había materias excluidas, aunque comprendía las competencias de contratación- sólo podía hacerse en favor del Alcalde o de la Comisión de Gobierno, redacción que permanecido invariable -salvo la sustitución de la Comisión de Gobierno por la Junta de Gobierno Local- hasta la supresión del artículo por la Ley 30/2007.

En correspondencia, el art. 21.3 LRBRL contemplaba la posibilidad de que Alcalde pudiera delegar sus funciones, entre ellas las de contratación -salvo las expresamente excluidas- a la Comisión de Gobierno y a un Concejal delegado (arts. 43 a 45 y 53 ROF), salvo la "concertación de "operaciones de crédito" (redacción introducida por Ley 11/1999, de 21 de abril), lo que fue posible hasta la derogación del precepto por la Ley 30/2007.

El informe de Intervención, de 3 de febrero de 2007, manifestaba que la "Alcaldía Presidencia (tiene) delegadas las competencias en materia de Hacienda en un Concejal del grupo de gobierno"; también dice que la decisión de suscribir contratos de permuta financiera fue de "la Concejalía Delegada de Hacienda". No consta sin embargo la naturaleza ni el alcance de esa delegación. Si la competencia es del Pleno, la delegación debe ser hecha a favor del Alcalde o de la Comisión de Gobierno. El Alcalde no puede delegar una competencia que no le corresponde (al no darse la posibilidad que permite el art. 13.5 LRJAP-PAC), por lo que tal delegación en el Concejal, si existiera, sería nula.

Sin contar con que la delegación nunca podría extenderse a las "operaciones de crédito". Y en este punto se recuerda que para la Tesorería, informe de de 1 de febrero de 2007, las operaciones suscritas -que poseían un "altísimo coste financiero" (32%) cuando había otras operaciones de tesorería a coste "muchísimo mas reducido"- no se contrataron tanto para "cubrir el riesgo de la subida de tipo de interés del montante vivo de los préstamos del Ayuntamiento" cuanto para "disponer de liquidez en la Tesorería". Es decir, se trataba en realidad de una operación de crédito, de competencia del Pleno, que nunca podría ser delegada en el Alcalde o Concejales (art. 21.3 LRBRL). Si así fuera, se trataría de una conducta que evidenciaría nuevamente la incompetencia manifiesta de quienes suscribieron las operaciones.

B. Haber prescindido del procedimiento legalmente establecido.

Concorre este vicio cuando el acto se dicta sin previo procedimiento, lo que es la suma arbitrariedad. La Administración pública está sometida a la Ley y al Derecho y a

los fines que la justifican, que no son otros que la satisfacción o la defensa del interés general. El procedimiento *secundum legem* permite asegurar que las potestades administrativas se han utilizado dentro de los términos formales y materiales con que el Derecho ordena el ejercicio de determinada competencia. Dictar un acto sin haber tramitado el previo procedimiento que acredite la necesidad de su adopción, la oportunidad y legalidad de la medida a adoptar y la selección de la opción más ventajosa para el interés general respetando la integridad y equilibrio de las cuentas públicas es lo menos que se puede pedir a un gestor público.

En el presente caso, no hay duda alguna. No es que se hayan dictado algunos actos en el contexto de un procedimiento del que sí se han cumplimentado otros y tengamos que decidir si los omitidos constituyen una omisión tan esencial que constituyen un vicio de nulidad o, por el contrario, de anulabilidad no necesariamente invalidante, por afectar los actos omitidos a elementos no esenciales del procedimiento. No se trata de esto. Tampoco que se haya seguido un procedimiento distinto del exigido legalmente. Es que no ha habido trámite alguno, ni esencial ni accesorio, sino pura y simple expresión de una manifestación de voluntad, infundada, que se exterioriza mediante la rúbrica de los contratos de servicios reseñados. No se realizó ningún acto de preparación ni de adjudicación. No hubo, pues, expediente que a estos efectos se integra por “la necesidad de consignación presupuestaria (...), la competencia (...), las cláusulas administrativas y técnicas (...) y la aprobación del gasto (...), la fiscalización previa (...) la adjudicación del contrato atendiendo a los principios de publicidad y concurrencia (...)” (STSJ de Andalucía de 30 de marzo de 2007, RJCA 2007/480, con cita de la STS de 16 de noviembre de 12983, RJ 1983/6117). Sólo hubo “formalización del contrato”, por lo demás probablemente viciado en su consentimiento y causa.

No es menester insistir más para concluir que si hay un caso en el que ha habido total y absoluta postergación del procedimiento legalmente establecido es éste.

C. Inexistencia de crédito.

Al margen de las anteriores consideraciones, se recuerda que el art. 62.1.g) LRJAP-PAC dispone que también procede la revisión de oficio de un acto siempre que “que se establezca expresamente en una disposición de rango legal”. Los arts. 62.c) TRLCAP, 32.c) LCSP y 32.c) TRLCSP disponen que es causa de nulidad de Derecho administrativo “la carencia o insuficiencia de crédito, de conformidad con lo establecido en el art. 80 de la Ley General Presupuestaria (Ley 47/3003, de 26 de

noviembre, General Presupuestaria -LGP-) salvo en los supuestos de emergencia", que no es el caso.

Ya se expresó que en este caso hubo total y absoluta falta de procedimiento -lo que implica que no hubo expediente ni, en consecuencia, "certificado de existencia de crédito" ni "aprobación del gasto"- pero la ley dispone para esta específica omisión -incluso aunque haya habido procedimiento, que no es el caso- la sanción de nulidad.

D. Vicio de consentimiento y en la causa del contrato.

Ni la Alcaldesa ni el Concejal pueden alegar error en los trámites a seguir con ocasión de la contratación pública. No es posible que un contrato de 30 millones de euros haya sido adjudicado con menos garantías que un contrato menor.

En este caso, la ignorancia del procedimiento ha sido doblemente grave. Los contratos de servicios financieros tienen naturaleza aleatoria y especulativa, lo que ha dado lugar a numerosos abusos que han tenido que ser conocidos por los Tribunales. Son contratos complejos, de alto riesgo, y solo recomendados a clientes con determinado perfil. Por ello, la normativa que los regula obligaba a informar correctamente al cliente y, sobre todo, a advertirle de los riesgos con transparencia. Tal es así, que la Directiva sobre Mercados de Instrumentos Financieros, de 1 de noviembre de 2007, obliga a distinguir entre clientes en función de su conocimiento de los mercados financieros y a ofertarles el producto más conveniente, absteniéndose de aconsejarles la suscripción de cualquier producto que no se adecue a dicho perfil de idoneidad y conveniencia (arts. 35 a 37). De hecho, para la determinación del producto más idóneo el cliente deberá firmar un test de idoneidad y conveniencia.

De la legislación vigente (Ley 47/2007, de 29 de diciembre, de modificación de la Ley 24/1988, de 28 de julio, de Mercado de Valores, y R.D. 217/2008, de 13 de febrero, sobre Régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y por el que se modifica el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por R.D. 1º309/2005, de 4 de noviembre) se desprende que la información facilitada por la entidad financiera debe ser imparcial, clara, no engañosa, exacta y suficiente

Nada de esto se hizo, ni consta que la Alcaldesa o los Concejales firmantes tuvieran conocimientos financieros que les hubieran permitido saber lo que estaban firmando y los riesgos de hacerlo. Es mas, "las partes manifiestan conocer y aceptar

los riesgos inherentes o que puedan derivarse de la realización de esta operación”, añadiéndose que “cada una de las partes manifiesta que no ha sido asesorada por la otra parte sobre la conveniencia de realizar esta operación y que actúa sobre la base de sus propias estimaciones y cálculos de riesgos”. Lo que contradice totalmente las obligaciones que a legislación exige a los intermediarios financieros a la hora de ofrecer este tipo de producto.

En relación con ello, el Contrato Marco se ofreció como si fuera un contrato de adhesión pura, sin que se hubiera negociado o discutido su contenido, lo que no es sino efecto de que se adjudicó sin licitación, publicidad o concurrencia. No está de más recordar que el art. 7 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, dispone que “no quedan incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) las que el adquirente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del art. 5; b) cuando sean ilegibles, ambiguas, oscuras, incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieran sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato”. Lo que no ha sido el caso.

Ello obliga a concluir que en la prestación de consentimiento concurría un vicio - error sobre el objeto, dolo o culpa- que lo invalidaba.

Se recuerda asimismo que el Tesorero manifestó dudas sobre la finalidad real de las operaciones suscritas, aunque ni el Interventor en su contrainforme ni en el expediente se hace referencia la misma. Una auditoría podría explicar la realidad que subyace a tales contratos de permuta financiera, pues, al margen de su posible nulidad por las causas alegadas, también cabe que la causa de los mismos fuera falsa (arts. 1261, 1274 y 1302 del Código Civil), lo que daría lugar a la nulidad del contrato. Con la información de la que disponemos, no podemos ir más allá. Pero se recuerda que la legislación permite cubrir “déficit temporal de liquidez” mediante el concurso al crédito externo (art. 199 TRLHL), en los términos del art. 51 TRLHL, distribuyendo la competencia entre Pleno y Alcalde en función de un porcentaje que (largo plazo 10% de los recursos ordinario y corto plazo, 15% de los recursos corrientes liquidados en el ejercicio anterior) cuya superación es la que determina la competencia plenaria (arts. 51 a 53 TRLHL).

Ya hemos visto como en los contratos privados de la Administración el cumplimiento, efectos y extinción de los mismos seguían las normas de Derecho privado. Por el contrario, los actos de preparación y adjudicación siguen, como actos separables, el Derecho administrativo de contratación. En este caso, el vicio -sea error, dolo o culpa- concurre en la fase de formación de la voluntad administrativa; es decir, en el momento del ofrecimiento y firma de los referidos contratos, no en su cumplimiento o eficacia. Por ello, este vicio, de concurrir, reforzaría la nulidad de los contratos ya nulos por no seguir las reglas de preparación y adjudicación, ésta última confundida con la formalización de los mismos.

VII

Ahora bien, con la incoación del procedimiento de nulidad se acordó asimismo la suspensión de la ejecución de los contratos al amparo del art. 104 LRJAP-PAC, que contempla la posibilidad de suspender el acto indicado el procedimiento de revisión de oficio. Estamos sin embargo ante un procedimiento de nulidad contractual y no de revisión de oficio. En este caso, la suspensión no es de un acto administrativo sino de los efectos de los contratos suscritos (el abono de la indemnización debida a resultas de los contratos suscritos), lo que es materia civil y no administrativa en cuanto acto separable.

Como señala la STS de 28 de noviembre de 1981 (RJ 1981/5329), “la jurisdicción civil ordinaria será la competente “resolver las controversias que surjan entre las partes y se refieran al contenido material del contrato, a su eficacia vinculante, a su interpretación, efectos y extinción; por tanto, al afectar el supuesto error en el consentimiento (...) a su eficacia y extinción y no a los actos separables de preparación, competencia y adjudicación definitiva y formalización del mismo (la) jurisdicción [contenciosa (...)] carece de competencia y procede acceder a la primera causa de inadmisibilidad indicada”.

Como indica la entidad bancaria interesada, la Administración no puede suspender un contrato, expresión de una suma de voluntades. Sin perjuicio de que la nulidad del contrato arrastraría la de sus efectos, la Administración no puede ejercer sus potestades sobre materia civil, por lo que debe cuestionar tales efectos ante la jurisdicción competente. En este sentido, cualquier indemnización que se exija, tanto por la entidad financiera como por parte del ayuntamiento, al ser consecuencia de la extinción del contrato en sí mismo, debe ventilarse ante la jurisdicción civil ordinaria, dado el carácter privado de los contratos cuya nulidad de pleno derecho se acuerda en la vía administrativa.

Por esta razón, no podemos pronunciarnos sobre estas cuestiones, ajenas a la competencia de este Consejo en cuanto a que sólo nos corresponde dictaminar sobre la fase sometida a la legislación administrativa.

C O N C L U S I O N E S

1. La adjudicación del contrato marco de operaciones financieras (CMOF) de 15 de abril de 2004 y los sucesivos contratos de permuta financiera de tipos de interés (SWAP) suscritos entre el Ayuntamiento de Arrecife y el Banco de Santander es nula de pleno derecho por las razones expuestas en los Fundamentos IV, V y VI.

2. Los efectos posteriores a la eventual nulidad de los citados contratos, tanto esta misma, como las posibles indemnizaciones, que se reclaman las partes, deben plantearse ante la jurisdicción civil ordinaria, sin que quepa pronunciamiento alguno de este Consejo sobre dichos extremos (Fundamento VII).