



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 0 4 / 2 0 1 3

(Sección 2ª)

La Laguna, a 19 de septiembre de 2013.

Dictamen solicitado por la Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de San Bartolomé (Lanzarote) en relación con la *Propuesta de Resolución de declaración de nulidad de pleno derecho del Contrato Marco de operaciones financieras, de 25 de octubre de 2004, suscrito entre el Ayuntamiento de San Bartolomé y el 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 (EXP. 296/2013 CA)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. Mediante escrito de 10 de julio de 2013, la Alcaldesa del Ayuntamiento de San Bartolomé interesa preceptivo dictamen por el procedimiento ordinario -aunque con ruego de que “en la medida de lo posible” el dictamen se emita por el trámite de urgencia del art. 20.3 de la Ley 5/2002- sobre la Propuesta de Resolución, con forma de acuerdo plenario tomado en consideración en sesión elebrada el 27 de mayo de 2013, por la que se pretende la declaración de nulidad de pleno derecho del

Contrato Marco de Operaciones Financieras (Contrato Marco), de 25 de octubre de 2004, suscrito entre el Ayuntamiento y el B.S., S.A., así como de los sucesivos contratos de confirmación de permuta financiera de tipos de interés (Swap) suscritos entre ambas partes al amparo de dicho Contrato Marco.

Se funda la nulidad en que tales contratos se han suscrito habiéndose prescindido “total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido en materia de contratación” [art. 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común,

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

LRJAP-PAC]; por haberse suscrito tales operaciones financieras “por órgano manifiestamente incompetente” [art. 62.1.b) id.]; por haberse hecho con “carencia o insuficiencia de crédito” [art. 62.1.g) id], en relación con los arts. 62.c) de Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP) y 32.c) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), Ley esta última inaplicable al caso, como luego se verá]; y por “error de consentimiento” causado por haber infringido la entidad financiera sus “deberes de información” [art. 79.6 a 8 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y art. 72 y ss. del R.D. 217/2008, de 15 de febrero, sobre el Régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión].

Con el acuerdo adoptado también se adoptó el de suspender el procedimiento seguido -al amparo del art. 42.5.c) LRJAP-PAC- “por el tiempo que medie entre la petición al Consejo Consultivo (...) y la recepción del mismo”, precepto inaplicable al caso toda vez que, como este Consejo ya ha señalado, tal posibilidad se anuda a la necesidad de solicitar informes a la “Administración” que sean determinantes del “contenido” de la Resolución, lo que no es el caso pues este Consejo ni es Administración ni interviene para delimitar tal contenido, sino para indicar si el contenido ya fijado es o no conforme a Derecho.

2. La legitimación para la solicitud de dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del Consejo para su emisión se derivan de los arts. 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 (constituida por el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, TRLCAP) 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], que consta, si bien no nos encontramos ante unos contratos administrativos propiamente dichos, sino ante contratos privados de la administración, tal y como se razonará más adelante.

II

Por lo que respecta a las incidencias más destacables de los contratos suscritos y del procedimiento de revisión incoado, del expediente que acompaña la solicitud de dictamen resultan las siguientes:

1. El 19 de noviembre de 2004, el Pleno del Ayuntamiento de San Bartolomé ratifica el contrato marco de operaciones financieras firmado el 25 de octubre de 2004 inicio el 27 de octubre (no noviembre, como dice la Propuesta) de 2004 y finalizaba el 27 de octubre (no noviembre, como dice la Propuesta) de 2006, entre la entidad financiera B.S.C.H., S.A. y el Ayuntamiento de San Bartolomé. Tal contrato consiste en un "intercambio durante dos años de tipos de interés entre este Ayuntamiento y la entidad financiera, donde recibimos trimestralmente el euribor fijado al principio de cada periodo y pagamos anualmente el euribor determinado al final de cada periodo anual menos un diferencial de 0.25 puntos básicos sobre un importe nominal de 10.500.000.00 euros". Sin embargo, el citado Contrato Marco no consta en el expediente, aunque sí consta el primer contrato de Confirmación de Permuta Financiera de Tipos de Interés ("Swap In Arrears 3x12"), de la misma fecha y que es el que tiene el contenido económico al que se refiere el acuerdo plenario de ratificación. En el citado contrato de *Swap* se dice que *"Si a la Fecha de la Operación existe un Contrato Marco firmado entre las partes la presente Confirmación formará parte y estará sujeta a dicho Contrato. En el caso de que en la Fecha de la Operación no tuviéramos firmado un Contrato marco, por la presente se acuerda hacer todo lo posible para negociar y firmar un Contrato Marco con las modificaciones que de buena fe acordemos. Todas las estipulaciones contenidas o incorporadas mediante referencia al Contrato Marco regularán esta Confirmación, salvo lo expresamente modificado en la misma. En caso de discrepancia entre lo dispuesto en el Contrato marco y esta Confirmación, prevalecerá lo dispuesto en esta última"*. No obstante, por una parte, la nulidad se promueve tanto respecto al Contrato Marco como de los contratos de Swap con contenido económico que son ejecución del mismo -si bien su existencia no es imprescindible, prevaleciendo, en caso de discrepancia, lo estipulado en los contratos de Swap- y, por otra, la entidad bancaria no niega la existencia de este Contrato Marco, ni nada se discute sobre sus estipulaciones, sino sobre la naturaleza del mismo y de los concretos contratos de Swap sucesivamente firmados a lo largo de los años 2004 a 2008.

2. El 8 de febrero de 2005, se firma una confirmación de permuta financiera de tipos de interés con CAP (Swap bonificado 3x12 con Barrera Knock-In in arrears) por un importe nominal de 1.200.000 euros (inicio el 13 de abril de 2005 y fin el 13 de abril de 2007), lo que el Pleno ratifica el 18 (no el 15, como dice la Propuesta) de marzo de 2005.

3. El 14 de junio de 2005, el Alcalde suscribe nuevo contrato de confirmación de permuta financiera de tipos de interés (“Swap Bonificado Escalonado con Barrera Knock-In Arrears”) sobre un importe nominal de 10.500.000 euros (inicio el 27 de octubre de 2005 y fin el 29 de octubre de 2007).

4. Con posterioridad a los contratos descritos, se realizan ciertas cancelaciones y confirmaciones de permuta financiera que se firman exclusivamente por el Alcalde (15 de marzo de 2006 y 20 de febrero de 2008). La Propuesta asimismo expresa que se carece de los documentos relativos a la permuta de fecha 8 de julio de 2005 (con un importe nominal de 1.202.024 € y vencimiento el 11 de julio de 2007), cancelación y nueva contratación que nuevamente se firma exclusivamente por el Alcalde.

5. El 25 de febrero de 2013, el Ayuntamiento de San Bartolomé remite carta al Banco Santander en la que le indica que va a iniciar una revisión de oficio de los contratos de permuta financiera.

6. El Pleno, en sesión celebrada el día 27 de mayo de 2013, adoptó el acuerdo de incoar de oficio -sobre el informe jurídico externo, de 20 de mayo de 2013, ratificado por la Secretaría y por la Intervención del Ayuntamiento, que sirve de motivación a la presente Propuesta de Resolución- procedimiento de nulidad de pleno derecho del contrato marco de 25 de octubre de 2004 así como de los sucesivos contratos de permuta financiera de tipos de interés suscritos al amparo de dicho contrato marco.

7. Tras la notificación a la entidad financiera interesada, se le otorga plazo de 10 días hábiles para que pudiera presentar alegaciones -que la entidad financiera presenta en plazo, el 13 de junio de 2013- que, se dice, no desvirtúan los fundamentos fácticos y jurídicos fundamento de la nulidad, según se razona en nuevo informe externo, de 3 de julio de 2013, que se acogen en la Propuesta de Resolución.

Básicamente, la entidad financiera considera que no cabe anular operaciones ya agotadas, por lo que solo se podría anular, en su caso, el contrato marco y la última de las operaciones de permuta financiera; que los contratos bancarios están excluidos de la legislación administrativa contractual; que las operaciones entran dentro del ámbito de competencia del Alcalde; y que la nulidad perseguida ataca la equidad, la buena fe contractual y los derechos legítimos de la entidad, siendo, además, constitutiva de desviación de poder.

III

1. La Propuesta de Resolución considera que los contratos de permuta financiera -como contrato bancario "aleatorio o especulativo complejo y de alto riesgo"- se hallan sometidos a las reglas de la contratación administrativa, por lo que respecta a su preparación y adjudicación. Por las fechas de suscripción de los referidos contratos (19/11/2004, 1/3/2005, 14/6/2005 y 29/10/ 2007 y 20/2/2008), tales reglas se contienen en el citado Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio, como confirma la disposición transitoria primera 2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), que entró en vigor el 30 de abril de 2008 -posterior, pues, al último de los señalados contratos- según la cual los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la citada Ley se regirán, en cuanto a sus "efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior".

El art. 3.1.k) TRLCAP excluye de su regulación a los contratos de "préstamos, créditos u otros de naturaleza análoga, así como los contratos relacionados con instrumentos financieros derivados concertados para cubrir riesgos de tipo de interés y de cambio derivados de los anteriores". No es, sin embargo, el caso, pues los contratos de permuta financiera suscritos no servían de "cobertura financiera a una deuda concreta del Ayuntamiento", por lo que se ha de considerar que se trataban de un producto "puramente especulativo" no excluido de la ley y, por ello, sí estaban sometidos a los procedimientos de contratación pública.

Sin embargo, la operación de 20 de febrero de 2008 no se ha suscrito bajo la vigencia de la citada Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público -como dice la Propuesta-, pues esta Ley entró en vigor el 30 de abril de 2008 (disposición final duodécima), posterior pues a la fecha del último de los señalados contratos.

En definitiva, las operaciones financieras suscritas no estaban excluidas de la legislación en materia de contratos de las Administraciones Públicas, teniendo la consideración de contratos privados que se rigen en cuanto a preparación y adjudicación por la normativa administrativa contractual y por la legislación de Derecho privado en cuanto a efectos y extinción.

2. El art. 62 TRLCAP señala como causas de nulidad de derecho administrativo las siguientes: a) las del art. 62.1 LRJAP-PAC [los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional; los dictados por órgano

manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio; los que tengan un contenido imposible; los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta; los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados; los actos expresos o presuntos centrados al Ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición; y cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal]; b) la falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional, debidamente acreditada, del adjudicatario, o el estar éste incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el art. 49; y c) la carencia o insuficiencia de crédito, de conformidad con lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o en las normas presupuestarias de las restantes Administraciones Públicas sujetas.

La Propuesta considera, en suma, que se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, pues no obra expediente de contratación alguno; se ha vulnerado la legalidad presupuestaria -pues no pueden adquirirse compromisos de gasto ni adquirirse obligaciones por cuantía superior al importe de los créditos autorizados en los estados de gastos, siendo nulos de pleno derecho los actos administrativos y las disposiciones generales con rango inferior a ley que incumplan esta limitación-; las operaciones financieras han sido suscritas por órgano manifiestamente incompetente -que es el Pleno cuando el importe del contrato supere el 10 por ciento de los recursos ordinarios del Presupuesto y, en cualquier caso, los 1.000.000.000 de pesetas y los contratos cuando su duración sea superior a cuatro años y los plurianuales de menor duración cuando el importe acumulado de todas sus anualidades supere el porcentaje indicado, referido a los recursos ordinarios del Presupuestos del primer ejercido y, en todo caso, cuando sea superior a la cuantía señalada en esta letra- a excepción de las operaciones de 25 de octubre de 2004 y 15 de marzo de 2005 pues a pesar de ser firmadas por el Alcalde-Presidente fueron ratificadas por el Pleno en sesiones de 19 de noviembre de 2004 y 18 de marzo 2005; y, finalmente, ha habido error en el consentimiento prestado al haber infringido la entidad bancaria sus deberes de información al Ayuntamiento de San Bartolomé, el cual, al no gozar de la necesaria información, no pudo formar adecuadamente su consentimiento o voluntad.

De hecho, en las cláusulas adicionales de todos los contratos suscritos que obran en poder municipal se indica 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 supone una vulneración de las reglas básicas de la buena fe o lealtad, reglas esenciales y básicas de la contratación, que imponen un deber especial de información al cliente. Por ello, los contratos suscritos parecían más de adhesión que fruto de una voluntad libre y conscientemente manifestada, lo que implica vulneración 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; la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (art. 79 apartados 6 a 8) y el Real Decreto 217/2408, de 15 de febrero, sobre régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión (arts. 72 y ss.), normas todas ellas que imponen a las entidades financieras la obligación de realizar los denominados "test de conveniencia y test de idoneidad" con el fin de "comprobar la adecuación del producto financiero al perfil del cliente concreto".

En cuanto a los efectos de la nulidad, su declaración llevará consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, "debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor". La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que hayan sufrido (art. 65 TRLCAP).

IV

1. La primera cuestión, ya anticipada, que hemos de dilucidar es la naturaleza jurídica de los contratos suscritos.

El acuerdo plenario adoptado fue el de revisar "el Contrato Marco de operaciones financieras (...) suscrito (...) el 25 de octubre de 2004 así como los sucesivos contratos de permuta financiera de tipos de interés suscritos al amparo de dicho contrato marco". 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, que prevalecían sobre aquél. Contrato Marco y operaciones suscritas constituyen pues una relación comercial única

aunque, formalmente, se pueda distinguir entre Contrato Marco y cada una de las operaciones suscritas a su amparo.

No obstante, en cada caso los reproches tienen diferente alcance, pues, por ejemplo, no a todos los contratos se les puede reprochar el vicio de incompetencia manifiesta, aunque sí los de inexistencia de procedimiento, insuficiencia de crédito y vicio de consentimiento.

Como dijera este Consejo en su anterior DCC 157/2013, de 2 de mayo, sobre asunto de idéntica naturaleza:

“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 baremos o módulos objetivos.

Hay varias modalidades de swaps, de intereses, mixtos, divisas, 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

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

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 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 pagará 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 Soria (Sección 1ª) num. 131/2012, de 8 noviembre, FJ 3, JUR\2012\399824)”

Así pues, en el presente caso tanto el Contrato Marco inicial (ratificado por el Pleno en 19 de noviembre de 2004) y los posteriores de confirmación de permuta financiera (Swaps) -como por otra parte reseña la Propuesta de Resolución- “no servía(n) de cobertura financiera a una deuda concreta del Ayuntamiento”. Por ello es por lo que -como los calificó el dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía en su Dictamen 698/2011, de 27 de octubre- deben considerarse como contratos de servicios financieros -servicios bancarios y de inversiones- a los que les serían aplicables los requisitos que la legislación administrativa contractual exige para las fases preparatoria y de adjudicación.

2. El Contrato Marco fue suscrito por la entidad financiera y el Alcalde, con ratificación plenaria el 19 de noviembre de 2004, 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, aunque ya es inaplicable al caso. 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, inaplicable en todo caso a las operaciones suscritas.

Los contratos y operaciones financieras suscritas (19 de noviembre de 2004, 15 de marzo de 2005, 14 de junio de 2005, 15 de marzo de 2006, y 29 de febrero de 2008) lo fueron, pues, al amparo del Texto Refundido de 2000. Veamos cómo se regulaba este tipo de contratos:

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) aunque 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”.

La comercialización habitual por parte de las entidades bancarias de estos contratos como seguros para que sus clientes se protejan ante posibles variaciones de tipos de interés ha llevado a la Doctrina a encuadrarlos dentro de los contratos de seguros en el marco de la actividad bancaria. Así, el profesor Vargas Vasserot², en efecto, considera estos contratos dentro de la cobertura de riesgos de mercado mediante derivados financieros, y, tras delimitarlos del concepto económico y jurídico del seguro (no hay entidad aseguradora, no se aplican técnicas actuariales para el cálculo de la indemnización, no se aplica el régimen jurídico del contrato de seguro) y debido a que la operatividad de estos derivados tienen características propias que los aleja del citado concepto de seguro, los clasifica dentro de las denominadas *Opciones sobre tipos de interés*, cuyas modalidades más difundidas en las prácticas bancarias son los *Cap, Floor, Collar y Swap*.

² CARLOS VARGAS VASSEROT en LA CONTRATACION BANCARIA, Ed. Dykinson, S.L., Madrid, 2007, pags. 1387-1394.

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 pura 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- sometidos en ambos con uno u otro alcance a la legislación contractual.

En efecto, los arts. 5.3 y 9.2 TRLCAP tienen por objeto a los denominados “contratos de carácter privado”, cuya “preparación y adjudicación” se rigen, 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).

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, ésta debe ser restrictivamente interpretada, 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.

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, las que ordenan su preparación y adjudicación. 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 tendrían la naturaleza de “actos separables” (arts. 93 TRLCAP).

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). 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 TRLCSP).

2. Es obvio que en este caso el Contrato Marco y los sucesivos contratos financieros han sido suscritos sin tener en cuenta en 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 el Alcalde no podía ignorar, ya que conocía por otros expedientes administrativos contractuales que su firma siempre debía ir 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 con 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.

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, o su previsión, de los que dependía la obtención de sus beneficios, 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. No se pretende la resolución de un contrato válido -que debería ventilarse de conformidad con las reglas de Derecho privado- sino su nulidad, 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 separables de tal naturaleza.

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). 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] y “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]. 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). 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).

2. Analicemos, seguidamente, cada uno de los motivos de nulidad que fundamentan la Propuesta de Resolución:

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

El Contrato Marco inicial fue ratificado por el Pleno el 19 de noviembre de 2004, previa firma por la entidad y el Alcalde, 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 posteriormente, también.

Los arts. 21 y 22 LRBRL conciernen a la competencia del Alcalde y Pleno en materia contractual. La competencia del Alcalde se limitaba, en la redacción original de la LRBRL [art. 21.1)], 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, el 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 ya citada LCSP -inaplicable al caso- 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 delimitaba negativamente la competencia plenaria en materia contractual 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 finalmente por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, inaplicables a este caso.

No se detallan esos porcentajes -como, por cierto, alega la entidad financiera interesada-, pero la Propuesta de Resolución indica que "todos aquellos contratos que tuvieran un valor nominal de 10,5 millones de euros y que fueron suscritos exclusivamente por el Alcalde son nulos de pleno derecho", lo que afecta a la operación suscrita el 20 de febrero de 2008.

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 fuera 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.

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”.

Si, en efecto, el Alcalde suscribió operaciones para las que se hubiera debido interesar la intervención plenaria, los contratos suscritos estarían afectados de este vicio de incompetencia. No obstante, en el expediente no se ha acreditado cuáles eran los recursos ordinarios del Presupuesto y si el importe de las operaciones superaban o no el 10% del mismo, condición indispensable para apreciar esta causa de nulidad.

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, al parecer, 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 reseñados.

No hubo, por ende, acto alguno 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.

La Propuesta de Resolución precisa que “no existe acto de preparación ni adjudicación alguna (...) informe de necesidad (...) resolución de inicio de procedimiento (...) pliego de cláusulas administrativas particulares y de condiciones técnicas particulares (...) certificado de existencia de crédito o documento que legalmente le sustituya (...), informe de fiscalización previa (...), resolución aprobando el expediente, el gasto y disponiendo la apertura del procedimiento (...), que no es otro que el procedimiento abierto en base a las actuaciones del contrato para promover la libre concurrencia, y finalmente la resolución de adjudicación del

contrato", con lo cual, del examen de la documentación remitida a este Consejo, resulta patente que se ha incurrido en esta causa de nulidad de pleno derecho.

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". El art. 62.c) TRLCAP dispone 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 el Pleno ni el Alcalde pueden alegar error en los trámites a seguir con ocasión de la contratación pública. No es posible que contratos de esta naturaleza, complejos y tan onerosos, hayan sido adjudicados con menos garantías que un contrato menor.

En este caso, la omisión 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. 1309/2005, 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 el Alcalde y miembros del Pleno, firmante y ratificador de los contratos, tuvieran conocimientos financieros que les hubieran permitido saber lo que estaban firmando y los riesgos de hacerlo. Es más, tales contratos indican que “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, además de no ser cierto, contradice totalmente las obligaciones que la 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, sobre Condiciones Generales de la Contratación, 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, ciertamente, no ha sido el caso.

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

Una conveniente auditoria podría explicar la realidad que subyace a tales contratos de permuta financiera. 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 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, 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). Si es que la raíz de los contratos suscritos fuera en efecto hacer frente a una eventual falta de liquidez.

Ya hemos visto cómo en los contratos privados de la Administración el cumplimiento, efectos y extinción de los mismos siguen 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.

3. Finalmente, tal y como se afirma en la Propuesta de Resolución, no procede la limitación temporal del alcance de la nulidad que alega la entidad financiera, pues al margen de que los contratos de permuta financiera son ejecución del previo e inicial Contrato Marco -cuya nulidad también se persigue-, los contratos de permuta ya cancelados fueron suscritos en su día con incumplimiento de las reglas esenciales de la contratación administrativa que les son de aplicación en cuanto contratos parcialmente sometidos -sus actos separables- al Derecho Administrativo y por ello susceptibles de acción de nulidad, no sometida a límite temporal. Lo que por sí solo también permite rechazar la imputación de desviación de poder, pues la potestad ejercida (acción de nulidad) lo ha sido para el fin que el Ordenamiento consigna.

C O N C L U S I Ó N

La adjudicación del Contrato Marco de Operaciones Financieras suscrito el 25 de octubre de 2004 y ratificado por el Pleno del Ayuntamiento de San Bartolomé el 19 de noviembre de 2004, y los sucesivos contratos de permuta financiera de tipos de interés (Swap) suscritos entre dicho Ayuntamiento y B.S., son nulas de pleno derecho por las razones expuestas en los Fundamentos IV, V y VI.