



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 0 5 / 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 de confirmación de permuta financiera de tipos de interés (SWAPS), de 15 de septiembre de 2005, suscrito entre el citado Ayuntamiento y B.M. (EXP. 297/2013 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 celebrada el 27 de mayo de 2013, por la que se pretende la declaración de nulidad de pleno derecho del contrato de permuta financiera (SWAP), de 15 de septiembre de 2005 (comienzo de la operación el 1 de abril de 2006 y fin de la misma el 16 de abril de 2016), suscrito entre el Ayuntamiento y la entidad financiera B.M., S.A.

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

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

“oposición por parte del contratista” [arts. 59.3.a) TRLCAP], que consta, si bien no nos encontramos ante un contrato administrativo propiamente dicho, sino, en su caso, ante un contrato privado de la administración, tal y como se explicará más adelante.

Se funda la nulidad del contrato en que se ha 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, 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) 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].

3. 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.

II

1. Con carácter preliminar, ha de señalarse que el acuerdo plenario de incoación de procedimiento tenía por objeto la nulidad de pleno derecho del “contrato marco de operaciones financieras (...) suscrito el 15 de septiembre de 2005, así como los sucesivos contratos de permuta financiera de tipos de interés suscritos al amparo de dicho contrato marco” que, por cierto, no obra en las actuaciones.

La Propuesta de Resolución, pues, restringe el alcance de la inicial propuesta de nulidad, sin que se razone en modo alguno tal extremo, lo que constituiría,

consciente o no, un incumplimiento de los términos del acuerdo plenario al que debe darse cumplida respuesta.

Se ha de significar al respecto que en el trámite de audiencia final la entidad financiera alegó que "con fecha 15 de marzo de 2005, y en documento intervenido por el Secretario del Ayuntamiento (...), firmó con ese Ayuntamiento (representado por el Alcalde, el Interventor y el Tesorero) un contrato de préstamo -por el importe de 2.500.000 euros, a un tipo de interés del 2,9 por 100, revisable anualmente conforme al Euribor a 360 días más un diferencial de 0,50 puntos porcentuales, y con vigencia hasta el día 1 de abril de 2025, con amortizaciones anuales el 1 de abril de cada año, a partir del 1 de abril de 2006- al que siguió, el 14 de septiembre de 2005, la firma de un contrato marco de operaciones financieras -firmado por el Alcalde, el Interventor y el Tesorero- al amparo del cual se firmó, el siguiente día 15, «el contrato de permuta financiera», que ahora se pretende anular (importe nominal: 2.407.017 euros; fechas de inicio y de vencimiento: 1 de abril de 2006 y 1 de abril de 2016; amortizaciones: anuales, con arreglo al cuadro de amortización incluido en el documento de confirmación del SWAP; tipo a pagar por el Ayuntamiento: el 3,48 por 100; tipo a pagar por B.M.: Euribor a 12 meses).

Es decir, al margen de la existencia al parecer de un previo contrato de préstamo, hay un contrato marco (de 14 de septiembre) y un contrato de permuta financiera (de 15 de septiembre) firmado al amparo de aquél. Sin embargo, solo se pretende anular éste. Ciertamente es que el contrato marco carece de contenido económico, pues diseña el marco al amparo del cual luego se suscribirán las concretas operaciones de permuta que sí tendrán aquel contenido, pero no cabe duda de que si los vicios alegados para anular el contrato de permuta se dieran también en el contrato marco, también éste debería ser anulado.

Se señala asimismo que el acuerdo plenario fue el de anular la operación de 15 de septiembre de 2005 "así como los sucesivos contratos de permuta financiera de tipos de interés suscritos al amparo de dicho contrato marco", que no los hay según se indica en el antecedente de hecho segundo de la Propuesta. Yerra la Propuesta doblemente. Por un lado, el 15 de septiembre se firmó no un contrato marco, sino un contrato de confirmación de permuta financiera de tipos de interés (Swap) al amparo justamente de un contrato marco firmado el día anterior, 14 de septiembre, según señala la entidad financiera e indica el contrato de permuta, pero obra en las actuaciones.

En cualquier caso, la Propuesta no hace referencia alguna al citado contrato marco, ni en los hechos ni en los fundamentos de derecho y, desde luego, es un dato que no se puede ocultar. Al contrario, debe valorarse a los efectos que procedan, en relación con el ulterior contrato de permuta que se pretende anular.

Debe pues rectificarse la Propuesta en el sentido que proceda, ampliando si fuera el caso -de conformidad con el acuerdo de incoación- el alcance de la nulidad. Y, en todo caso, rectificarse los errores materiales de la Propuesta.

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

2.1. El 15 de septiembre de 2005, el Ayuntamiento de San Bartolomé firmó un contrato de permuta financiera, sobre un importe nominal de 2.407.017 de euros, conforme al cual la entidad financiera pagaría al Ayuntamiento cada 1 de abril la cantidad resultante de aplicar el tipo de interés euribor a 12 meses al valor nominal y el Ayuntamiento pagaría a la entidad financiera en la misma fecha la cantidad resultante de aplicar el tipo fijo del 3,80 al valor nominal.

2.2. El 27 de mayo de 2013, el Pleno del Ayuntamiento de San Bartolomé adoptó el acuerdo de incoar de oficio -al amparo de previo informe de asesor externo, de 20 de mayo de 2013, ratificado por la Secretaría (2 de mayo) y por la Intervención (27 de mayo) del Ayuntamiento, que sirve de motivación a la presente Propuesta de Resolución- procedimiento de nulidad de pleno derecho de la operación de 15 de septiembre de 2005 "así como los sucesivos contratos de permuta financiera de tipos de interés suscritos al amparo de dicho contrato marco", que no los hay según se indica en el antecedente de hecho segundo de la Propuesta.

2.3. Tras la notificación del acuerdo a la entidad financiera interesada (31 de mayo), se le otorga plazo de 10 días hábiles para que pudiera presentar alegaciones, que la entidad financiera presenta en plazo, el 19 de junio de 2013.

Básicamente, la entidad financiera considera que el contrato de permuta financiera suscrito fue "concertado para cubrir el riesgo de tipo de interés del préstamo firmado seis meses antes y, como tal instrumento de cobertura, está excluido del ámbito de aplicación del Texto Refundido de la LCAP, conforme al art. 3.1, letra k) de este texto legal".

De tal exclusión se deriva que “no le son de aplicación las causas de nulidad de pleno de derecho establecidas en el art. 62 de este texto legal”. Entre ellas, la de incompetencia manifiesta.

Asimismo, el precio del contrato no tiene un valor global superior a 6 millones de euros, pues es de “importe nominal de 2.407.017 euros”, por lo que la cantidad máxima a pagar cada año por el Ayuntamiento sería la resultante de aplicar sobre esa suma la diferencia entre el euribor a doce meses y el tipo del 3,48 por 100. La entidad financiera sin embargo parece ignorar que la duración del contrato es de 10 años y que su importe es el resultante de multiplicar su valor nominal anual por su duración.

Por último, por lo que respecta al vicio de consentimiento -al no facilitar la entidad financiera la información necesaria para comprender sus riesgos ni realizó el test de idoneidad o el de conveniencia exigidos por la Ley del Mercado de Valores- los mismos deben ser hechos valer ante la jurisdicción civil, sin que el Ayuntamiento pueda “utilizar la vía administrativa de la revisión de oficio para anular un contrato privado invocando un supuesto vicio del consentimiento”.

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 lo que a la presente operación atañe (de 15 de septiembre de 2005), 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, muy posterior, pues, a la fecha del contrato-, según la cual los contratos administrativos adjudicados con anterioridad la entrada en vigor de la citada Ley se regirían, en cuanto a su “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 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 de los anteriores”. No es, sin embargo, el caso, pues el

contrato de permuta financiera suscrito no servía de “cobertura financiera a una deuda concreta del Ayuntamiento”, por lo que se ha de considerar que se trataba de un producto “puramente especulativo” no excluido de la ley y, por ello, sí estaba sometido a los procedimientos de contratación pública. A tal efecto, tales contratos tienen 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 adquisición de compromisos de gasto y/o obligaciones por cuantía superior al importe de los créditos autorizados (art. 46 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria) o la “carencia o insuficiencia de crédito” [art. 62.2 TRLCAP].

La Propuesta considera, en suma, que se ha prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, pues no obra expediente de contratación alguno; se ha vulnerado la legalidad presupuestaria; la operación financiera ha sido suscrita 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 ejercicio y, en todo caso, cuando sea superior a la cuantía señalada en esta letra-; 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 el contrato de permuta que obra en las actuaciones 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 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, el contrato suscrito parecía 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”.

IV

1. La primera cuestión que se debe dilucidar es la naturaleza jurídica de los contratos suscritos.

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

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

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

Así pues, según la Propuesta estamos en presencia de un contrato de permuta financiera pura que "no servía de cobertura financiera a una deuda concreta del Ayuntamiento". Por ello, debe considerarse como un contrato de servicios financieros -servicios bancarios y de inversiones- al que le serían aplicable los requisitos que la legislación administrativa contractual exige para las fases preparatoria y de adjudicación.

2. Ahora bien, la entidad financiera ha alegado en trámite de audiencia que el contrato de permuta financiera -suscrito al amparo del contrato marco de operaciones financieras que se reseña- fue "concertado para cubrir el riesgo de tipo

de interés del préstamo firmado seis meses antes y, como tal instrumento de cobertura, está excluido del ámbito de aplicación del Texto Refundido de la LCAP, conforme al art. 3.1, letra k) de este texto legal”.

Si así fuera, tales contratos serían ajenos de la legislación administrativa contractual, siendo la jurisdicción civil la competente para valorar su nulidad.

Claro que no se aporta tal contrato marco -ni el de préstamo- ni la Administración siquiera los menciona en la Propuesta por más que al contrato marco se hace referencia en el contrato de permuta financiera suscrito. La Administración niega en su Propuesta la realidad de ese préstamo, por lo que la entidad financiera, que lo afirma, debiera aportar prueba de lo que dice más allá de su mera alegación. Como no ha sido así -sin perjuicio de que en efecto sea cierto- hemos de hacer valer la presunción administrativa de veracidad.

En todo caso, para que proceda la alegación de la entidad financiera el contrato marco deberá incluir de forma taxativa una cláusula de la que se infiera que se suscribe en garantía del antedicho contrato de préstamo. Si no fuera así, no cabría colegir esa conexión entre un préstamo y un contrato marco de operaciones financieras por otra parte suscrito meses más tarde, sea cual fuere su importe.

Es obvio que se trata de una cuestión capital. Si los contratos marco y de confirmación se hallan anudados a un previo contrato de préstamo, no serían alegables ninguna de las razones de índole administrativas que se utilizan como base de la nulidad que se persigue. Y si fuera por vicio de consentimiento, su nulidad debería ser objeto de conocimiento de la jurisdicción civil.

Por ello, debiera aclararse este extremo mediante el oportuno informe y/o certificado que acredite la realidad o no de tal préstamo y su posible vinculación con los posteriores contratos marco y de permuta financiera suscritos, al afectar a la naturaleza de los mismos y tratarse de información determinante para que se consideren o no excluidos del ámbito de aplicación del TRLCAP.

Una vez incorporado dicho informe complementario deberá darse nuevo trámite de audiencia y vista a la entidad bancaria y elaborarse una nueva Propuesta de resolución que deberá someterse a dictamen de este Consejo Consultivo.

Ante la previsible caducidad del procedimiento por la proximidad de dicho plazo, una vez que se produjere aquélla deberá así declararse por el órgano competente, sin perjuicio de que pueda incoarse, en su caso, un nuevo procedimiento de declaración de nulidad de los contratos referidos.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución no es conforme a Derecho, debiendo procederse conforme se indica en los Fundamentos II.1 y IV.2.