



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 1 3 8 / 2 0 1 4

(Sección 2ª)

La Laguna, a 21 de abril de 2014.

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 (CMOF) de 14 de septiembre de 2014 y el contrato de confirmación de permuta financiera de tipos de interés (SWAP), de 15 de septiembre de 2005, suscritos entre el citado Ayuntamiento y la entidad financiera B.M. (EXP. 104/2014 CA)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. Mediante escrito de 10 de marzo de 2014, de salida en la misma fecha y entrada en este Consejo el 19 de marzo de 2014, 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 sesión celebrada el 27 de enero de 2014- por la que se pretende la declaración de nulidad de pleno derecho del "contrato marco de operaciones financieras, mas conocido como SWAPS, de 14 de septiembre de 2005 (...) así como del contrato de confirmación de permuta financiera de 15 de septiembre de 2005", suscritos ambos ente el Ayuntamiento y B.M. (la entidad financiera).

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 citada Ley 5/2002, de 3 de junio, en relación con la normativa general de contratación administrativa constituida en este caso por el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Decreto Legislativo

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

2/2000, de 16 de junio, TRLCAP), cuyo art. 59.3.a) dispone que procederá el preceptivo dictamen del Consejo de Estado o del organismo consultivo autonómico en los casos de “nulidad” de contratos administrativos cuando haya habido “oposición por parte del contratista”, que consta, aunque ha de indicarse que no nos encontramos ante un contrato administrativo propiamente dicho sino, en su caso, ante un *contrato privado de la Administración*, tal y como se explicitará más adelante.

Se funda tal nulidad en que los contratos han sido suscritos habiéndose prescindido “total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido en materia de contratación” [art. 62.1.e) LRJAP-PAC]; por haberse suscrito tales contratos “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, finalmente, por “error de consentimiento” derivado de la infracción por la entidad financiera de 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. También se adoptó el acuerdo de suspender el plazo para resolver -al amparo del art. 42.5.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, LRJAP-PAC- “por el tiempo que medie entre la petición (de Dictamen) al Consejo Consultivo (...) y la recepción del mismo”, precepto inaplicable al caso toda vez que, como este Consejo ya ha señalado en otras ocasiones, 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. Retorna este asunto que ya diera lugar en su día al Dictamen 305/2013, de 19 de septiembre, en el que este Consejo no entró en el fondo del asunto por razones tanto materiales como formales. En efecto, este Consejo indicó entonces que:

«(...) 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.

(...) 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. Cierto 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.

(...) 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”.

“(...) 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”.

(...) 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».

La nueva Propuesta de Resolución formulada aclara, resuelve y precisa las dudas antes expresadas, al menos para permitir emitir una opinión sobre el fondo del asunto: Precisa el objeto de la revisión (contrato marco de 14 de septiembre y contrato de confirmación de permuta financiera de 15 de septiembre de 2005); manifiesta que no existe en tales contratos financieros cláusula taxativa de la que se infiera que se suscriben en garantía de un previo contrato de préstamo; de donde resulta su sometimiento parcial a la legislación administrativa general y contractual; finalmente, el procedimiento estaba caducado.

2. Por lo que respecta a las incidencias más destacables del expediente que acompañaba la solicitud de dictamen, resultan las siguientes:

2.1. El 14 de septiembre de 2005 se firmó por ambas partes un contrato marco de operaciones financieras y el 15 de septiembre de firmó operación de permuta financiera, sobre un importe nominal de 2.407.017 de euros. Conforme a los mismos, 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), que sirve de motivación de la Propuesta de Resolución- procedimiento de revisión de oficio por nulidad de pleno derecho de la operación de "15 de septiembre de 2005" así como de "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 (31 de mayo), presenta alegaciones en el plazo de 10 días concedido al efecto, 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 por ello está "excluido del ámbito de aplicación del (TRLCAP), 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".

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.

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".

2.4. Redactada la Propuesta y solicitado dictamen a este Consejo, se emitió el indicado 305/2013, de 19 de septiembre, con el alcance antes extractado.

2.5. El 30 de octubre de 2013, se emite informe sobre la necesidad de que se aporte "certificación" de que las operaciones financieras suscritas lo fueron para "cubrir el riesgo de tipo de interés del préstamo firmado seis meses antes".

2.6. El Pleno, en sesión de 9 de diciembre de 2013, adoptó los acuerdos de declarar la caducidad del procedimiento incoado e incoar nuevo procedimiento de revisión de oficio de los citados "contrato marco, de 15 de septiembre de 2005, así como los sucesivos contratos de permuta financiera".

2.7. El Pleno municipal, en sesión de 27 de enero de 2014, adoptó los acuerdos de dejar sin efecto el anterior acuerdo plenario de incoación de revisión de oficio y de incoar uno nuevo, esta vez del "contrato marco de 14 de septiembre de 2005 y de permuta financiera de 15 de septiembre de 2005".

2.8. Notificado el acuerdo a la entidad financiera, ésta presenta escrito de alegaciones, de 21 de febrero de 2014, oponiéndose a la incoación de procedimiento revisor porque los contratos financieros suscritos se hallan asociados a uno anterior de préstamo y por ello no es especulativo; por tal razón, no le son aplicables las causas de revisión de Derecho administrativo; y porque los errores de consentimiento deben ventilarse ante la Jurisdicción civil.

2.9. El 10 de marzo de 2014, se emite informe propuesta de Resolución, previo informe al efecto del que resulta que: La copia del contrato marco con el que cuenta el Ayuntamiento "no cuenta con la firma del Alcalde" (se requirió a la entidad financiera la aportación de original y no lo hizo); la operación de 15 de septiembre de 2005 solo cuenta con "la firma del entonces Alcalde" (se requirió a la entidad financiera la aportación de original y no lo hizo); el documento denominado "póliza de préstamo personal" (*sic*) "no contiene firma alguna" ni cláusula alguna que indique que las operaciones financieras fueron concertadas para cubrir el riesgo de tipo de interés del préstamo firmado seis meses antes" ni la entidad financiera tampoco aportó documento alguno que acreditara la vinculación.

Consecuentemente, tales contratos financieros no se encuentran excluidos, en los términos que luego se verá, de la legislación administrativa contractual y de la administrativa revisora.

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 presentes operaciones atañe, tales reglas se contienen en el citado Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, 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". La Propuesta considera que no es el caso sino que se trataba de un producto financiero "puramente especulativo" no excluido de la ley y, por ello, sometido a los procedimientos de contratación pública en lo que respecta a su "preparación y adjudicación" y por el Derecho privado en cuanto a 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 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 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 CMOF (Cláusula 16.6) se indica que "las partes manifiestan conocer y aceptar los riesgos inherentes o que puedan derivarse de la realización de las operaciones reguladas por el presente Contrato Marco" y que "cada una de las partes manifiesta que no ha sido asesorada por la otra parte sobre las ventajas o conveniencia de realizar cualquiera de las operaciones, realizándose las mismas sobre la base de las estimaciones y cálculos de riesgos que las propias partes efectúen". Por su parte, en el contrato de confirmación de permuta financiera que obra en las actuaciones se indica que "Existe independencia en la decisión de entrar en esta operación, y se declara específicamente que ninguna de las partes ha basado su decisión en alguna comunicación verbal o escrita de la otra parte que signifique una recomendación o asesoramiento de inversión respecto a esta transacción", añadiéndose que "Existe la capacidad de evaluar y entender (independientemente o a través de asesoramiento profesional) y de hecho se han entendido los términos, condiciones y riesgos de esta Operación y voluntariamente se aceptan dichos términos y condiciones y se asumen los riesgos inherentes ya sean de índole financiero o de otro tipo". El evidente desconocimiento de los citados riesgos, que resulta patente del examen de la documentación obrante en el expediente, 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”.

IV

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

El acuerdo plenario que dio inicio al procedimiento fue el de revisar “el Contrato Marco de 14 de septiembre de 2005 y de permuta financiera de 15 de septiembre de 2005”. El Contrato Marco, suscrito el 14 de septiembre de 2005 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 suscribió un contrato de confirmación de permuta financiera (SWAP) el día siguiente, esto es, el 15 de septiembre de 2005. 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 SWAP 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 del sucesivo contrato de confirmación de permuta financiera de tipos de interés (SWAP) suscrito a

su amparo. 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.

Como señalara este Consejo en sus anteriores Dictámenes 157/2013, de 13 de mayo, 304/2013, de 19 de septiembre, y el ya citado 305/2013, sobre asuntos 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, divididas, 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) (...).

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

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)».

En relación con ello, la Propuesta considera que los contratos suscritos son de permuta financiera pura ya que no servían 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.

En este orden de cosas, de los documentos que obran en el expediente no se puede concluir que los importes del préstamo y del contrato de confirmación de permuta financiera (SWAP) coincidan como, por el contrario, afirma la entidad financiera. Así, no coincide el importe del saldo pendiente del préstamo en cada año con los importes nominales del contrato de permuta financiera que figuran para cada anualidad. Tampoco coincide el vencimiento de ambos productos (el contrato de préstamo suscrito tiene vencimiento muy posterior). Tampoco existe ni el CMOF y el contrato de SWAP cláusula expresa de vinculación entre los mismos y el previo contrato de préstamo personal suscrito. La entidad financiera, por otro lado, no ha probado tal vinculación por más que se le requirió la aportación de los documentos originales pues los que obraban en el Ayuntamiento o no tenían firma o solo obraba la del Alcalde. La respuesta dada fue que tales documentos obraban en el Ayuntamiento; y en efecto es así, pero presentaban unos defectos formales que obligaban a la confirmación real de ciertos extremos por parte de la entidad financiera, quien no prestó la colaboración requerida, contribuyendo con su actitud a no despejar las dudas sobre la naturaleza de los contratos financieros suscritos (vinculados o no al previo contrato de préstamo). La ausencia de vinculación, en opinión de este Consejo se aprecia de la documentación existente en el expediente de la declaración de nulidad remitido, sin perjuicio, claro está, de que la entidad

bancaria pudiera acreditar en algún momento posterior por cualquier otro medio admitido en Derecho, la referida vinculación.

Así pues, la Propuesta de Resolución concluye en que los contratos suscritos, al no estar vinculados con un previo contrato de préstamo, se encuentran sometidos en cuanto a la preparación y adjudicación a las normas de contratación administrativa. Por ello, son susceptibles de declaración de nulidad administrativa, por cuanto concierne a los actos separables de tal naturaleza.

2. Según la Propuesta, 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 suscrito lo cubre), pero el objeto real de tales contratos es el de constituir 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.

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*.

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 no cubren los riesgos de tipo de interés, los contratos de permuta financiera son contratos bancarios,

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

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.

Por eso, estos contratos en realidad no cubren riesgos sino que ordenan fluctuaciones monetarias, denominándose por tal motivo de “permuta financiera”.

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 el contrato de permuta financiera suscrito 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, mientras que 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 los contratos financieros suscritos lo fueron sin tener en cuenta debidamente el interés público (como lo acredita el hecho de que lo fueran 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, pues conocía por otros expedientes administrativos contractuales que su firma siempre debía ir precedida de los informes preceptivos exigidos legalmente. Una firma así prestada es 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; ni publicidad alguna; con absoluta falta de transparencia y postergación de otros posibles licitadores cuyo concurso podía haber conseguido mejores condiciones de contratación; y con vulneración a las más elementales reglas de equilibrio presupuestario y control del gasto, más aún al tratarse de un contrato 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.

Asimismo, se recuerda que la legislación permite cubrir "déficit temporal de liquidez" mediante el concurso al crédito externo (arts. 51 y 199 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, TRLHL), distribuyéndose 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 causa del contrato suscrito fuera en efecto hacer frente a una eventual falta de liquidez. Y si fuera así, la ley obliga a que la duración de tales contratos no exceda del año (art. 51 TRLHL).

VI

1. No se pretende la resolución de unos contratos válidos -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 de SWAP fue suscrito con la sola firma del Alcalde, sin ratificación plenaria, 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.

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, 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".

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.

En efecto, 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.

Consta en este caso -así se ha declarado- que el importe del contrato supera el 10% de los recursos ordinarios de la Corporación, aunque quizás debiera haberse certificado este extremo. Por otra parte, el precio total del contrato, plurianual, supera los seis millones de euros si nos atenemos al importe total del mismo.

Para la Propuesta de Resolución es clara la incompetencia manifiesta.

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”.

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.

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. 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”.

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.

Debiera en todo caso certificarse este extremo, al que se anuda la nulidad de los contratos, pues pudiera ser que hubiera crédito solo que no se certificó. En la documentación del expediente existe un documento P (orden de pago) por 159.655, 04 euros, de 1 de abril de 2013, en el que no figura cumplimentada la casilla de la aplicación presupuestaria del gasto.

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

El Alcalde no puede 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 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, lo que obliga a tener la más elemental cautela.

No se hizo así, ni consta que el Alcalde tuviera conocimientos financieros que le hubieran permitido conocer los riesgos de lo que estaba firmando y los riesgos de hacerlo. Precisamente, por eso mismo la ley obliga a que la adopción de una decisión administrativa debe ser tomada previos los informes precisos (art. 82 y ss. LRJAP-PAC). Es más, el CMOF (Cláusula 16.6) indica que "las partes manifiestan conocer y aceptar los riesgos inherentes o que puedan derivarse de la realización de las operaciones reguladas por el presente Contrato Marco" y que "cada una de las partes manifiesta que no ha sido asesorada por la otra parte sobre las ventajas o conveniencia de realizar cualquiera de las operaciones, realizándose las mismas sobre la base de las estimaciones y cálculos de riesgos que las propias partes efectúen". 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, como antes se precisó.

Dicho de otra forma, la entidad financiera ofreció los contratos como si de adhesión pura fueran, sin que se hubiera negociado o licitado su contenido.

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 y/o por culpa- que lo invalidaba.

En relación con ello, la Propuesta de Resolución considera que la entidad financiera incumplió con sus obligaciones de información al cliente que resultan de los arts. “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”.

La entidad financiera alega que tales obligaciones son inexigibles por razón de la fecha de suscripción de los antedichos contratos financieros (septiembre de 2005). Bien es verdad que alguna de las normas citadas por la Propuesta son posteriores a la fecha de suscripción, pero sí estaban sometidas desde su inicio a la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, cuyo art. 79 -versión inicial- obligaba a dar “absoluta prioridad a los intereses de su cliente”. Versiones posteriores (1998 y 2002) desarrollaban tal obligaciones siendo a partir de 2007 cuando se incluyó (art. 79.bis.6) la obligación de que la entidad tenía que conocer “los conocimientos y experiencia del cliente”.

Ya hemos visto cómo 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.

C O N C L U S I Ó N

Las adjudicaciones del Contrato Marco de Operaciones Financieras (CMOF) suscrito el 14 de septiembre de 2005 y el contrato de confirmación de permuta financiera de tipos de interés (SWAP) suscrito el 15 de septiembre de 2005, entre el Ayuntamiento de San Bartolomé y la entidad financiera B.M., son nulas de pleno derecho por las razones expuestas en los Fundamentos IV, V y VI.