



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 1 9 6 / 2 0 2 1

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 22 de abril de 2021.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Teguise en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio de los contratos de permuta financiera de tipos de interés celebrados entre el Ayuntamiento de Teguise y la entidad (...) (EXP. 183/2021 CA)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Teguise, es la Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio de los contratos de permuta financiera de tipos de interés celebrados entre el Ayuntamiento de Teguise y el (...).

2. La preceptividad del dictamen, la competencia del Consejo Consultivo para emitirlo y la legitimación del Alcalde para solicitarlo resultan de los arts. 11.1.D.b) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC), en relación el primer precepto con el art. 106.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP) y el art. 41.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

3. Desde el punto de vista sustantivo, resulta oportuno señalar que la determinación de las causas de nulidad debe hacerse con arreglo a la Ley vigente cuando se dictó el acto cuya revisión de oficio se pretende.

* Ponente: Sra. de León Marrero.

En este sentido, es preciso advertir que los contratos de los que trae causa la presente revisión de oficio fueron suscritos en el contexto de diferente legislación contractual.

Así, la operación financiera de 12 de septiembre de 2006 se rige por el Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante, TRLCAP) y las de 8 de mayo de 2008, 9 de junio de 2008 y 7 de mayo de 2009, por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP).

Por consiguiente, su nulidad se regirá por lo dispuesto en los arts. 61 y 62 TRLCAP y por los arts. 31 y 32 LCSP. Además, en cuanto el art. 62, letra a) TRLCAP y el art. 32, letra a) LCSP establecen como causas de nulidad las previstas en el art. 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, serán éstas las causas aplicables, al ser invocadas por la Administración, por ser las vigentes al tiempo de celebración del contrato.

4. Por lo que a los aspectos procedimentales de la presente revisión de oficio se refiere, resulta de aplicación lo dispuesto en los arts. 106 y ss. LPACAP, al haberse iniciado el procedimiento de revisión de oficio tras la entrada en vigor de la misma.

5. En lo que se refiere al plazo máximo para resolver, se entiende que el presente procedimiento administrativo de revisión de oficio no está caducado. Respecto a esta cuestión, el art. 106.5 LPACAP prevé que *«cuando el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, el transcurso del plazo de seis meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá la caducidad del mismo»*.

En el supuesto analizado, el procedimiento de revisión se incoó de oficio el día 5 de noviembre de 2020; por lo que no se ha superado el plazo legal de los seis meses establecido en dicho art. 106.5 LPACAP.

II

Los antecedentes que han dado origen a este procedimiento de revisión de oficio son los siguientes:

1.- El 12 de septiembre de 2006 el Ayuntamiento de Teguiise y la entidad financiera (...) suscriben el Contrato Marco de Operaciones Financieras (CMOF) que va a regular las operaciones de permutas financieras de tipos de interés (SWAPS) que se firmen en el futuro.

2.- Con fecha 12 de septiembre de 2006 se suscribió una operación de confirmación de permuta financiera de tipos de interés por importe de 8.000.000 de euros con vencimiento el 3 de septiembre de 2018. La existencia de dicho contrato se deduce del contenido del contrato de fecha 9 de junio de 2008 al que se alude a continuación.

3.- El 9 de junio de 2008 la anterior operación financiera es cancelada anticipadamente y se suscribe en dicha fecha otra operación «*Collar*» (Combinación de Opción Cap comprador por el cliente y Opción Floor vendida por el Cliente), por importe de 8.000.000 de euros, fecha de inicio 11 de junio de 2008 y vencimiento 11 de junio de 2013, suscrita por el Alcalde-Presidente.

4.- El 8 de mayo de 2008 se suscribe otro contrato de confirmación de permuta financiera de tipos de interés («*Swap tipo fijo escalonado*»), con fecha de inicio 12 de mayo de 2008 y vencimiento 12 de mayo de 2010, por importe de 1.500.000 de euros, suscrito por el Alcalde-Presidente de la Corporación Local.

5.- Con fecha 7 de mayo de 2009 el Alcalde de Tegui se remite una carta a la entidad financiera en la que interesaba la cancelación anticipada de la operación de permuta financiera de tipos de interés suscrita el día 8 de mayo de 2008, por importe de 1.500.000 euros.

Ese mismo día -7 de mayo de 2009- se suscribe un contrato de confirmación de permuta financiera de tipos de interés («*Swap tipo fijo escalonado*») mediante el cual se cancela anticipadamente la antedicha operación de 8 de mayo de 2008, por importe de 1.500.000 de euros y vencimiento 15 de mayo de 2010, y confirmaba una nueva operación de permuta financiera de tipo de interés con fecha de inicio el 11 de mayo de 2009 y vencimiento 11 de mayo de 2012, por un importe nominal de 1.500.000 euros. Dicha operación fue, nuevamente, suscrita por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Tegui se.

6.- Mediante acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Tegui se de fecha 9 de julio de 2013 fue incoado de oficio expediente administrativo a fin de declarar la nulidad del contrato de permuta de tipos de interés «*Collar*» (Combinación de Opción Cap comprador por el cliente y Opción Floor vendida por el Cliente), suscrito el día 9 de junio de 2008 por importe de 8.000.000,00 de euros, con fecha de inicio 11 de junio de 2008 y vencimiento 11 de junio de 2013.

Una vez elaborada la correspondiente propuesta de resolución -en la que se concluía que el contrato a revisar era nulo de pleno derecho-, se procedió a solicitar el preceptivo dictamen de este Consejo Consultivo de Canarias.

7.- Con fecha 3 de diciembre de 2013 el Consejo Consultivo de Canarias emite dictamen n.º 427/213 declarando caducado el expediente n.º 404/2013, iniciado para la declaración de nulidad del contrato de confirmación de permuta financiera de 9 de junio de 2008, si bien con la posibilidad de que, por parte del Ayuntamiento, se iniciara una nueva revisión con el mismo objeto.

Adviértase que en el citado expediente de revisión de oficio tan sólo fue incluido el contrato de confirmación de permuta financiera suscrito el día 9 de junio de 2008, no así los restantes contratos a que se contrae el expediente revisorio analizado en este Dictamen.

8.- Posteriormente, el Ayuntamiento de Tegui se vuelve a iniciar una segunda revisión de oficio del mencionado contrato de fecha 9 de junio de 2008. Así, mediante acuerdo del Pleno del Ayuntamiento, en sesión celebrada el día 15 de marzo de 2017, se acuerda incoar expediente de revisión de oficio de la operación de permuta financiera de tipos de interés concertada el día 9 de junio de 2008 entre el Ayuntamiento de Tegui se y el (...).

9.- Una vez culminada la tramitación procedimental oportuna, con fecha 13 de junio de 2017 el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Tegui se solicitó el preceptivo dictamen del Consejo Consultivo de Canarias.

Este Organismo Consultivo se pronuncia con fecha 19 de julio de 2017, emitiendo dictamen -n.º 255/2017-, en el que concluía lo siguiente: *«la adjudicación del contrato de confirmación de permuta financiera de tipos de interés (Swap), suscrito el 9 de junio de 2008 entre el Ayuntamiento de Tegui se y el Banco de Santander es nula de pleno derecho (...) . En consecuencia, se dictamina favorablemente la declaración de nulidad de la citada adjudicación»*.

10.- Pese a lo anterior, y como señala el acuerdo plenario del Ayuntamiento de Tegui se de 5 de noviembre de 2020, *« (...) no se adoptó por el Pleno el Acuerdo de Declaración de nulidad dentro del plazo señalado por el artículo 106.5 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre. del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas lo que conllevó la caducidad del expediente»*.

11.- Con fecha 24 de julio de 2018 se emite Dictamen n.º 333/2018 del Consejo Consultivo de Canarias, en el que este Organismo modifica la doctrina sostenida en

su Dictamen n.º 255/2017, de 19 de julio. En este sentido, se indica que « (...) *procede modificar nuestra doctrina contenida en los Dictámenes (...) 255/2017, en el sentido de que los contratos de permuta financiera de tipos de interés suscritos bajo la vigencia de la LCSP (y TRLCSP), si se encuentran vinculados a las operaciones relativas a la gestión financiera de la Administración, también se encuentran excluidos de la normativa de contratación administrativa, de acuerdo con el art. 4.1.I) de la citada Ley. (...) Así pues, la doctrina mantenida en estos Dictámenes resulta incólume, viéndose afectados por la citada modificación doctrinal únicamente los Dictámenes (...) 255/2017, referido este último a un swap suscrito bajo la vigencia de la LCSP, en el que, efectivamente, existía un informe de la Intervención Municipal en el que se afirmaba que el mismo se había formalizado como instrumento de cobertura de las variaciones de tipo de interés del préstamo concertado por el Ayuntamiento».*

III

En cuanto a la tramitación del expediente administrativo de revisión de oficio, constan practicadas las siguientes actuaciones:

1.- El Pleno del Ayuntamiento de Teguiise en sesión de 5 de noviembre de 2020 acordó el inicio del expediente de revisión de oficio de los siguientes contratos de permuta financiera suscritos con la entidad (...), a los efectos de declarar su nulidad:

- El Contrato Marco de Operaciones Financieras (CMOF) de fecha 12 de septiembre de 2006 que va a regular las Operaciones de Permutas Financieras de Tipos de Interés (SWAPS) que se firmen en el futuro.

- El contrato de fecha 12 de septiembre de 2006 de Confirmación de Permuta Financiera de Tipos de Interés por importe de 8.000.000,00 euros con vencimiento el 3 de septiembre de 2018.

- El contrato de fecha 8 de mayo de 2008 de Confirmación de Permuta Financiera de Tipos de Interés («*Swap tipo fijo escalonado*», fecha de inicio 12 de mayo de 2008 y vencimiento 12 de mayo de 2010, por importe de 1.500.000,00 euros, suscrita por el Alcalde Presidente. Este contrato fue cancelado anticipadamente.

- El contrato de 9 de junio de 2008 de operación Collar (Combinación de Opción Cap comprador por el cliente y Opción Floor vendida por el Cliente), por importe de 8.000.000,00 de euros, fecha de inicio 11 de junio de 2008 y vencimiento 11 de junio de 2013.

- El contrato de fecha 7 de mayo de 2009 de Confirmación de Permuta Financiera de Tipos de Interés («*Swap tipo fijo escalonado*»), mediante el cual se cancelaba anticipadamente la antedicha operación de fecha 8 de mayo de 2008, por importe de 1.500.000,00 euros y vencimiento 15 de mayo de 2010 y confirmaba una nueva operación de permuta financiera de tipo de interés, fecha de inicio 11 de mayo de 2009 y vencimiento 11 de mayo de 2012, por un importe nominal de 1.500.000,00 euros.

2.- Con fecha 10 de noviembre de 2020 fue emitida certificación del Secretario de la Corporación sobre el acuerdo plenario de fecha 5 de noviembre de 2020 por el que se acordó el inicio del expediente de revisión de oficio de los contratos de permuta financiera suscritos con la entidad (...).

3.- El 20 de noviembre de 2020 le fue notificado -a través de la sede electrónica- a la entidad financiera el acuerdo plenario de 5 de noviembre de 2020 por el que se acordó el inicio del expediente de revisión de oficio, concediéndole un plazo de audiencia de quince días a fin de efectuar las alegaciones y proponer la prueba que estimase conveniente.

4.- Consta en el expediente administrativo -con fecha 30 de noviembre de 2020- certificación de estado de la notificación sobre «*Rechazo por vencimiento*».

5.- El 3 de febrero de 2021 se procede a realizar una nueva notificación del precitado acuerdo plenario de 5 de noviembre de 2020, a través del correo ordinario, haciéndose efectiva la recepción de aquélla.

6.- Con fecha 24 de febrero de 2021, la entidad bancaria formula escrito de alegaciones.

7.- Con fecha 27 de marzo de 2021 se formula informe-propuesta favorable a la declaración de nulidad de pleno derecho de los contratos de permuta financiera celebrados entre el Ayuntamiento de Tegui y el Banco Santander.

8.- Mediante oficio de 27 de marzo de 2021 -con registro de entrada en este Organismo consultivo el día 29 de marzo de 2021- se solicita la evacuación del dictamen del Consejo Consultivo de Canarias [art. 106.1 LPACAP en relación con los arts. 11.1.D.b) y 12.3 LCCC].

IV

Con carácter previo al análisis del fondo del asunto, resulta necesario realizar un estudio previo tanto sobre la naturaleza de estos contratos como sobre la legislación

aplicable a los mismos, por ser ello determinante de la concurrencia o no de las causas de nulidad que se alegan en el seno de un procedimiento de revisión de oficio.

A este respecto, se ha de traer a colación lo manifestado por este Organismo consultivo en su Dictamen n.º 333/2018, de 24 de julio (Fundamento cuarto):

«1. (...) este Consejo se ha pronunciado a este respecto en varias ocasiones (Dictámenes 157/2013, de 2 de mayo; 304 y 305/2013, de 19 de septiembre; 389/2013, de 8 de noviembre; 427/2013, de 3 de diciembre; 138/2014, de 21 de abril; y 255/2017, de 19 de julio).

Señalamos en estos Dictámenes lo siguiente, en relación con el concepto y naturaleza de este tipo de contratos:

“Según la Doctrina 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 (...) 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, (...) y (...) 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 (...) 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 conforman 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) núm. 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 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 Euríbor, como el de autos, si el Euríbor 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 Euríbor hace que se beneficie una parte u otra. (SAP de (...)) (Sección 1ª) núm. 131/2012, de 8 noviembre, FJ 3, JUR\2012\399824".

Así pues, como hemos indicado en anteriores Dictámenes, el contrato de permuta financiera de tipos de interés (swap), podemos calificarlo como un contrato privado de servicios financieros o de inversión de la entidad bancaria, a efectos de lo previsto en la legislación de contratación administrativa. Esta calificación coincide con la que el Consejo Consultivo de Andalucía ha otorgado a este tipo de contratos, pues lo configura como un contrato para prestación de un servicio financiero - servicios bancarios y de inversiones-, a la que son aplicables los requisitos que se exigen a los contratos administrativos en cuanto a su fase preparatoria o de adjudicación (Dictámenes 698/2011, de 27 de octubre, 402 y 403/2013, de 5 de junio y 841 y 842/2014, ambos de 11 de diciembre).

No desconoce este Consejo que esta calificación no es pacífica, como veremos más adelante, lo que acarreará determinadas consecuencias en cuanto a nuestra doctrina.

2. Por lo que se refiere a la legislación aplicable al mismo, la cuestión se contrae a determinar si se encuentra sujeto o no a la normativa reguladora de la contratación pública, en este caso, como ya hemos apuntado, a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP).

Tal y como hemos mantenido en Dictámenes anteriores, el contrato marco no contiene obligación de tipo económico alguno, sino que únicamente contempla las condiciones contractuales a las que se ajustarán las futuras operaciones de permuta financiera que, en su caso, se puedan formalizar. Son éstas las que obligarán a las partes a partir del momento en que se suscriban y por ello, la legislación en su caso a aplicar es la vigente en el momento de su formalización. De este entendimiento ha partido este Consejo en el Dictamen 157/2013 ya citado, en el que se ha distinguido la normativa aplicable en función de la fecha de formalización de los contratos de confirmación de permuta financiera.

En relación pues con la legislación contractual de aplicación a este tipo de contratos o negocios jurídicos, como ya desde el referido Dictamen hemos condensado, resulta preciso distinguir el régimen aplicable bajo la vigencia del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP) y la posterior LCSP, recogido con posterioridad en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP).

A. Así, por lo que se refiere al TRLCAP, 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).

De conformidad pues con este precepto legal, los contratos excluidos, en lo que ahora interesa, son aquéllos que se encuentran asociados a otros contratos de préstamo. Sin embargo, como indicamos en anteriores Dictámenes:

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

Partiendo de esta consideración y en lógica consecuencia, hemos indicado en nuestro Dictamen 157/2013 que “no puede desconocerse que los contratos excluidos por el Texto Refundido son los de préstamo y los asociados en cuanto cubran de los `riesgos de tipo de interés`, no los de permuta financiera. Luego, si es así, los contratos de permuta financiera son contratos bancarios, financieros o de inversión, sean calificados como contratos privados o contratos de servicios, sometidos ambos con uno u otro alcance a legislación contractual.

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

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

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

Sin embargo, en nuestro Dictamen 389/2013, de 8 de noviembre, también hemos señalado (Fundamento III.3) lo siguiente:

“Los contratos de swap cuya nulidad se pretende, en consecuencia, al servir de cobertura a las operaciones de financiación del propio Ayuntamiento, como reconoce expresamente la Intervención y se corrobora de la documentación obrante en el expediente,

están excluidos de la legislación contractual administrativa [art. 3.1.k) TRLCAP], porque así lo dispone la propia Ley, por lo que su posible nulidad, así como las cuestiones relativas a sus efectos, extinción y posibles indemnizaciones han de ventilarse en sede civil, sin que quepa a este Consejo pronunciamiento alguno sobre dichas cuestiones”.

Es decir, si en el expediente analizado queda acreditado que los contratos de permuta financiera se realizaron como cobertura y vinculados claramente a las operaciones de financiación de la Administración, se considera que están excluidos de la legislación contractual vigente con anterioridad a la LCSP de 2007.

Cuestión distinta es que no conste acreditado en el expediente que este tipo de contratos estén vinculados a las operaciones de financiación de la Administración, ni que hayan sido suscritos como cobertura del riesgo ante la fluctuación de los tipos de interés de un préstamo o crédito concreto concertado por la Administración para su financiación, tal y como ha sucedido en los Dictámenes 157/2013, 304/2013 y 138/2014. En los supuestos de hecho analizados en estos Dictámenes, hemos considerado a los contratos de swaps como contratos privados de la Administración al no haberse acreditado en el expediente que estuvieran asociados a operaciones de préstamo o análogas de la Administración.

Este criterio ha sido ratificado por la reciente Sentencia 60/2018, de 30 de enero, del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1ª, Las Palmas, JUR\2018\53253), que, precisamente, aborda una nulidad de adjudicación de un contrato marco de operaciones financieras (CMOF) y los sucesivos contratos de confirmación de permuta financiera de tipos de interés (swaps) suscritos al amparo del mismo, que fue el objeto de nuestro Dictamen 157/2013. En esta sentencia, el TSJC comparte el criterio de este Organismo de que tanto el CMOF como los swaps, son contratos privados de la Administración cuya preparación y adjudicación estaban sujetos al TRLCAP, ya que no constaba que estuvieran relacionados con ninguna otra operación financiera, esto es, préstamos o créditos, del Ayuntamiento con el Banco para su financiación presupuestaria, ni para cubrir los riesgos de tipo de interés derivados de dichas operaciones de financiación (FJ IV.1 del citado Dictamen).

A este respecto, indica la citada sentencia lo siguiente (FJ 5º):

“En cualquier caso, aquí la concurrencia de la causa o motivo es igual de evidente pues es cierto que estamos ante contratos que deben ser calificados como privados aunque uno de los contratantes sea una Administración al formar parte de los contratos bancarios o de inversión, en relación a los cuales el artículo 9.1 del TRLCAP, vigente en la fecha de perfección del Contrato Marco, literalmente dice: “Los contratos privados de las Administraciones Públicas se registrarán en cuanto a su preparación y adjudicación, en defectos de normas administrativas específicas, por la presente ley y sus disposiciones de desarrollo y en cuanto a sus efectos y extinción por las normas de derecho privado (...)”, sin que sea

aplicable la excepción referida a aquellos contratos unidos a la financiación de las necesidades previstas en las normas presupuestarias, tales como préstamos, créditos y otras de naturaleza análoga, así como los contratos relacionados con instrumentos financieros concretados para cubrir los riesgos de tipo de interés y de cambio derivados de los anteriores (art. 3 letra k).

Dado que estamos ante un contrato que carece de relación alguna con la cobertura de riesgos, y dado el tenor literal del precepto antes citado, queda zanjada la cuestión en cuanto es posible constatar que la contratación tuvo lugar al margen del procedimiento administrativo que exigía el cumplimiento de las normas administrativas sobre preparación y adjudicación abiertamente incumplidas por los contratos sujetos a revisión, sin que la existencia de reuniones entre técnicos municipales y empleados de la entidad bancaria suponga procedimiento alguno, que, en el caso, fue omitido `total y absolutamente`, en lo que es la fase previa a la perfección que es donde entran en juego con mayor incidencia los clásicos y característicos principios de la contratación de transparencia, publicidad y concurrencia.

Lo dicho es más que suficiente pues es función judicial dar respuesta y no adentrarse en debates sobre la naturaleza del contrato que exceden de su función, siendo lo decisivo que se califique como contrato privado (lo que, como antes explicamos, acepta esta Sala) o de contrato administrativo, quedaba sujeto a las normas de contratación públicas, incluida la adjudicación, y que no se trataba de ningún contrato excluido de dicha obligación, lo que supone dar por plenamente acreditada la ausencia de todo procedimiento y la vulneración de todos y cada uno de los principios que caracterizan -deben caracterizar- la contratación de una Administración Pública, y cuya omisión de procedimiento no puede quedar validada por informes referidos a sus consecuencias que puedan emitir unos u otros órganos municipales o por existencia de reuniones previas más o menos informales entre las partes”.

Por tanto, esta interpretación, aunque referida al TRLCAP y, por tanto, anterior a la LCSP, viene a ratificar la exclusión de la normativa contractual administrativa de los swaps que estén relacionados directamente o vinculados con la cobertura de riesgos de los préstamos o créditos efectuados por la Administración para su financiación, lo que lleva, a sensu contrario, a considerar contratos privados a aquellos swaps que carezcan de tal vinculación.

B. Bajo la vigencia de la LCSP, aplicable en el presente caso, como ya hemos señalado, su art. 4.1.1) excluye de su aplicación los contratos financieros referidos a la “compraventa y transferencia de valores o de otros instrumentos financieros”, “en particular, las operaciones relativas a la gestión financiera del Estado”, así como “las operaciones destinadas a la obtención de fondos”. Por ello, como hemos señalado en nuestros Dictámenes 157/2013 y 255/2017, los contratos de permuta financiera no se hallan excluidos; los que cubren riesgos de cambios de interés, tampoco. La exclusión, siguiendo esta doctrina, aun no

exenta de polémica, sería inaplicable a este caso. Lo que significa que los contratos suscritos se hallarían sometidos a la Ley.

Los arts. 10 y 277 a 288 LCSP regulan los denominados “contratos de servicios”, que se califican asimismo de “contratos privados” (art. 20.1 y Anexo II.6 LCSP) cuya “preparación y adjudicación”, si no hubiera norma específica, seguirá la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de Derecho Administrativo o, en su caso, las normas de Derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. Por el contrario, sus efectos y extinción (cumplimiento y resolución) “se regirán por el Derecho privado”.

De la aplicación de esta normativa resulta, pues, que, siguiendo doctrina contenida en los dos Dictámenes citados, a los contratos de permuta financiera suscritos les resultaban de aplicación las normas de la legislación contractual administrativa en lo relativo a su preparación y adjudicación.

3. No obstante, como decíamos con anterioridad al referirnos a la naturaleza de estos contratos, esta calificación de los contratos de permuta financiera suscritos al amparo de la LCSP como contratos privados no resulta pacífica. En efecto, tras la aprobación y entrada en vigor de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP 2017), en el art. 10 de la misma, relativo a los negocios y contratos excluidos en el ámbito financiero, se dispone lo siguiente:

“Están excluidos del ámbito de la presente Ley los contratos relativos a servicios financieros relacionados con la emisión, compra, venta o transferencia de valores o de otros instrumentos financieros en el sentido de la Directiva 2004/39/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE, del Consejo y la Directiva 2000/12/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE, del Consejo. Asimismo quedan excluidos los servicios prestados por el Banco de España y las operaciones realizadas con la Facilidad Europea de Estabilización Financiera y el Mecanismo Europeo de Estabilidad y los contratos de préstamo y operaciones de tesorería, estén o no relacionados con la emisión, venta, compra o transferencia de valores o de otros instrumentos financieros”.

La Directiva 2004/39/CE que cita este art. 10 ha sido derogada, con efectos de 3 de enero de 2017 (por tanto, con anterioridad a la propia LCSP 2017), por la Directiva 2014/65/UE, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE, pero en ambas (en la Directiva 2004/39/CE y en la Directiva 2014/65/UE), se define a los instrumentos financieros [art. 4.1.17) de la Directiva 2004/39/CE y art. 4.1.15) de la Directiva 2014/65/UE] como a los instrumentos especificados en el anexo I, sección C. El citado anexo

I, sección C, en su apartado 4, especifica como tales a los “contratos de opciones, futuros, permutas (swaps), acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de derivados relacionados con valores, divisas, tipos de interés o rendimientos, derechos de emisión u otros instrumentos derivados, índices financieros o medidas financieras que puedan liquidarse en especie o en efectivo”.

En consecuencia, los contratos de permuta financiera (“swaps”) de tipos de interés se encuentran entre los contratos excluidos de la LCSP 2017, aunque no estén relacionados, en principio, con los contratos de préstamo y operaciones de tesorería, sin perjuicio de lo que más adelante diremos sobre las limitaciones a las Administraciones Públicas para formalizar este tipo de contratos, de acuerdo con la legislación presupuestaria. Luego, se puede interpretar que si el TRLCAP, aplicable hasta abril de 2008, consideraba excluidos de la legislación contractual administrativa a los contratos relacionados con instrumentos financieros derivados concertados para cubrir riesgos de tipo de interés de los contratos de préstamos, créditos u otros de naturaleza análoga (cuando así se acredite de manera indubitada en el expediente y aunque se trate de swaps), y la LCSP 2017 excluye expresamente a los contratos de permuta financiera de tipos de interés (swaps) de la legislación contractual, no resulta congruente que en la LCSP de 2007 y el TRLCSP de 2011 estos contratos no resultaran también excluidos de la legislación contractual, al menos si se encontraban vinculados a la gestión financiera de la Administración.

Pero, como hemos avanzado, la exclusión de los swaps de la LCSP 2017 no quiere decir que la Administración pueda contratarlos con carácter especulativo porque ello está proscrito por la legislación presupuestaria, ya que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 101 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (LGP), deben de estar asociados a operaciones concretas de endeudamiento para limitar los riesgos a que pueden verse expuestas estas operaciones, entre ellos los de la evolución de los tipos de interés. Además, el art. 96.b) LGP considera, en las operaciones de permuta financiera, a los intercambios de intereses y demás gastos e ingresos financieros, como operaciones no presupuestarias, imputándose contablemente al Presupuesto en la forma que se prescribe en la Resolución de 10 de julio de 2009 de la Intervención General de la Administración del Estado (Anexo I, que modifica el contenido del Anexo III de la Resolución de 20 de marzo de 1998, Reglas 7.2 y 8.4).

Asimismo, el art. 48 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo (TRLRHL), permite este tipo de operaciones financieras de cobertura y gestión del riesgo del tipo de interés, sujetas al principio de prudencia financiera (art. 48 bis TRLRHL), con los límites y condiciones que se establezcan por Resolución de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera. En el mismo sentido la normativa sobre contabilidad local, que se aprueba por orden ministerial (Orden EHA/4041/2004, de 23 de noviembre y Orden HAP/1781/2013, de 20 de septiembre), define las operaciones de cobertura mediante instrumentos financieros y los criterios para su

contabilización. En aplicación de esta normativa, en este caso concreto del Cabildo de Tenerife, del examen del expediente puede comprobarse como en los Decretos por los que se levanta cada reparo de la Intervención, se imputan contablemente a las partidas que corresponden del presupuesto del Cabildo, que cuentan con crédito suficiente, los gastos derivados de los swaps.

También, ha de tenerse en cuenta que la Directiva 2004/39/CE ya estaba en vigor desde el 30 de abril de 2007 y que fue incorporada al ordenamiento jurídico español por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (LMV). En virtud de esta modificación legal, el art. 2.4 LMV quedó redactado considerando como comprendidos en el ámbito de esta Ley a los "contratos de opciones, futuros, permutas, acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de instrumentos financieros derivados relacionados con valores, divisas, tipos de interés o rendimientos, u otros instrumentos financieros derivados, índices financieros o medidas financieras que puedan liquidarse en especie o en efectivo". Es decir, la Directiva que cita el art. 10 LCSP 2017 ya había sido incorporada a nuestro ordenamiento jurídico cuando se aprobó la LCSP y, por tanto, los instrumentos financieros a los que se refiere el art. 4.1.I) LCSP y TRLCSP comprenden a los contratos de permuta financiera de tipos de interés.

Esta posición de considerar a los contratos de permuta financiera como contratos excluidos en tanto en cuanto se encuentren vinculados a las necesidades financieras de las Administraciones Públicas, aunque por otros motivos relativos a la redacción que finalmente se dio al art. 4.1.I) LCSP durante la tramitación parlamentaria y a cierto apoyo doctrinal, es la que mantiene el instructor del presente expediente en la Propuesta de Resolución y los Servicios Jurídicos del Cabildo Insular de Tenerife, con sustento en la consulta efectuada a la Audiencia de Cuentas de Canarias y el criterio de la Secretaría General del Tesoro y de Política Financiera del Ministerio de Economía.

En este sentido, el informe de la Audiencia de Cuentas de Canarias, aprobado por el Pleno de la citada Institución el 24 de noviembre de 2015, considera, tras distinguir entre "swap vinculado y desvinculado" (STS, Sala 1ª, de 9 de enero de 2013), que "las permutas financieras (swaps) concertadas para las coberturas de tipos de interés cuyas liquidaciones se calculan en base a la deuda viva de los préstamos que cubren y en las mismas fechas de vencimiento que éstos, se encuentran comprendidos en el apartado 4.1 I) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, y en consecuencia se encuentran excluidos del ámbito de esta Ley, regulándose por sus `normas especiales`, y aplicándose sólo los principios del TRLCSP para resolver las dudas y lagunas que pudieran plantearse. Asimismo, tales instrumentos deberán de ajustarse a las exigencias contenidas en la normativa presupuestaria y financiera aplicable a las Haciendas Locales, debiendo cumplimentar las condiciones, limitaciones y requisitos que de forma específica se

establezcan por la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera, de conformidad con los principios de prudencia financiera y sostenibilidad de las finanzas públicas”.

A estos criterios interpretativos debe añadirse que la exclusión de este tipo de contratos de la LCSP así ha sido considerada por el Consejo Jurídico de la Región de Murcia en su Dictamen 291/2016, de 17 de octubre, al señalar lo siguiente:

“No obstante, la cuestión relevante y concreta traída por la interesada en sus alegaciones es que, según sostiene, de acuerdo con el artículo 4.1, l) LCSP en la redacción vigente a la fecha de celebración del contrato, éste quedaría excluido de la misma y por tanto, inatacable a través de la vía de revisión de oficio apuntada, al establecer el precepto citado como excluidos de la citada Ley los `contratos relativos a servicios financieros relacionados con la emisión, compra, venta y transferencia de valores o de otros instrumentos financieros, en particular las operaciones relativas a la gestión financiera del Estado, así como las operaciones destinadas a la obtención de fondos o capital por los entes, organismos y entidades del sector público, así como los servicios prestados por el Banco de España y las operaciones de tesorería`. Es decir, si el derivado ofrece cobertura a la operación principal de préstamo, como es el caso, está comprendido en la gestión financiera del presupuesto municipal y, por tanto, excluido de la LCSP, lo que no ocurriría si fuese un contrato independiente. De los antecedentes resulta evidente que la operación de permuta financiera se suscribió en conexión directa con la operación especial de endeudamiento de 2.000.000 de euros ofrecida por el - y autorizada por el Pleno mediante acuerdo de 21 de julio de 2009, `con cobertura de interés fijo`, suscrita el 23 de julio de 2009, igual que el Contrato Marco de Operaciones Financieras. La oferta previa enviada por la entidad crediticia el 6 de julio anterior a solicitud del Ayuntamiento llevaba adjunta una `oferta propuesta orientativa de cobertura de tipos de interés, la 5 cual se tendría que cerrar el día de la firma` de la operación de préstamo. La permuta financiera contratada también surte efectos a partir del 23 de julio de 2009, venciendo el 23 de julio de 2015, igual que la operación de préstamo.

Por tanto, el contrato de permuta financiera objeto de revisión de oficio, al servir de cobertura a las operaciones de financiación del propio Ayuntamiento, está excluido de la legislación contractual administrativa según el antes citado artículo 4.1, l) LCSP, por lo que su posible nulidad, así como las cuestiones relativas a sus efectos, extinción y posibles indemnizaciones son cuestiones ajenas a las potestades administrativas y propias, por ello, del orden civil.

A igual conclusión se llega a través del artículo 52.1 del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales (LHL), sobre concertación de operaciones de crédito, régimen jurídico y competencias, según el cual, en la concertación de las mismas cuando estén vinculadas a la gestión del presupuesto, será de aplicación lo previsto en el artículo 3.1.k) del Real Decreto

Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, precepto éste sustituido por el 4.1.I) LCSP (...)”.

Aplicando todos estos criterios interpretativos a la LCSP, procede modificar nuestra doctrina contenida en los Dictámenes 157/2013 (solo parcialmente, en lo referido a la LCSP) y 255/2017, en el sentido de que los contratos de permuta financiera de tipos de interés suscritos bajo la vigencia de la LCSP (y TRLCSP), si se encuentran vinculados a las operaciones relativas a la gestión financiera de la Administración, también se encuentran excluidos de la normativa de contratación administrativa, de acuerdo con el art. 4.1.I) de la citada Ley.

En este sentido, el elemento temporal en cuanto a la suscripción de estos contratos y los supuestos de hecho concretos han determinado la delimitación de cada uno de nuestros Dictámenes. Así, como se ha referido con anterioridad, los Dictámenes 157/2013 (parcialmente), 304/2013 y 138/2014, se referían a swaps formalizados al amparo del TRLCAP y no vinculados a operaciones de financiación de la Administración, lo que suponía su calificación como contratos privados de la Administración; el Dictamen 305/2013, estaba referido a unos swaps suscritos también al amparo del TRLCAP, pero se concluyó en una necesidad de retroacción para acreditar si estaban vinculados o no a operaciones de crédito o préstamo, dando lugar posteriormente al Dictamen 389/2013, que consideró vinculados los swaps a dichas operaciones, por lo que estaban excluidos del TRLCAP; y el 427/2013 contemplaba un supuesto de unos swaps sometidos a la LCSP, pero el procedimiento revisor se encontraba caducado, por lo que este Consejo no entró en el fondo del asunto.

Así pues, la doctrina mantenida en estos Dictámenes resulta incólume, viéndose afectados por la citada modificación doctrinal únicamente los Dictámenes 157/2013 (solo parcialmente, al referirse a la aplicación de la LCSP -ya que también existían swaps suscritos durante la vigencia de esta Ley-, pero no al resultado porque no se acreditó la vinculación de los swaps a ninguna operación concreta de financiación) y 255/2017, referido este último a un swap suscrito bajo la vigencia de la LCSP, en el que, efectivamente, existía un informe de la Intervención Municipal en el que se afirmaba que el mismo se había formalizado como instrumento de cobertura de las variaciones de tipo de interés del préstamo concertado por el Ayuntamiento.

En consecuencia, los contratos de permuta financiera de tipos de interés, que fueron suscritos por el Cabildo Insular de Tenerife como cobertura de los riesgos de variación del tipo de interés de las operaciones de préstamo o crédito concertados con anterioridad por el Cabildo, objeto de este Dictamen, se encuentran excluidos de la LCSP. Esta cobertura de los riesgos de los tipos de interés de las operaciones de financiación del Cabildo Insular de Tenerife, por lo demás, se encuentra debidamente acreditada en el expediente (...).

4. En definitiva, al resultar excluidos de la LCSP los contratos de permuta financiera de tipos de interés suscritos por el Cabildo Insular, la Administración no puede ejercer sus

potestades relacionadas con la revisión de oficio, por lo que, tal y como hemos señalado en nuestro Dictamen 389/2013, el conocimiento de las posibles causas de nulidad de estos contratos, así como las cuestiones relativas a sus efectos, extinción y posibles indemnizaciones corresponde a la jurisdicción civil, por lo que este Consejo no puede entrar a pronunciarse sobre las mismas».

V

1. En el supuesto analizado concurren determinadas circunstancias que impiden emitir un pronunciamiento jurídico sobre el fondo del asunto. En este sentido, resulta oportuno efectuar las siguientes consideraciones:

Si bien este Consejo Consultivo de Canarias, con ocasión del examen del contrato de permuta financiera de tipos de interés suscrito por el Ayuntamiento de Teguiise con el Banco Santander el día 9 de junio de 2008 (no así respecto a las restantes operaciones financieras que se trata de revisar de oficio en el presente expediente administrativo) y sobre la base del informe de la Intervención Municipal de 12 de junio de 2013 -« (...) en el que se afirmaba que el mismo se había formalizado como instrumento de cobertura de las variaciones de tipo de intereses del préstamo concertado por el Ayuntamiento»- (y que no ha sido incorporado al expediente remitido a este Consejo Consultivo, a pesar de que se alude al mismo en el informe elaborado por la técnico Jurista del Ayuntamiento de Teguiise, con fecha 29 de julio de 2020 y conformado por la Secretaría municipal el 22 de octubre de ese mismo año), procedió a modificar -en su Dictamen n.º 333/2018, de 24 de julio- la doctrina sostenida en su Dictamen n.º 255/2017, de 19 de julio de 2017 [« (...) en el sentido de que los contratos de permuta financiera de tipos de interés suscritos bajo la vigencia de la LCSP (y TRLCSP), si se encuentran vinculados a las operaciones relativas a la gestión financiera de la Administración, también se encuentran excluidos de la normativa de contratación administrativa, de acuerdo con el art. 4.1.I) de la citada Ley»], afirmando que el contrato de swap de 9 de junio de 2008, suscrito bajo la vigencia de la LCSP, « (...) se había formalizado como instrumento de cobertura de las variaciones de tipo de interés del préstamo concertado por el Ayuntamiento», y, por tanto, estando excluido del ámbito de aplicación de la LCSP, lo cierto es que en el expediente de revisión de oficio ahora analizado se plantean serias dudas respecto a si la totalidad de los contratos de permuta financiera de tipos de intereses que se pretenden revisar de oficio fueron suscritos -o no- por el Ayuntamiento como cobertura de los riesgos de variación del tipo de interés de las

operaciones de préstamo o crédito concertados con anterioridad por la Entidad municipal.

Así, frente a lo afirmado por este Organismo consultivo en los dictámenes reseñados anteriormente y lo sostenido por la propia entidad bancaria en su escrito de alegaciones (en los que se alude a los contratos de permuta financiera de tipos de interés como instrumentos de cobertura de los riesgos de variación del tipo de interés de las operaciones de préstamo o crédito concertados con anterioridad por la Administración municipal), el informe-propuesta de resolución afirma taxativamente que « (...) *en el supuesto que nos ocupa no existe ningún préstamo o crédito al que dichos contratos de permuta financiera pudieran cubrir los riesgos de tipos de interés siendo de naturaleza puramente especulativa*».

Por su parte, el informe jurídico elaborado por el abogado externo (...) -a petición del Ayuntamiento-, señala lo siguiente: *«Ignoramos si los contratos de Confirmación de Permuta Financiera de Tipos de Interés estaban correlacionados con una operación de crédito y, en caso de ser así, el importe de la misma»*.

2. A la vista de lo expuesto anteriormente, y en aras a poder emitir un pronunciamiento jurídico debidamente fundado sobre el fondo del asunto, resulta oportuno retrotraer las actuaciones a fin de que se evacue informe de la Intervención Municipal en el que se aclare si la totalidad de las operaciones financieras que se pretende revisar de oficio en el presente expediente administrativo fueron o no suscritas como cobertura de los riesgos de variación del tipo de interés de las operaciones de préstamo o crédito concertados, en su caso, con anterioridad por el Ayuntamiento, y, por tanto, si estaban o no vinculadas a las operaciones de financiación de la Administración municipal.

Una vez emitido el citado informe, se procederá a dar traslado del mismo a la entidad financiera, al objeto de que ésta pueda formular las alegaciones que estimase convenientes en defensa de sus derechos e intereses legítimos -garantizándose, así, su derecho de audiencia-. Y, finalmente, tras la presentación de dichas alegaciones, o, en su caso, una vez transcurrido el plazo legalmente otorgado a tal fin, se procederá al dictado de una nueva propuesta de resolución y, en caso de no acreditarse su vinculación a las operaciones de financiación municipal, la posterior solicitud de dictamen a este Consejo Consultivo.

Si, por el contrario, quedara acreditada la vinculación del swap a una operación financiera, conforme a la tan repetida doctrina sentada por el DCC 333/2018, no

procederá la emisión de dictamen por este Consejo Consultivo debiendo acudir a la vía civil para declarar su nulidad.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución sometida a la consideración jurídica de este Consejo Consultivo no es conforme a Derecho, debiéndose retrotraer las actuaciones a los fines indicados en el Fundamento V de este Dictamen.