



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 3 9 / 2 0 2 2

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 16 de junio de 2022.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Teguiise en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio del contrato de permuta financiera celebrado entre el Ayuntamiento de Teguiise y la entidad (...) (EXP. 194/2022 CA)**

F U N D A M E N T O S

I

1. El presente Dictamen, solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Teguiise, tiene por objeto examinar la adecuación jurídica del procedimiento de revisión de oficio de una serie de contratos de permuta financiera de tipos de interés celebrados entre el Ayuntamiento de Teguiise 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, 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 (LRJAPPAC), serán estas 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., de la LPACAP, al haberse iniciado el procedimiento de revisión de oficio tras la entrada en vigor de la misma.

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 427/2013 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 solo 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 pronunció con fecha 19 de julio de 2017, emitiendo Dictamen -255/2017, de 19 de julio- 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 (...) 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 DCC 333/2018 de 24 de julio, en el que este Organismo modifica la doctrina sostenida en su Dictamen 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. 4.1.1) 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».

12. El Pleno del Ayuntamiento de Teguiise en sesión de 5 de noviembre de 2020 acordó -por tercera vez- 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.

13. Una vez concluida la tramitación del expediente de revisión de oficio, se solicita la emisión del dictamen de este Organismo consultivo [art. 106.1 LPACAP en relación con los arts. 11.1.D.b) y 12.3 LCC] que es evacuado con fecha 22 de abril de

2021 (DCC 196/2021 de 22 de abril), estableciendo la necesidad de retrotraer las actuaciones a los fines indicados en su Fundamento V:

« (...) 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 evacúe 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».

14. Una vez retrotraídas las actuaciones y verificados los trámites procedimentales oportunos (entre ellos, la evacuación del informe de la Intervención municipal) se formula nueva Propuesta de Resolución que es sometida al parecer jurídico de este Consejo Consultivo de Canarias.

Así, con fecha 9 de septiembre de 2021 se emite DCC 414/202, de 9 de septiembre, en el que se constata la caducidad del procedimiento de revisión de oficio, *« (...) sin perjuicio de la posibilidad de incoar nueva revisión sobre el mismo objeto, según se expone en el Fundamento IV de este Dictamen»: « (...) no resulta admisible jurídicamente la ampliación de los plazos de caducidad del procedimiento administrativo de revisión de oficio, (...) por lo que se concluye que el presente procedimiento administrativo habría caducado el día 5 de mayo de 2021. De esta manera, y una vez producida la caducidad del procedimiento en los términos señalados, la Administración ha de resolverlo con expresión de esta circunstancia (art. 21.1, párrafo segundo LPACAP), pudiendo al propio tiempo acordar el inicio de un nuevo procedimiento».*

15. Mediante Providencia de Alcaldía-Presidencia, de 30 de noviembre de 2021, se requiere al Área de contratación para que emita informe jurídico referente a la

incoación de un nuevo procedimiento de revisión de oficio sobre el mismo objeto en cuestión.

Dicho informe es emitido con fecha 3 de diciembre de 2021, siendo conformado por la Secretaría Municipal ese mismo día.

16. Con fecha 11 de febrero de 2022 se dicta Providencia de Alcaldía en cuya virtud se requiere al Interventor municipal para que emita informe sobre el inicio de un nuevo procedimiento de revisión de oficio en relación con los contratos de permuta financiera de tipos de interés («*Swap*»), suscritos por el Ayuntamiento de Tegui se con el(...)

Este informe de la Intervención municipal es evacuado el día 7 de marzo de 2022.

III

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

1. El Pleno del Ayuntamiento de Tegui se en sesión de 23 de marzo de 2022 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.

Asimismo, en dicho acuerdo municipal se concedía a la entidad bancaria (...) un plazo de 15 días para que ésta pudiera « (...) *tomar audiencia y vista del expediente administrativo de referencia con carácter previo a la redacción de la propuesta de resolución a los efectos de que puedan alegar y presentar los documentos y justificaciones que se estimen pertinentes de conformidad con el artículo 82.1 y 2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*».

Según se desprende del expediente administrativo, el acuerdo de incoación del procedimiento de revisión de oficio fue convenientemente notificado a la entidad bancaria con fecha 25 de marzo de 2022.

2. Con fecha 22 de abril de 2022 se emite certificación de la Secretaria de la Corporación Municipal en la que se hace constar que la entidad bancaria no ha formulado alegaciones respecto al expediente de revisión de oficio [« (...) *desde el día veintiséis de marzo de dos mil veintidós, día posterior a la fecha de la notificación de la declaración de la incoación del procedimiento de revisión de oficio de los contratos de permuta financiera suscritos con el Ayuntamiento de Tegui se, dentro del expediente "Revisión de Oficio de los contratos de permuta financiera suscritos por el Ayuntamiento de Tegui se con la entidad (...) (Expediente 2021/11647), hasta la fecha de la firma de la presente certificación*»].

3. Con fecha 25 de abril de 2022 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 se y el Banco (...).

Ese mismo día, el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Tegui se eleva al Pleno de la Corporación municipal Propuesta de Resolución cuyo contenido es idéntico al del informe-propuesta elaborado por el Técnico de Administración General e instructor del procedimiento.

4. Con fecha 4 de mayo de 2022 el Pleno del Ayuntamiento de Tegui se acuerda aprobar la Propuesta de Resolución por la que se declara « (...) *la nulidad de pleno derecho de los contratos de permuta financiera celebrados entre el Ayuntamiento de*

Teguisse y el (...) a que se refiere Acuerdo Plenario de fecha 23 de marzo de 2022, siempre que el Dictamen del Consejo Consultivo de Canarias sea favorable».

5. El precitado acuerdo plenario es objeto de notificación a la entidad bancaria a través de la sede electrónica del Ayuntamiento de Teguisse, siendo puesta a disposición de la interesada con fecha 5 de mayo de 2022 no constando la acreditación documental en el expediente de la fecha concreta en la que la entidad interesada accedió al contenido de dicha notificación.

6. Mediante oficio de 5 de mayo de 2022 -con registro de entrada en este Organismo consultivo el día 10 de mayo de 2022- 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 LCC].

7. Con fecha 12 de mayo de 2022 la entidad bancaria formula escrito de alegaciones al expediente de revisión de oficio.

IV

Una vez examinado el contenido del expediente de revisión de oficio remitido a este Consejo Consultivo de Canarias se advierte la existencia de circunstancias que impiden la emisión de un juicio de adecuación jurídica respecto al tema de fondo.

En este sentido, se ha de llamar la atención sobre el hecho de que el acuerdo plenario del Ayuntamiento de Teguisse adoptado con fecha 4 de mayo de 2022 -en el que se hace constar que « (...) la entidad (...) disponía de quince (15) días a fin de efectuar las alegaciones que considere y proponer la prueba que estime conveniente en el expediente, sin que al día de hoy se hayan presentado alegaciones al mismo»- fue objeto de notificación a la entidad bancaria a través de la sede electrónica municipal, siendo puesta a disposición de la interesada con fecha 5 de mayo de 2022; no constando la acreditación documental en el expediente de la fecha concreta en la que la entidad interesada (entidad bancaria) accedió al contenido de dicha notificación.

De esta manera, se entiende que, en virtud de lo establecido en los arts. 43.2 y 73.3 LPACAP y efectuando una interpretación *pro actione*, el escrito de alegaciones formulado por la entidad bancaria con fecha 12 de mayo de 2022 ha de ser admitido, produciendo sus efectos legales.

Una vez dicho lo anterior, y teniendo en cuenta que la Propuesta de Resolución no se pronuncia sobre las diversas cuestiones señaladas por la entidad bancaria en su escrito de alegaciones (art. 88 LPACAP), omitiendo, asimismo, la necesaria fundamentación jurídica y/o motivación de la decisión finalmente adoptada por la Administración municipal [art. 35.1, letra b) LPACAP] -lo que supone sustraer al conocimiento de este Organismo Consultivo la plenitud del debate jurídico suscitado en las presentes actuaciones, impidiendo, razonablemente, la emisión en las debidas condiciones, de un pronunciamiento jurídico sobre el fondo del asunto-, es por lo que se entiende que procede retrotraer las presentes actuaciones a fin de que sean subsanadas tales deficiencias. A continuación, se habrá de elevar a este Consejo Consultivo de Canarias la correspondiente Propuesta de Resolución que será dictaminada en los términos que procedan.

C O N C L U S I Ó N

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