



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 15 de septiembre 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. 295/2022 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 la entidad (...)

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 (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. LPACAP, al haberse iniciado el procedimiento de revisión de oficio tras la entrada en vigor de esta.

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 23 de marzo de 2022; 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 la misma fecha de 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 confirma 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-, 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 333/2018 del Consejo Consultivo de Canarias, 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 Tegui se 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 (Dictamen 196/2021), 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 Dictamen 414/2021 de este Organismo Consultivo, 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 esta 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 Santander.

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 Tegui se 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 Tegui se, siendo puesto 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.

8. Con fecha 16 de junio de 2022 se emite Dictamen 239/2022 de este Organismo Consultivo, en el que se advierte de la necesidad de retrotraer las actuaciones a los fines indicados en su Fundamento 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 Tegui se 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».*

**9.** *Con fecha 6 de julio de 2022 el Pleno del Ayuntamiento de Tegui se acuerda, «de conformidad con el Dictamen emitido por el Consejo Consultivo de Canarias nº 239/2022, retrotraer las actuaciones al momento previo y anterior a las alegaciones presentadas por la entidad (...), así como emisión de nueva propuesta de resolución sobre la(s) diversas cuestiones planteadas en el escrito de alegaciones».*

*Asimismo, se dispone la desestimación de « (...) las alegaciones presentadas por la entidad (...), dado que las mismas no desvirtúan los fundamentos del Ayuntamiento de Tegui para acordar la nulidad del Contrato Marco de Operaciones Financieras de 12 de septiembre de 2006 y los contratos de permuta financiera de interés que se relacionan en el Acuerdo del Pleno de fecha 23 de marzo de 2022, de conformidad al informe emitido por el instructor del expediente de razón con referencia en el Registro Interior de Informes de esta Corporación nº 3168/2022, de 29 de junio, que se anexa y asumiendo el contenido íntegro del mismo».*

Finalmente, se determina la remisión de la Propuesta de Resolución al Consejo Consultivo de Canarias para que este emita el correspondiente dictamen ex art. 106.1 LPACAP.

**10.** *Mediante oficio de 7 de julio de 2022 -con registro de entrada en este Organismo consultivo el día 11 de ese mismo mes y año- 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

1. La Propuesta de Resolución sometida al parecer jurídico de este Consejo Consultivo de Canarias plantea la declaración de nulidad de una serie de contratos de permuta financiera de tipos de interés celebrados entre el Ayuntamiento de Teguiise y la entidad bancaria (...); y ello en atención a la concurrencia de diversas causas de nulidad de pleno derecho que afectarían a la fase de preparación y adjudicación de tales contratos bancarios. En concreto, las establecidas en las letras b) y e) del art. 62.1 LRJAPPAC -precepto que resulta aplicable en atención a lo argumentado en el apartado 3º del Fundamento I del presente Dictamen-.

2. Pues bien, con carácter previo al examen de la cuestión de fondo, procede indicar que, atendiendo a lo expuesto por la Intervención Municipal en sus informes de 24 de mayo de 2021 y 7 de marzo de 2022 [*« (...) no existe respaldo documental alguno que apoye que los contratos de permuta financiera objeto del expediente de revisión hayan sido suscritos como instrumentos de cobertura de las variaciones de los tipos de interés. (...) los contratos de permuta financiera examinados no fueron suscritos como cobertura de los riesgos de variación de los tipos de interés, y no tenían vinculación alguna con las operaciones de financiación municipal sino que tenían sustantividad contractual propia (...) »*]-es decir, su naturaleza era meramente especulativa, como bien indica y argumenta el propio órgano instructor en la Propuesta de Resolución: *« (...) no existe la mínima presunción de que los contratos de permuta financiera aquí analizados fueran suscritos para servir de cobertura a los tipos de interés de los préstamos o créditos a los que se ha hecho referencia, sino que dichos contratos de permuta financiera fueron suscritos con una finalidad puramente especulativa e inducido a ello el Ayuntamiento por el propio (...)»*]- y siguiendo la doctrina sentada por este Consejo Consultivo de Canarias en sus dictámenes n.º 333/2018, de 24 de julio (*« (...) 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»*) y n.º 196/2021, de 22 de abril (en relación con las operaciones financieras que se pretenden revisar de oficio, y *« (...) en caso de no acreditarse su vinculación a las operaciones de financiación municipal»*), procede *« (...) 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»), se ha de concluir que a los contratos de permuta financiera suscritos por el Ayuntamiento de Tegui se -y cuya declaración de nulidad se pretende en el actual expediente de revisión de oficio- les resultan de aplicación las normas de la legislación contractual administrativa en lo relativo a su preparación y adjudicación -tal y como ya quedó apuntado por este Organismo Consultivo en su Dictamen 255/2017, de 19 de julio-, siendo preceptiva la evacuación del dictamen favorable de este Consejo Consultivo de Canarias (arts. 41.1 Ley 9/2017, de 8 de noviembre, en relación con el art. 106 LPACAP).

3. Centrándonos en el fondo del asunto, y una vez determinada la aplicación de las normas de la legislación contractual administrativa a la preparación y adjudicación de los contratos de permuta financiera que nos ocupan, procede analizar las causas de nulidad esgrimidas por la Administración.

En este sentido, la Propuesta de Resolución -asumiendo íntegramente los argumentos jurídicos expuestos por el Técnico de Administración General en su informe de 29 de junio de 2022 ex art. 88.6 LPACAP- plantea la declaración de nulidad de los actos de preparación y adjudicación de los contratos de permuta financiera suscritos por el Ayuntamiento de Tegui se con la entidad bancaria (...) -y que aparecen relacionados en el Acuerdo Plenario de 23 de marzo de 2022-. Y ello al amparo de las causas de nulidad establecidas en las letras b) y e) del art. 62.1 LRJAPPAC.

Pues bien, una vez examinado el contenido del expediente administrativo instruido, se entiende que concurren las causas de nulidad planteadas por la Administración municipal.

3.1. Se aduce, en primer lugar, la nulidad de los contratos de referencia por haber sido suscritos prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido en materia de contratación [art. 62.1.e) LRJAPPAC, en relación con los arts. 62, letra a) del TRLCAP y art. 32, letra a) LCSP].

En este punto, y dada la identidad sustancial de supuestos analizados, resulta inexcusable traer a colación -y reproducir- lo ya manifestado por este Consejo Consultivo de Canarias en su anterior Dictamen 255/2017, de 19 de julio, en el que, con motivo del examen de uno de los actuales contratos de swap -el suscrito el día 9 de junio de 2008- se declaró la concurrencia de la causa de nulidad esgrimida por la Administración municipal [art. 62.1, letra e) LRJAPPAC].

Así, y como quedó indicado entonces -y ahora se recalca-, «concorre este vicio, como reiteradamente ha señalado el Tribunal Supremo, cuando el acto se dicta sin previo procedimiento. En el presente caso, resulta evidente sin mayor esfuerzo interpretativo la concurrencia de la alegada causa, pues con carácter previo a la suscripción por el Alcalde de contrato swap no se llevó a cabo tramitación administrativa alguna, como hubiera sido procedente. En este sentido, se debió seguir el procedimiento establecido en el art. 93 LCSP, que exige la previa tramitación del correspondiente expediente, que incluye el informe de necesidad de la contratación, pliego de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas, certificado de existencia de crédito, fiscalización previa por la Intervención, justificación del procedimiento y los criterios a seguir para valorar las ofertas.

Por ello, no plantea duda alguna la ausencia de procedimiento. 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 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 de servicios reseñados. No se realizó pues ningún acto de preparación ni de adjudicación, por lo que resulta aplicable al caso esta causa de nulidad de pleno Derecho que alega la Administración».

En idéntico sentido se pronuncian los informes suscritos por la Intervención Municipal con fechas 24 de mayo de 2021 y 7 de marzo de 2022:

«El artículo 52.2 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo (...) establece que:

2. La concertación o modificación de cualesquiera operaciones deberá acordarse previo informe de la Intervención en el que se analizará, especialmente, la capacidad de la entidad local para hacer frente, en el tiempo, a las obligaciones que de aquéllas se deriven para ésta.

No existe ningún informe de intervención analizando la capacidad a la que se refiere dicho artículo y se constata la ausencia de expediente alguno encaminado a aprobar la concertación de los mencionados contratos de permuta financiera de tipos de interés».

Argumentos jurídicos que, *mutatis mutandis*, resultan aplicables al supuesto examinado y que, en consecuencia, determinan la concurrencia de la causa de nulidad planteada por la Administración Pública.

3.2. Idéntica suerte ha de correr la segunda de las causas de nulidad expuestas por la Administración municipal en su Propuesta de Resolución: nulidad contractual al

haberse suscrito los contratos de permuta financiera analizados por órgano manifiestamente incompetente ex art. 62.1, letra e) LRJAPPAC.

A este respecto, resulta oportuno reproducir -y compartir- los argumentos jurídicos expuestos por la Intervención Municipal en los diversos informes evacuados a lo largo de la tramitación del presente procedimiento administrativo de revisión de oficio:

*«A. - En cuanto a la causa de nulidad prevista en el art. 62.1.b) (Hoy artículo 47.1.b Ley 39/2015, de 1 de octubre. del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas) por haberse suscrito tales contratos “por órgano manifiestamente incompetente, resulta evidente que, conforme establecen los artículos 21.1,f) y 22.2 m) y n) de la Ley de Bases de Régimen Local establecen que la competencia para concertar este tipo de contratos, habida cuenta de la cuantía de las mismas, corresponde al Pleno del Ayuntamiento.*

*El Contrato de Confirmación de Permuta Financiera de Tipos de Interés Collar, de fecha 12 de septiembre de 2006, lo fue por importe de 8.000.000,00 euros fecha de vencimiento 3 de septiembre de 2008 y cancelado anticipadamente por otro Contrato de Confirmación de Permuta Financiera de Tipos de Interés Collar, de fecha de inicio de 11 de junio de 2008 y vencimiento 11 de junio de 2013, por importe de 8.000.000,00 euros.*

*Estas operaciones, por su importe, debían ser aprobadas por el Pleno del Ayuntamiento y no lo fueron ya que la jurisprudencia considera como precio del contrato de permuta financiera el valor nominal del mismo y, dada su cuantía, 8.000.000,00 euros, la competencia para aprobar los mismos es competencia exclusiva del Pleno del Ayuntamiento, por lo que al haber sido aprobadas y suscritas únicamente por el Alcalde, al carecer éste de competencia para ello, conforme establecen los artículos 21.1,f) y 22.2 m) y n) de la Ley de Bases de Régimen Local Ley 7/1985, de 2 de abril, son nulas de pleno derecho.*

*Igualmente sucede con el Contrato de Confirmación de Permuta Financiera de Tipos de Interés (“Swap tipo fijo escalonado” de fecha 8 de mayo de 2008, fecha de inicio 12 de mayo de 2008 y vencimiento 12 de mayo de 2010, por importe de 1.500.000,00 euros y Contrato de Confirmación de Permuta Financiera de Tipos de Interés (“Swap tipo fijo escalonado” de fecha 7 de mayo de 2009, mediante el cual se cancelaba anticipadamente la operación anterior, por importe de 1.500.000,00 euros y vencimiento 15 de mayo de 2010, ya que dichos importes, al acumularse al Contrato de Confirmación de Permuta Financiera de Tipos de Interés Collar, de fecha 9 de junio de 2008 que cancelaba anticipadamente el suscrito con fecha 12 de septiembre de 2006, por importe de 8.000.000,00 euros superaba el límite establecido en el apartado m) del artículo 22.2 de la Ley de Bases de Régimen Local.*

*Artículo 21. 1. El Alcalde es el Presidente de la Corporación y ostenta las siguientes atribuciones:*

f) El desarrollo de la gestión económica de acuerdo con el Presupuesto aprobado, disponer gastos dentro de los límites de su competencia, concertar operaciones de crédito, con exclusión de las contempladas en el artículo 158.5 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre (...), Reguladora de las Haciendas Locales, siempre que aquéllas estén previstas en el Presupuesto y su importe acumulado dentro de cada ejercicio económico no supere el 10 por 100 de sus recursos ordinarios, salvo las de tesorería que le corresponderán cuando el importe acumulado de las operaciones vivas en cada momento no supere el 15 por 100 de los ingresos corrientes liquidados en el ejercicio anterior, ordenar pagos y rendir cuentas; todo ello de conformidad con lo dispuesto en la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

*Artículo 22.*

1. El Pleno, integrado por todos los Concejales, es presidido por el Alcalde.

2. Corresponden, en todo caso, al Pleno municipal en los Ayuntamientos, y a la Asamblea vecinal en el régimen de Concejo Abierto, las siguientes atribuciones:

m) La concertación de las operaciones de crédito cuya cuantía acumulada, dentro de cada ejercicio económico, exceda del 10 por 100 de los recursos ordinarios del Presupuesto salvo las de tesorería, que le corresponderán cuando el importe acumulado de las operaciones vivas en cada momento supere el 15 por 100 de los ingresos corrientes liquidados en el ejercicio anterior todo ello de conformidad con lo dispuesto en la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

n) Las contrataciones y concesiones de toda clase cuando su importe supere el 10 por 100 de los recursos ordinarios del Presupuesto y, en cualquier caso, los seis millones de euros, así como los contratos y concesiones plurianuales 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 presupuesto del primer ejercicio y, en todo caso, cuando sea superior a la cuantía señalada en esta letra.

En idéntico sentido, el artículo 52 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo (...) que aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (...) establece que:

*Artículo 52. Concertación de operaciones de crédito: régimen jurídico y competencias*

1. En la concertación o modificación de toda clase de operaciones de crédito con entidades financieras de cualquier naturaleza, cuya actividad esté sometida a normas de derecho privado, vinculadas a la gestión del presupuesto en la forma prevista en la sección 1ª del capítulo I del título VI de esta Ley, 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.

*En caso de que no existan previsiones presupuestarias al efecto, será de aplicación, en todo caso, el artículo 9.1 y 3 del mencionado Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, salvo que se realice la oportuna adaptación del presupuesto o de sus bases de ejecución, como condición previa a la viabilidad de los compromisos adquiridos para suscribir la correspondiente operación de crédito. Dicha modificación deberá realizarse por acuerdo del Pleno de la corporación, en cualquier caso.*

*2. La concertación o modificación de cualesquiera operaciones deberá acordarse previo informe de la Intervención en el que se analizará, especialmente, la capacidad de la entidad local para hacer frente, en el tiempo, a las obligaciones que de aquéllas se deriven para ésta.*

*Los presidentes de las corporaciones locales podrán concertar las operaciones de crédito a largo plazo previstas en el presupuesto, cuyo importe acumulado, dentro de cada ejercicio económico, no supere el 10 por 100 de los recursos de carácter ordinario previstos en dicho presupuesto. La concertación de las operaciones de crédito a corto plazo le corresponderán cuando el importe acumulado de las operaciones vivas de esta naturaleza, incluida la nueva operación, no supere el 15 por 100 de los recursos corrientes liquidados en el ejercicio anterior.*

*Una vez superados dichos límites, la aprobación corresponderá al Pleno de la corporación local.*

*Y dichos contratos, al haber superado dichos límites y ser suscritos por órgano manifiestamente incompetente conllevan la nulidad radical de los mismos a tenor de lo previsto en lo referidos artículos de la Ley de Bases de Régimen Local y de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales».*

Asimismo, y en relación con estos contratos de permuta financiera suscritos con la sola firma del Alcalde, sin ratificación plenaria, cabe recordar las consideraciones jurídicas expuestas por este Organismo Consultivo en su Dictamen 255/2017, de 19 de julio:

*«Por lo que se refiere al carácter manifiesto de la incompetencia, hay que tener en cuenta que los preceptos referidos resultan unívocos, por lo que el acto ha de entenderse nulo de pleno derecho. En este sentido, el Tribunal Supremo ha calificado como manifiesta la incompetencia cuando las reglas que se vulneran resultan expresas y específicas.*

*Así lo hemos expresado en nuestro Dictamen 138/2014, exponiendo la doctrina sentada en la materia por el Tribunal Supremo:*

*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”».

Lo anteriormente expuesto determina, en consecuencia, la apreciación de esta segunda causa de nulidad esgrimida por el Ayuntamiento de Tegui se.

4. Por lo demás, se considera que no resultan aplicables los límites a la revisión de oficio que aparecen consagrados en el art. 110 LPACAP.

En idéntico sentido se pronunció este Consejo Consultivo al analizar, singularmente, la operación financiera suscrita por el Ayuntamiento de Tegui se con el (...) el día 9 de junio de 2008:

«La entidad bancaria plantea en sus alegaciones la aplicación de los límites a la revisión de oficio previstos en el artículo 106 LRJAP-PAC, considerando el tiempo transcurrido y el hecho de que el contrato dejó de surtir efectos en el año 2013, alegando asimismo la buena fe.

La Administración por su parte, en la Propuesta de Resolución, no contiene más fundamentación que la afirmación de que no existe límite temporal alguno para la revisión de oficio de un acto viciado de nulidad de pleno derecho.

No obstante, como ha razonado el consejo Consultivo de Andalucía en los Dictámenes ya señalados y que consideramos plenamente aplicable aquí, “no parece razonable hacer operar tales límites en un caso como el presente. Las circunstancias del caso no autorizan a tal

*aplicación, pues ello haría prácticamente inviable el propio instituto de la revisión de oficio, que no podría operar en casi ninguno de los casos en que se hace valer; si ninguna situación creada por un acto pudiera removerse por razones de “seguridad jurídica, equidad y buena fe”, nunca se podría revisar de oficio un acto administrativo; recuérdese que precisamente la institución de la revisión de oficio es una excepción a la máxima venire contra factum proprium non valet (en la que en realidad confluyen aquellas razones).*

*En cuanto a la confianza legítima, además de lo que se acaba de expresar, esto es, que su operatividad absoluta en el instituto de la revisión de oficio haría a éste inservible, debe decirse que no estamos ante un particular sin más que ha contratado con la Administración, sino ante una entidad bancaria de primera magnitud. Si cuando se trata de un interesado menos relevante, ningún reparo se opone para la revisión de oficio de actos que le favorecen, menos aún puede hacerse valer la confianza legítima por quien dispone de medios para conocer la ley y actuar conforme a ella”.*

*En este mismo sentido, también este Consejo en su Dictamen 304/2013, de 19 de septiembre, ha sostenido que no procede la limitación temporal del alcance de la nulidad que alega la entidad financiera, pues los contratos de permuta ya cancelados fueron suscritos en su día con incumplimiento de las reglas esenciales de la contratación administrativa que les son de aplicación en cuanto contratos parcialmente sometidos al Derecho Administrativo y por ello susceptibles de acción de nulidad, no sometida a límite temporal».*

Consideraciones jurídicas que, razonablemente, se consideran extensibles al resto de operaciones financieras suscritas por la Administración Municipal.

Señala certeramente la Propuesta de Resolución que *«atendiendo a los presupuestos fácticos del caso concreto de la contratación del CMOF y de los contratos de confirmación de permuta financiera de intereses suscritos al amparo del mismo, creemos que si debe predicarse la mala fe por alguna de las partes contratantes debe señalarse al (...) entidad que dispone de una importante Asesoría Jurídica y Financiera y que en todo momento tuvo que ser consciente de que tanto el CMOF como los contratos de confirmación de permuta financiera de intereses no podían ser suscritos sin una intervención previa de la Secretaría y de la Intervención, así como que su suscripción era competencia del Pleno.*

*Debemos suponer, por lo expuesto, que el Banco de Santander era conocedor de la existencia de dichos defectos y de que dichos contratos no se hubieran firmado si hubieran pasado los filtros exigidos legalmente, entre ellos la aprobación por el Pleno, pese a lo cual procedieron a su firma con la consecuencia ya conocida: ingentes pérdidas para el Ayuntamiento de Tegui se y cuantiosas ganancias para el (...).*

*En definitiva, no se puede considerar en modo alguno que por parte del Ayuntamiento de Tegui se haya existido ni abuso de derecho, ni mala fe, ni actuación pasiva ni contraria a*

*la equidad, sino que ha actuado conforme a Derecho a fin de hacer valer la legalidad procediendo a la revisión de un acto nulo de pleno derecho, en cuanto ha podido actuar y prueba de ello son las actuaciones que llevó a cabo el Ayuntamiento, dado que el contrato de Permuta de tipos de interés 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 tenía vencimiento 11 de junio de 2013 y el Ayuntamiento de Tegüise acordó en el Pleno de fecha 9 de julio de 2013 incoar de oficio expediente administrativo a fin de declarar la nulidad del mismo, por lo que no se pudo pedir mayor diligencia en su actuación».*

5. Finalmente, y en lo que a los efectos de la declaración de nulidad se refiere, habrá de estarse a lo dispuesto en el art. 42 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. Precepto que, coincidiendo sustancialmente con la regulación jurídica contenida en los anteriores arts. 65 del TRLCAP y 35 LCSP, viene a señalar lo siguiente (*«Efectos de la declaración de nulidad y efectos en supuestos de anulabilidad»*):

*«1. La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido.*

*2. La nulidad de los actos que no sean preparatorios solo afectará a estos y sus consecuencias.*

*3. Si la declaración administrativa de nulidad de un contrato produjese un grave trastorno al servicio público, podrá disponerse en el mismo acuerdo la continuación de los efectos de aquel y bajo sus mismas cláusulas, hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio».*

## C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución sometida al parecer jurídico de este Consejo Consultivo, es conforme a Derecho por las razones expuestas en el Fundamento IV del presente Dictamen. En consecuencia, procede dictaminar favorablemente la

declaración de nulidad de los actos de preparación y adjudicación de los contratos de referencia.