



BOLETÍN OFICIAL

El texto del Boletín Oficial del Parlamento de Canarias puede ser consultado gratuitamente a través de Internet en la siguiente dirección: <http://www.parcn.es>

SUMARIO

INFORMES DE LA AUDIENCIA DE CUENTAS DE CANARIAS

EN TRÁMITE

9L/IAC-0025 De fiscalización de la contratación de derivados financieros por parte de los ayuntamientos, ejercicios 2009-2014.

Página 1

INFORME DE LA AUDIENCIA DE CUENTAS DE CANARIAS

EN TRÁMITE

9L/IAC-0025 *De fiscalización de la contratación de derivados financieros por parte de los ayuntamientos, ejercicios 2009-2014.*

(Registro de entrada núm. 9971, de 26/12/16).

Presidencia

La Mesa del Parlamento, en reunión celebrada el día 4 de enero de 2017, adoptó el acuerdo que se indica respecto del asunto de referencia:

15.- INFORMES DE LA AUDIENCIA DE CUENTAS

15.9.- De fiscalización de la contratación de derivados financieros por parte de los ayuntamientos, ejercicios 2009-2014.

Acuerdo:

En conformidad con lo previsto en el artículo 19 de la Ley 4/1989, de 2 de mayo de la Audiencia de Cuentas de Canarias, y según lo dispuesto en el artículo 188 del Reglamento de la Cámara, se acuerda remitir a la Comisión de Presupuestos y Hacienda el informe de referencia y ordenar su publicación en el Boletín Oficial del Parlamento.

De este acuerdo se dará traslado a la Audiencia de Cuentas.

En ejecución de dicho acuerdo y en conformidad con lo previsto en el artículo 107 del Reglamento del Parlamento de Canarias, dispongo su publicación en el Boletín Oficial del Parlamento.

En la sede del Parlamento, a 10 de enero de 2017.- PD EL SECRETARIO GENERAL ADJUNTO, Juan Manuel Díaz-Bertrana Sánchez.

INFORME DE FISCALIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN DE DERIVADOS FINANCIEROS POR PARTE DE LOS AYUNTAMIENTOS, EJERCICIOS 2009-2014

ÍNDICE

	Pág.
ABREVIATURAS, SIGLAS Y ACRÓNIMOS	2
1. INTRODUCCIÓN	2
1.1. Justificación	2
1.2. Objetivos	2
1.3. Alcance	2
1.4. Limitación al alcance	3
1.5. Opinión	3
1.6. Marco jurídico, presupuestario y contable	3
2. RESULTADOS DE LA FISCALIZACIÓN	4
2.1. Aspectos generales	4
2.2. Contratos de permuta financiera de tipos de interés	6
3. TRÁMITE DE ALEGACIONES	10
4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIÓN	10
4.1. Conclusiones	10
4.2. Recomendación	11
ANEXO	11
Anexo: Contestación a las alegaciones	11

ABREVIATURAS, SIGLAS Y ACRÓNIMOS

BM	Banca March, S.A.
BSCH	Banco Santander Central Hispano, S.A.
CMOF	Contrato Marco de Operaciones Financieras.
LCSP	Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.
SWAP	Operación de permuta financiera de tipos de Interés.
TRLCAP	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.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Justificación.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley Territorial 4/1989, de 2 de mayo, de la Audiencia de Cuentas de Canarias, a este Órgano le corresponde la fiscalización externa de la gestión económica, financiera y contable del sector público de la Comunidad Autónoma de Canarias, del que forman parte las Entidades Locales situadas en el territorio de la Comunidad Autónoma, según el artículo 2 de la misma Ley.

En virtud del artículo 5.1 a) de la citada Ley y del acuerdo del Pleno de la Audiencia de Cuentas de 19 de diciembre de 2014, por el que se aprueba el Programa de Actuaciones del ejercicio 2015, se ha procedido a la “Fiscalización de la contratación de Derivados Financieros por parte de los Ayuntamientos, ejercicios 2009-2014”.

1.2. Objetivos.

La actuación fiscalizadora realizada ha sido de regularidad, limitada a los aspectos que se indican en el alcance, con los siguientes objetivos generales:

- a) Determinar si se ha cumplido con la legalidad en la gestión de los fondos públicos.
- b) Determinar si la información financiera recoge adecuadamente y de acuerdo con los principios contables de aplicación las operaciones de derivados financieros.

1.3. Alcance.

La actuación se ha referido a los ejercicios 2009-2014, sin perjuicio de que, cuando ha sido necesario, se han revisado actuaciones referidas a periodos anteriores o posteriores.

El artículo 48 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, establece que las entidades locales, sus organismos autónomos y los entes y sociedades mercantiles dependientes podrán concertar operaciones de crédito en todas sus modalidades, tanto a corto como a largo plazo, así como operaciones financieras de cobertura y gestión del riesgo del tipo de interés y del tipo de cambio.

Por otra parte, el artículo 97.2 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria introduce una limitación en cuanto a la finalidad de las operaciones basadas en instrumentos financieros: “...*tendrán como finalidad tanto limitar el riesgo cambiario como limitar, diversificar o modificar el riesgo o el coste de la Deuda del Estado debido a la evolución de los tipos de interés, y a facilitar su colocación, negociación, administración y gestión. Estas operaciones se realizarán conforme a lo dispuesto en los artículos siguientes*”. Esto es, sólo permite el uso de los instrumentos financieros como operaciones de cobertura y nunca con una finalidad especulativa. Estos últimos son los que se incluyen en el alcance de la presente fiscalización.

Durante la Planificación del trabajo se solicitó información a los 88 ayuntamientos de la Comunidad Autónoma de Canarias acerca de, si en los ejercicios 2009-2014 estuvieron vigentes en la corporación “*Contratos de Operaciones de Permutas Financieras de Tipos de Interés (Swap)*”, entendiéndose por tales aquellos Derivados sobre el tipo de interés, que son objeto de la fiscalización.

Del total de ayuntamientos, se excluye el Ayuntamiento de Arrecife, ya que ha sido objeto de una “*Fiscalización Parcial del Ayuntamiento de Arrecife. Cuenta General del ejercicio 2009*” y según respuesta “*no existen Operaciones adicionales a las que se analizan en el citado Informe*”.

De los 87 ayuntamientos, 78 confirmaron que, en los ejercicios 2009-2014, no estuvieron vigentes en esa corporación “*Contratos de Operaciones de Permutas Financieras de Tipos de Interés (Swap)*” y nueve indicaron que tenían contratos. Del análisis de la documentación remitida, se comprobó que seis han quedado fuera de la fiscalización por tratarse de permutas financieras en las que el riesgo que cubren son las variaciones en los tipos de interés, operaciones permitidas por el artículo 97.2 de la LGP, al no tener una finalidad especulativa.

Inicialmente, se había incluido en el alcance subjetivo al Ayuntamiento de Tías (Lanzarote), que ha quedado excluido de la fiscalización porque las operaciones contratadas por el ayuntamiento eran de cobertura de los tipos de interés de las operaciones de préstamo concertadas.

Por lo que, la fiscalización se ha limitado a los contratos de operaciones de permuta financiera de carácter especulativo firmados por los Ayuntamientos de Gáldar (Gran Canaria) y San Bartolomé (Lanzarote).

El alcance de la revisión ha incluido:

- La verificación de que en la contratación de las operaciones, la corporación ha seguido el procedimiento legalmente establecido, respetando los principios de legalidad, transparencia y buena gestión exigibles en la utilización de los recursos públicos.
- La comprobación de que se han establecido mecanismos de control interno, así como la razonabilidad de los documentos formalizados para la contratación de las operaciones.
- La verificación de los resultados financieros de cada una de las operaciones financieras contratadas por el ayuntamiento. Comprobando la existencia de documentación que justifique la idoneidad del instrumento financiero como la elección de la entidad con la que se firmó la operación.

El trabajo se ha llevado a cabo de conformidad con los Principios y Normas de Auditoría del Sector Público elaborados por la Comisión de Coordinación de los Órganos Públicos de Control Externo del Estado Español, las ISSAI-ES (Nivel III) y con las Normas Internas de fiscalización aprobadas por el Pleno de la Audiencia de Cuentas.

El trabajo de campo concluyó el 11 de mayo de 2016.

1.4. Limitación al alcance.

En el Ayuntamiento de Gáldar sólo se ha localizado el Contrato Marco de 30 de abril de 2004 y la confirmación de permuta financiera de tipo de interés de 30 de junio de 2010, no constando el resto de documentación relativa a las operaciones de derivados financieros.

Ello ha impedido realizar el análisis de la documentación relativa a dos de las confirmaciones financieras firmadas por la corporación y que debían integrar dicho expediente.

1.5. Opinión.

Como resultado de la fiscalización efectuada, se ha obtenido la siguiente opinión:

a) La actividad económico-financiera llevada a cabo por los Ayuntamientos de Gáldar y San Bartolomé, en la contratación de los derivados financieros objeto de la presente fiscalización, no se ha ajustado con carácter general a la normativa de aplicación.

b) La contabilización de las operaciones de derivados financieros por los Ayuntamientos de Gáldar y San Bartolomé se ha realizado de acuerdo con los principios contables que le son de aplicación.

1.6. Marco jurídico, presupuestario y contable.

La legislación reguladora de la actividad económica, financiera objeto de la presente fiscalización figura en las siguientes disposiciones:

- Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.
- Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
- Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.
- Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.
- 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.
- Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.
- Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- Real Decreto 500/1990, de 20 de abril, por el que se desarrolla el capítulo primero del título sexto de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales, en materia de presupuestos.
- Real Decreto 1.098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.
- Orden de 20 de septiembre de 1989 del Ministerio de Economía y Hacienda por la que se establece la estructura de los presupuestos de las entidades locales.
- Orden EHA/3565/2008, de 3 de diciembre, por la que se aprueba la estructura de los presupuestos de las entidades locales.

2. RESULTADOS DE LA FISCALIZACIÓN

2.1. Aspectos generales.

La actuación deriva de la “Fiscalización Parcial del Ayuntamiento de Arrecife. Cuenta General del ejercicio 2009” en la que se comprobó la existencia de una operación de permuta financiera de tipos de interés (en adelante, SWAP), en la que las dos partes (ayuntamiento y banco) acuerdan durante un periodo determinado, un intercambio mutuo de pagos, calculados sobre un mismo importe nominal (riesgo cubierto) pero con tipos de referencia distintos. Una de las partes paga los intereses a tipo variable en función del Euribor, mientras que la otra lo hace a tipo fijo. Por lo que, se consideró necesario por el Pleno de la Audiencia de Cuentas de Canarias la determinación de la posible existencia de este tipo de operaciones en otros ayuntamientos de la Comunidad Autónoma de Canarias.

El Contrato Marco de Operaciones Financieras (en adelante, CMOF) es el que regula las condiciones que regirán el contrato de derivados financieros. En tanto que el pliego de cada operación contratada, recoge las condiciones particulares.

Ambos documentos constituyen una unidad y conforman el objeto del contrato de gestión de riesgos financieros.

Se trata, por tanto, de un derivado financiero cuyo valor se basa en el precio de otro activo denominado activo subyacente, en este caso, el tipo de interés.

Los derivados financieros, como su nombre indica, son productos que derivan de otros productos financieros. En definitiva, los derivados no son más que hipotéticas operaciones que se liquidan por diferencias entre el precio de mercado del subyacente y el precio pactado.

Las características generales de los derivados financieros son las siguientes:

- Su valor cambia en respuesta a los cambios de precio del activo subyacente. En el presente caso, tipos de interés.
- Requiere una inversión inicial neta muy pequeña o nula, respecto a otro tipo de contratos que tienen una respuesta similar ante cambios en las condiciones del mercado.
- Se liquidará en una fecha futura.
- Pueden cotizarse en mercados organizados (como las bolsas) o no organizados.

Así, los SWAPS incluidos en el alcance del presente trabajo, consisten en un contrato de permuta o intercambio de tipo de interés, que no se enmarcan en el interés general que debe perseguir todo gestor público y que fueron realizados sin la debida transparencia, dado que no se reflejaron en las notas de la Memoria de la Cuenta General.

En un SWAP sobre el tipo de interés es fundamental el valorar si el nivel de barrera que la entidad financiera fija, es coherente o no con las previsiones a futuro sobre la evolución del tipo de referencia, esto es, el Euribor.

Por tanto, se trata de un producto complejo y de alto riesgo, especulando con la evolución de los tipos de interés, diseñado de tal forma que no solo no cubre el riesgo de fluctuación de los tipos de interés sino que lo incrementa: en caso de subida de los tipos se compensa al cliente con una cantidad en función de dicha subida; pero se establecen una serie de barreras y escalas que limitan la compensación y hacen que no sea proporcional a la subida; en cambio en el caso de bajada de los tipos, se incrementa el riesgo del cliente de forma desproporcionada a la protección que se le ofrece en caso de subida.

Todo ello, significa que la operación no cubre riesgo alguno de ninguna operación material. Se crea innecesariamente una exposición al riesgo de variación de los tipos de interés.

En este sentido, la Sentencia 74/2010 del Juzgado de Primera Instancia Número 6 de Vigo, en su Fundamento de Derecho cuarto afirma que:

“(...) La propia Comisión Nacional del Mercado de Valores ha catalogado estos productos como de alto riesgo, esto es, para un perfil de clientes altamente especulativo y que está especialmente dirigido a empresas con necesidades de cobertura de divisas y tipos de interés por asuntos de exportaciones e importaciones, difícil de explicar y comprender para un usuario habitual”.

Afirmación ratificada por el pronunciamiento del Defensor del Pueblo en el expediente Número 09012179 donde afirma:

“Esta Institución considera que, estos productos complejos que operan con derivados financieros, están diseñados de tal forma que no cubren el riesgo de fluctuación de los tipos de interés, si se compensa a los clientes con una cantidad en función de esa subida, pero al establecerse una serie de barreras y escalas, limitan la compensación, no resultando proporcional a la subida de los tipos de interés, en cambio, en el caso de bajada, los clientes asumen íntegramente todo el riesgo, teniendo que pagar mucho más de lo que reciben en el caso de una subida de los tipos de la misma cuantía, y mucho más de lo que ahorran en la cuota del préstamo, incrementándose el riesgo de una forma desproporcionada a la protección que se les ofrece en el caso de subida, resultando que estos productos no son un instrumento de garantía para los clientes, sino un producto especulativo, que beneficia, en todo caso, a las entidades financieras. No tratándose, por tanto, de productos que cumplan con el objetivo buscado por el citado artículo 19 de la Ley 36/2003, del 11 de noviembre”.

Igualmente, en la Resolución del Banco de España dictada en junio de 2009, en su consideración Jurídica y de Buena Práctica Bancaria, en el apartado 2.2 indica:

“En definitiva, las entidades antes de formalizar la contratación de estos productos deben cerciorarse de que sus clientes son conscientes de circunstancias tales como:

(...) c) De manera complementaria a lo señalado en el apartado b) anterior, en caso de que se pretenda la cancelación anticipada del contrato de permuta, la posibilidad de que, igualmente, bajo escenarios de evolución de los tipos de interés bajista, se generen pérdidas que pueden llegar a ser importantes, tanto mayores, cuando mayor sea el diferencial medio esperado entre los tipos a pagar y cobrar, para el periodo residual de vigencia de la permuta financiera. En cualquier caso, la manera específica en que se calculará el coste en esa situación. Es evidente que a los clientes les interesa conocer tanto el método que se utilizará para determinar ese coste de cancelación (...) como una estimación, siquiera aproximada, de dicho coste (por ejemplo para el peor escenario posible, esto es, bajo la hipótesis de que el Euribor a 12 meses tienda a cero).

Tanto el criterio que se usará para determinar el coste asociado a la cancelación anticipada de la permuta como el coste asociado a cada criterio constituyen una información trascendente para la adopción de decisiones de cobertura por parte de los clientes y, en definitiva, para que valoren la conveniencia o no de, contratar el producto ofrecido”.

Es de destacar, que estamos en presencia de lo que la doctrina denomina contrato-tipo, un contrato de adhesión en el que la corporación no convino con la entidad financiera negociación alguna del clausulado del SWAP ni de los tipos de interés establecidos para cada periodo. Por tanto, se limitó, simplemente a adherirse al contenido del mismo.

Lo que lleva aparejada que la posición de fuerza dominante que la entidad financiera ostenta frente al cliente, la ejerza posicionándose jurídicamente en una mejor situación que el ayuntamiento en el contrato.

Al ser redactado unilateralmente por la entidad financiera se producen renunciaciones a derechos y exclusiones de facultades del ayuntamiento que la posicionan en una situación claramente más ventajosa.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 6ª nº 516/2012, de 5 de junio) califica este contrato de aleatorio o especulativo, complejo y de alto riesgo.

El Consejo Consultivo de Andalucía en informe 698 / 2011, de 27 de octubre, califica estos contratos como un contrato para la prestación de servicios financieros, servicios bancarios y de inversiones, a los que son de aplicación los requisitos que se exigen a los contratos administrativos en cuanto a su preparación y adjudicación.

El Consejo Consultivo de Canarias en dictamen 157/ 2013, de 2 de mayo, viene a señalar que estos contratos en realidad no cubren riesgos sino que ordenan fluctuaciones monetarias, por eso se denominan de *“permuta financiera”*.

Por otra parte, aunque el contrato en cuestión es un contrato privado, conforme a los artículos 9 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 adelante, TRLCAP) y 20.1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), incardinado en la categoría 6 del artículo 206 del TRLCAP y la misma del anexo II de la LCSP, entendido como contrato para prestación de servicios financieros, servicios bancarios y de inversiones, hay que examinarlo a la luz de lo dispuesto en el TRLCAP y LCSP (vigentes en el periodo de vigencia de los contratos) que también resulta de aplicación a los contratos privados, en cuanto a su preparación y adjudicación (artículos 9 del TRLCAP y 20 de la LCSP).

En este sentido, para la contratación de los SWAPS, las corporaciones prescindieron total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido y, por ello, al margen de los mecanismos de control interno. Así, procedieron a la adhesión a un contrato tipo y no realizaron ningún acto de preparación ni adjudicación del contrato. Por tanto, no hubo expediente que a estos efectos se integra por la necesidad de consignación presupuestaria, la competencia, las cláusulas administrativas y técnicas y la aprobación del gasto, la fiscalización previa, la adjudicación del contrato atendiendo a los principios de publicidad y concurrencia.

Además, los contratos que constan en las dos corporaciones fueron suscritos por los alcaldes-presidentes de los ayuntamientos, cuando la competencia es irrenunciable y se ejercerá precisamente por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia, hay que analizar la normativa aplicable:

- El artículo 21.1.ñ) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (vigente hasta el 29 de abril de 2008), derogada por la letra b) de la disposición derogatoria única de la LCSP, disponía que el alcalde-presidente ostentaba las siguientes atribuciones, “*Las contrataciones y concesiones de toda clase cuando su importe no supere el 10 por ciento de los recursos ordinarios del Presupuesto ni, en cualquier caso, los seis millones de euros incluidas las de carácter plurianual, cuando su duración no sea superior a cuatro años, siempre que el importe acumulado de todas sus anualidades no supere ni el porcentaje indicado, referido a los recursos ordinarios del presupuesto del primer ejercicio, ni la cuantía señalada*”.

- En tanto, que la disposición adicional segunda de la LCSP disponía, en su párrafo primero, que “*corresponden a los Alcaldes y a los Presidentes de las Entidades locales las competencias como órgano de contratación respecto de (...) los contratos privados cuando su importe no supere el 10 por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto ni, en cualquier caso, la cuantía de seis millones de euros, incluidos los de carácter plurianual cuando su duración no sea superior a cuatro años, siempre que el importe acumulado de todas sus anualidades no supere ni el porcentaje indicado, referido a los recursos ordinarios del presupuesto del primer ejercicio, ni la cuantía señalada*”. El párrafo segundo de dicha disposición adicional dispone que “*corresponde al Pleno las competencias como órgano de contratación respecto de los contratos no mencionados en el apartado anterior que celebre la Entidad local*”. Al igual que sucedía, con anterioridad a la misma, con la LCSP.

La LCSP a su vez fue derogada por el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en vigor desde el 16 de diciembre de 2011, que mantuvo la misma distribución competencial que la LCSP.

Por otra parte, no consta ningún documento de las corporaciones que razonen y justifiquen las decisiones tomadas a lo largo del periodo de vigencia de los contratos, por lo que no se ha obtenido ninguna evidencia de los motivos y razonamientos seguidos, dado que no se ha aportado justificación alguna de la operación.

Los ayuntamientos, para tener una postura en esas negociaciones, deberían haber realizado su propio análisis de expectativas, de evolución de los tipos de interés, y de las condiciones de opción que hacían interesante y razonable la misma.

Por todo ello, se puede concluir que no se respetaron los principios de legalidad, transparencia y buena gestión exigibles en la utilización de los recursos públicos, sin que en su manejo se haya garantizado su integridad y seguridad.

2.2. Contratos de permuta financiera de tipos de interés.

De acuerdo con lo expuesto, en el presente informe son objeto de tratamiento diferenciado los contratos de los Ayuntamientos de Gáldar y de San Bartolomé.

2.2.1. Ayuntamiento de Gáldar.

El ayuntamiento formalizó entre los ejercicios 2004 y 2014 los siguientes contratos de SWAPS:

1.- CMOF de 30 de abril de 2004 que regula, entre otros, los SWAPS suscritos entre el ayuntamiento y el Banco de Santander Central Hispano, S.A. (en adelante, BSCH) al amparo de dicho CMOF.

En el anexo I del CMOF, no se identifica la firma, aunque según el Interventor municipal se trata de la del alcalde-presidente.

2.- “*Contrato de Confirmación de Permuta Financiera de Tipo de Interés*” (“*Swap Tipo Fijo Escalonado*”) con el BSCH de 30 de junio de 2010, por importe nominal de 6 millones de € y vencimiento 02 de julio 2014.

Operación en la que se acordó cancelar anticipadamente, con efectos 30 de junio de 2010, los siguientes SWAPS contratados por el ayuntamiento:

- De 15 de octubre de 2007 y vencimiento 15 de octubre de 2012, por importe nominal de 1,5 millones de €.

- De 18 de abril de 2008 y vencimiento 18 de abril de 2012, por importe nominal de 4,5 millones de €.

Al SWAP de 30 de junio de 2010. Se adjunta un “*Test de Conveniencia para Banca Empresas*”, firmado por el alcalde-presidente y la secretaria de la corporación.

A lo largo de la vigencia del CMOF, así como de los sucesivos SWAPS se pusieron de manifiesto las siguientes deficiencias:

- No existe expediente de contratación, sólo hubo formalización del contrato.

- El CMOF, según el expositivo II había sido elaborado por la Asociación Española de Banca Privada. La estipulación 2ª del referido contrato establecía que su objeto era la regulación de la relación negocial que surja entre las partes, como consecuencia de la realización de determinadas operaciones, describiéndose al efecto diferentes permutas financieras (SWAPS). En cualquier caso se remitía a los anexos I y II, que formaban una unidad, y también al documento de confirmación en el que se concretarían las correspondientes operaciones financieras, integrando asimismo el objeto del contrato.

No figura el anexo II mencionado en la estipulación 1.1 del CMOF y al que se refiere el punto 12 del anexo I que recoge una fórmula que se dice sustituye a la que debería aparecer en el anexo II, sin que conste el alcance de esa modificación; lo que implica el incumplimiento del deber de información.

- No constan los contratos de SWAPS, salvo el firmado el 30 de junio de 2010.

El CMOF firmado el 30 de abril de 2004, por el alcalde-presidente, lo fue cuando estaba vigente el TRLCAP, así como para las “Operaciones de Permuta Financiera de Tipos de Interés” suscritas el 15 de octubre de 2007, por importe de 1,5 millones de € y duración cinco años; y el 18 de abril de 2008, por importe de 4,5 millones de € y duración cuatro años, de las que no consta contrato y se acuerda su cancelación anticipada en el “Contrato de confirmación de permuta financiera de tipo de interés” de 30 de junio de 2010, por importe 6 millones de € y duración cuatro años, siendo aplicable a esta última confirmación la LCSP.

Invadiendo el alcalde-presidente una competencia reservada al Pleno, dado que correspondía a este último la competencia como órgano de contratación, por tratarse de un contrato que superaba el 10 % de los recursos ordinarios. Dado que la cuantía del contrato es el precio del mismo, 6 millones de €, y no el importe de las indemnizaciones generadas a su amparo.

A lo largo de la vigencia del CMOF, así como de los sucesivos SWAPs se ha puesto de manifiesto el coste financiero generado que ascendió a 957.584 euros.

Tampoco consta que durante la vigencia del CMOF, así como de los sucesivos SWAPs existieran informes emitidos por los servicios municipales con relación a dichas operaciones.

Con fecha de registro de entrada en la Audiencia de Cuentas de Canarias de 11 de mayo de 2016, la Intervención municipal puso en conocimiento de la Institución que, existiendo indicios de que el citado contrato pudiera ser nulo, por haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido en materia de contratación (artículo 62.1.e de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Pública y del Procedimiento Administrativo Común), el alcalde-presidente había solicitado el preceptivo informe jurídico en orden a que, si hubiera lugar a ello, por parte del ayuntamiento se inicie el correspondiente expediente de revisión de oficio y el ejercicio de las acciones judiciales a que haya lugar en derecho.

El informe jurídico que se emite el 8 de julio de 2016 concluye que la adjudicación del CMOF de 30 de abril de 2004 y los sucesivos contratos de permuta financiera de tipo de interés, de 18 de abril de 2008 y 30 de junio de 2010, suscritos entre el ayuntamiento y el Banco Santander, es nula de pleno derecho, y que cabe la formulación de la acción de nulidad ante la jurisdicción civil.

Mediante resolución del alcalde de 28 de julio de 2016 se acordó la interposición de las acciones judiciales pertinentes contra la entidad Banco Santander S.A. para que se declare la nulidad de los contratos y se solicite el reembolso o reintegro de las cantidades satisfechas indebidamente; designando al Letrado que emite el informe jurídico y a un Procurador para que, respectivamente, asuman la dirección legal y representación procesal del ayuntamiento en el procedimiento judicial a tramitar”.

Siendo la consecuencia obligada de la nulidad la restitución recíproca de las prestaciones objeto del contrato, con sus frutos e intereses (artículo 1303 Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil).

2.2.2. Ayuntamiento de San Bartolomé

El ayuntamiento formalizó entre los ejercicios 2004 y 2014 los siguientes contratos de SWAPs con el BSCH y la Banca March, S.A. (en adelante, BM).

Con el BSCH, un CMOF y sucesivos SWAPs.

El CMOF, que fue firmado el 25 de octubre de 2004 y ratificado por el Pleno del ayuntamiento el 19 de noviembre de 2004 no consta en el expediente, aunque sí el Contrato de “*Confirmación de Permuta Financiera de Tipos de Interés*” (“*Swap In Arrears 3X12*”) de 25 de octubre de 2004, fecha de inicio de 27 de octubre de 2004 y de vencimiento de 27 de octubre de 2006, por importe nominal de 10,5 millones de €, en el que figura el contenido económico al que se refiere el acuerdo plenario de ratificación.

Además, se firmaron las confirmaciones siguientes:

1.- Contrato de “*Confirmación de Permuta Financiera de Tipos de Interés con CAP*” (“*Swap Bonificado 3x12 con Barrera Knock-in in arrears*”) de 9 de febrero de 2005, fecha de inicio 13 de abril de 2005 y de vencimiento 13 de abril de 2007, por un importe nominal 1,2 millones de €. El 18 de marzo de 2005, el Pleno acuerda “*Ratificar la firma del Contrato Marco de Operaciones Financieras, para la permuta financiera de tipos de interés, firmado entre el Banco Santander Central-Hispano, S.A. y este Ayuntamiento*”.

2.- Contrato de “*Confirmación de Permuta Financiera de Tipos de Interés*” (“*Swap Bonificado Escalonado con Barrera Knock-In Arrears*”) de 15 de marzo de 2006, fecha de inicio de 11 de julio de 2005 y vencimiento 13 de julio de 2009, con importe nominal 1,2 millones de €.

Y “*Cancelación anticipada de:*

- *la Operación de Permuta Financiera de Tipos de Interés*” contratada en fecha 13 de junio de 2005 por importe de 10,5 millones de € y vencimiento 29 de octubre de 2007, con efectos desde el 15 de marzo de 2006, que no ha sido proporcionado por la corporación, pero a la que se hace referencia en el contrato de confirmación.

- *la Operación de Permuta Financiera de Tipos de Interés*” contratada en fecha 25 de octubre de 2004, por importe de 10,5 millones de € y vencimiento 27 de octubre de 2006, con efectos desde el 15 de marzo de 2006.

3.- Contrato de “*Confirmación de Permuta Financiera de Tipos de Interés*” (“*Swap Bonificado Escalonado con Barrera Knock-In Arrears*”) de 15 de marzo de 2006, fecha de inicio 27 de octubre de 2005 y de vencimiento 27 de octubre de 2009, con importe nominal 10,5 millones de €.

Y “*Cancelación anticipada de la Operación de Permuta Financiera de Tipos de Interés*” contratada en fecha 8 de julio de 2005 por importe de 1,2 millones de € y vencimiento 11 de julio de 2007, con efectos desde el 15 de marzo de 2006. No se dispone de la documentación relativa a la operación de permuta, tal y como se indica en la propuesta de resolución del Pleno de 27 de marzo de 2013.

4.- Contrato de “*Confirmación de Permuta Financiera de Tipos de Interés*” (“*Swap Bonificado Reversible Media*”) de 24 de octubre de 2006, fecha de inicio 26 de octubre de 2006 y vencimiento 26 de octubre de 2010, con importe nominal de 10,5 millones de €. Constituye una confirmación a los efectos establecidos en el CMOF suscrito por las partes con fecha 12 de abril de 2004.

Y “*Cancelación anticipada de la Operación de Permuta Financiera de Tipos de Interés*” de 15 de marzo de 2006 por importe de 10,5 millones de € y vencimiento 27 de octubre de 2009, con efectos desde el 24 de octubre de 2006, fecha de cancelación anticipada.

5.- Contrato de “*Confirmación de Permuta Financiera de Tipo de Interés*” (“*Swap Flotante Bonificado*”) de 20 de febrero de 2008, fecha de inicio de 22 de febrero de 2008 y de vencimiento 22 de febrero de 2013, con importe nominal de 10,5 millones de €.

Y “*Cancelación anticipada de la Operación de Permuta Financiera de Tipos de Interés*” de 24 de octubre de 2006 por importe de 10,5 millones de euros y vencimiento 26 de octubre de 2010, con efectos desde el 20 de febrero de 2008, fecha de cancelación anticipada.

Dichas renegociaciones son modificaciones de los niveles de barrera y por las que los contratantes proceden a la cancelación anticipada del derivado financiero y a la contratación, en un mismo acto, de otro derivado financiero con otro tipo de funcionamiento.

Los sucesivos contratos arrastraron las pérdidas de unas operaciones a las siguientes.

Las pérdidas generadas a la corporación, por los sucesivos SWAPs derivados del CMOF de 25 de octubre de 2004, ascienden a 1,6 millones de €.

El CMOF ratificado por el Pleno en 19 de noviembre de 2004 y los posteriores de confirmación de permuta financiera de tipos de interés no servían de cobertura financiera a una deuda concreta del ayuntamiento.

Además, los contratos fueron suscritos entre los sucesivos alcaldes-presidentes. Las operaciones de 25 de octubre de 2004 y de 15 de marzo de 2005, aunque fueron firmadas por el alcalde-presidente, se ratificaron por el Pleno en sesiones de 19 de noviembre de 2004 y 18 de marzo de 2005. Recordando que la competencia es irrenunciable y se ejercerá precisamente por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia, los alcaldes-presidentes invadieron una competencia reservada al Pleno, dado que correspondía a este último la competencia como órgano de contratación, por tratarse de un contrato de cuantía superior a 6 millones de € y duración superior a cuatro años. Dado que la cuantía del contrato es el precio del mismo, 10,5 millones de €, y no el importe de las indemnizaciones generadas a su amparo.

A lo largo de la vigencia del CMOF de 25 de octubre de 2004, así como de los sucesivos SWAPs se emitieron diversos informes por órganos de la corporación.

El 27 de mayo de 2013, el Pleno de la corporación acordó iniciar el procedimiento de revisión de oficio y declaración de nulidad de pleno derecho del CMOF, suscrito entre este ayuntamiento y el BSCH el 25 de octubre de 2004, así como de los sucesivos SWAPs suscritos al amparo de dicho CMOF. Por lo que, la alcaldesa-Presidenta solicitó Dictamen del Consejo Consultivo de Canarias en relación con la propuesta de resolución, con forma de acuerdo plenario tomado en consideración la sesión celebrada el 27 de mayo de 2013.

El 19 de septiembre de 2013, el Consejo Consultivo de Canarias emitió el Dictamen 304/2013, en el que se recogen las deficiencias mencionadas, concluyendo, que:

“*1. La adjudicación del Contrato Marco de Operaciones Financieras (CMOF) suscrito el 25 de octubre de 2004 y ratificado por el Pleno del Ayuntamiento de San Bartolomé el 19 de noviembre de 2004, y los sucesivos contratos de permuta financiera de tipos de interés (Swap) suscritos entre dicho Ayuntamiento y el B.S. son nulas de pleno derecho*”.

Lo que conlleva la restitución recíproca de las prestaciones objeto del contrato.

Mediante acuerdo adoptado por el Pleno en sesión celebrada el día 23 de octubre de 2013 fueron declarados nulos de pleno derecho el CMOF, suscrito entre el BSCH y el ayuntamiento el 25 de octubre de 2004 y los sucesivos contratos de permuta financiera de tipos de interés al amparo de dicho contrato marco.

En sesión celebrada el día 9 de diciembre de 2013 se acordó compensar de oficio, previa tramitación del correspondiente procedimiento, con trámite de audiencia a la entidad bancaria, detrayéndose la cantidad cobrada indebidamente por un importe de 1,6 millones de €.

En cuanto a la “*Confirmación Operación Swap de Tipos de Interés*” (“*Interest Rate Swap*”) firmado con la BM con fecha de operación 15 de septiembre de 2005, inicio 1 de abril de 2006 y vencimiento 1 de abril de 2016 por importe nominal de 2,4 millones de €, sólo cuenta con la firma del alcalde-presidente. Confirmación que forma parte y está sujeta al CMOF firmado por ambas partes el 14 de septiembre de 2005.

El 27 de mayo de 2013, el Pleno del ayuntamiento adoptó el acuerdo de incoar de oficio el procedimiento que tenía por objeto la nulidad de pleno derecho del SWAP suscrito el 15 de septiembre de 2005, entre el ayuntamiento y la BM.

Mediante escrito de 10 de julio de 2013, la alcaldesa-Presidenta solicitó Dictamen del Consejo Consultivo de Canarias en relación con la propuesta de resolución, con forma de acuerdo plenario tomado en sesión celebrada el 27

de mayo de 2013, por la que se pretendía la declaración de nulidad de pleno derecho del SWAP, de 15 de septiembre de 2005, suscrito entre el ayuntamiento y la BM.

El 19 de septiembre de 2013, el Consejo Consultivo de Canarias emitió el Dictamen 305/2013, concluyendo, que la declaración de nulidad del SWAP, de 15 de septiembre de 2005 no es conforme a derecho.

El 27 de enero de 2014, el Pleno municipal adoptó los acuerdos de dejar sin efecto el anterior acuerdo plenario del día 9 de diciembre de 2013 de incoación de revisión de oficio y de incoar uno nuevo, esta vez del “*contrato marco de 14 de septiembre de 2005 y de permuta financiera de 15 de septiembre de 2005*”. Así como, nombrar instructor y secretario del citado procedimiento administrativo, para la declaración de nulidad de pleno derecho, a dos funcionarios del ayuntamiento.

El 10 de marzo de 2014, se formuló la propuesta de resolución por el funcionario-instructor, en la que se indica, entre los fundamentos de derecho, que los documentos de operaciones financieras obrantes en el expediente son los siguientes:

- CMOF de 14 de septiembre de 2005, que no cuenta con la firma del alcalde-presidente.

- Confirmación de operación SWAP de tipos de interés de 15 de septiembre de 2005, en el que sólo obra la firma del alcalde-presidente.

- Póliza de préstamo personal de 15 de marzo de 2005, por importe de 2,5 millones de €, con fecha de inicio 1 de abril de 2005 y de vencimiento 1 de abril de 2025, que no contiene firma alguna ni cláusula que indique que las operaciones financieras fueron concertadas para cubrir el riesgo de tipos de interés de dicho préstamo.

La propuesta expone, en relación con este apartado, que no existe definición legal del contrato de permuta financiera, señalando la doctrina que se trata de una modalidad de contrato importada del derecho anglosajón, en virtud de la cual se concertó como una transacción financiera mediante la cual las partes acuerdan intercambiar flujos de pago en el tiempo con la mutua suposición de verse ambos favorecidos en el trueque, indicando que toda operación de SWAP depende de un contrato marco o contrato de compensación de operaciones financieras redactado y aprobado por la Asociación Española de Banca y confederación Española de Cajas de Ahorros.

El CMOF de 14 de septiembre de 2005 y el SWAP de 15 de septiembre de 2005 se suscribieron bajo la vigencia del hoy derogado TRLCAP, señalando la disposición transitoria primera 2 de la LCSP, que los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley se regirían, en cuanto a su efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior.

Por consiguiente, resulta de aplicación a las citadas operaciones financieras el TRLCAP, el cual señalaba en su artículo 3.1 K) que quedaban excluidos de la citada 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 de los anteriores.

Los citados SWAPs no se realizaron o concertaron con el fin de garantizar los riesgos de tipo de interés derivados de un préstamo previamente concertado entre el ayuntamiento y la BM de 15 de marzo de 2005, tal y como manifiesta la entidad bancaria en su escrito de alegaciones.

Y ello debido a que del examen y análisis del CMOF de 14 de septiembre de 2005 y de la póliza de préstamo de 15 de marzo de 2005, se desprende que no contienen cláusula alguna que indique que los mencionados SWAPs fueron concertados para cubrir el riesgo de tipo de interés del préstamo firmado seis meses antes.

Asimismo, en el informe de la Intervención de 31 de octubre de 2013, se puso de manifiesto que no obraba documento alguno en la intervención para que se pueda acreditar la vinculación entre el SWAP suscrito con la BM en fecha 15 de septiembre de 2005 y el préstamo a largo plazo de importe de 2,5 millones de €, de fecha 15 de marzo de 2005 con la misma entidad.

La propuesta, expone, asimismo que, al no constar que las citadas operaciones financieras estuvieran relacionadas o asociadas con ninguna otra operación financiera u otros contratos de préstamo o crédito del ayuntamiento, no se encuentran excluidos de la citada legislación de contratos de las administraciones públicas, resultando, por consiguiente, aplicable la misma.

En definitiva, la operaciones financieras citadas no estaban excluidas de la legislación en materia de contratos de las administraciones públicas, teniendo la naturaleza o régimen jurídico de contratos de servicios, encuadrándose en la categoría 6 del anexo II del TRLCAP, por lo que en aplicación del artículo 9.2 del TRLCAP tienen la consideración de contratos privados que se rigen en cuanto a preparación y adjudicación por la normativa en materia de contratos de las administraciones públicas, y en cuanto a efectos y extinción por la legislación privada.

La propuesta de resolución considera que:

1) Se prescindió total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido en materia de contratación. Tanto para el CMOF de 14 de septiembre de 2005, como para el contrato de SWAP suscrito el 15 de septiembre de 2005, pues al tratarse de contratos privados debió acudir en cuanto a su preparación y adjudicación a las normas de la legislación de aplicación en materia de contratación administrativa.

2) En el CMOF no constaba la firma del alcalde-presidente y el contrato de SWAP de 15 de septiembre de 2005, que contiene únicamente la firma del alcalde-presidente, se suscribió por órgano manifiestamente incompetente, dado que lo fue bajo la vigencia del TRLCAP y tenía un valor nominal anual de 2,4 millones de €, superando el 10 % de los recursos ordinarios del Presupuesto Municipal vigente.

3) Error en el consentimiento por infringir la entidad bancaria los deberes de información al ayuntamiento.

La BM infringió los deberes de información que debía haber respetado con el ayuntamiento, el cual al no gozar de la necesaria información no pudo formar adecuadamente su consentimiento o voluntad.

No obstante, en el contrato suscrito se indica textualmente, que:

“Existe independencia en la decisión de entrar en esta operación, y se declara específicamente que ninguna de las partes ha basado su decisión en alguna comunicación verbal o escrita de la otra parte que signifique una recomendación o asesoramiento de inversión respecto a esta transacción.

Existe la capacidad de evaluar y entender (independientemente o a través de asesoramiento profesional) y de hecho se han entendido los términos, condiciones y riesgos de esta operación y voluntariamente se aceptan dichos términos y condiciones y se asumen los riesgos inherentes ya sean de índole financiero o de otro tipo”.

El 21 de abril de 2014, el Consejo Consultivo de Canarias emitió el Dictamen 138/2014, en el que se recogen las deficiencias mencionadas, concluyendo, que:

“Las adjudicaciones del Contrato Marco de Operaciones Financieras (CMOF) suscrito el 14 de septiembre de 2005 y el contrato de confirmación de permuta financiera de tipos de interés (SWAP) suscrito el 15 de septiembre de 2005, entre el Ayuntamiento de San Bartolomé y la entidad financiera Banca March, son nulas de pleno derecho”.

El 29 de abril de 2014, el Pleno municipal adoptó, entre otros, los siguientes Acuerdos:

“Segundo.- Declarar nulos de pleno derecho el Contrato Marco de Operaciones Financieras, más conocido como SWAPS, de fecha 14 de septiembre de 2005, y el contrato de confirmación operación SWAPS de tipos de interés, de 15 de septiembre de 2005, suscritos entre este Ayuntamiento y Banca March.

Tercero.- Que las partes se restituyan recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud de los mismos, correspondiendo a Banca March restituir a este Ayuntamiento en la cantidad de 158.967,87 €, cantidad ésta que según certificación de fecha 25 de abril de 2014, expedida por la Interventora Municipal fue abonada por este Ayuntamiento a la Banca March”.

En sesión celebrada el 30 de junio de 2014 se acordó compensar de oficio, detrayéndose la cantidad cobrada indebidamente por importe de 158.968 euros.

3. TRÁMITE DE ALEGACIONES

El presente informe, antes de su aprobación definitiva, ha sido remitido para alegaciones, de conformidad con lo establecido en el art. 23 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Audiencia de Cuentas de Canarias.

A estos efectos, el proyecto de informe fue remitido a las Entidades objeto de fiscalización, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley 4/1989, mediante escrito de 2 de noviembre de 2016, concediéndoseles un plazo de 5 días hábiles.

El 11 de noviembre de 2016 se recibieron las alegaciones del Ayuntamiento de Gáldar y, con la misma fecha, las del anterior alcalde del Ayuntamiento de Tías.

En el anexo se incorpora la contestación de la Audiencia de Cuentas de Canarias a las mismas.

4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIÓN

4.1. Conclusiones.

1.- Las operaciones de permuta financiera objeto del presente informe no se enmarcan en el interés general que debe perseguir todo gestor público. Igualmente, las operaciones fueron realizadas sin la debida transparencia, no reflejándose en las notas de la Memoria de la Cuenta General (epígrafe 2.1).

2.- Para la contratación de las operaciones de permuta financiera, las corporaciones prescindieron total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido y, por ello, al margen de los mecanismos de control interno (epígrafe 2.1).

3.- Sobre el conjunto de las operaciones de permuta financiera se puede concluir que no se han respetado los principios de legalidad, transparencia y buena gestión exigibles en la utilización de los recursos públicos (epígrafe 2.1).

El manejo de fondos públicos por los gestores no se ha realizado garantizando su integridad y seguridad; ello no impide buscar su máxima rentabilidad, pero minimizando al máximo su riesgo.

4.- No consta documentación que justifique las operaciones de permuta financiera realizadas referida tanto a la idoneidad del instrumento financiero como a la elección de la entidad en que se materializó la inversión. No constan análisis y estudios sobre las mismas (epígrafe 2.1).

5.- Los resultados financieros del CMOF de 30 de abril de 2004 y los sucesivos SWAPs suscritos entre el Ayuntamiento de Gáldar y el BSCH, supusieron un coste económico de 957.584 euros (subapartado 2.2.1).

No resulta correcto para el interés general y para una adecuada y prudente gestión pública que se realice una operación de alto riesgo, que ha generado finalmente un coste económico relevante.

El menoscabo de recursos públicos derivado de las operaciones de permuta financiera pone de manifiesto una falta de la diligencia debida. Se trata de operaciones atípicas dentro del sector público, difícilmente identificadas con la consecución de un interés público, con importantes riesgos financieros para la integridad de esos recursos públicos.

De los hechos referidos al Ayuntamiento de Gáldar, expuestos en los párrafos anteriores se puede concluir sobre la existencia de, al menos, algunas de las notas indiciarias de responsabilidad contable, cuya efectiva determinación correspondería examinar, en su caso, al Tribunal de Cuentas.

No obstante, tras el análisis de la documentación remitida en el período de alegaciones, se ha constatado que la corporación ha iniciado las actuaciones judiciales pertinentes tendentes al reintegro de las cantidades indebidamente abonadas.

6.- En cuanto a los resultados financieros del CMOF de 25 de octubre de 2004 y los sucesivos SWAPs suscritos entre el Ayuntamiento de San Bartolomé y el BSCH y la BM, finalmente no supusieron coste alguno para el ayuntamiento, al haberse compensado el coste generado para la corporación (subapartado 2.2.2).

4.2. Recomendación.

A la vista de lo expuesto a lo largo del informe, y con la finalidad de superar las deficiencias puestas de manifiesto y contribuir a una mejora de la gestión, organización, transparencia y control, esta Audiencia de Cuentas en el marco de la presente fiscalización, formula la siguiente recomendación:

Evitar la realización de operaciones que correspondan a un uso meramente especulativo de los recursos financieros, circunstancia ésta que concurre, en aquellas operaciones realizadas en los mercados de opciones cuando no tienen finalidad de cobertura.

Santa Cruz de Tenerife, a 15 de diciembre de 2016.- EL PRESIDENTE, Rafael Díaz Martínez.

ANEXO

Contestación a las alegaciones

A continuación se transcribe un resumen de las alegaciones formuladas y la contestación a las mismas.

Para una mayor claridad del presente informe se mencionará, en primer lugar, el resumen de la alegación para, a continuación, contestar a la misma y en el caso de las aceptadas, total o parcialmente, se indican las modificaciones llevadas a cabo en el Proyecto de informe.

Alegaciones remitidas por D. José Juan Cruz Saavedra, anterior alcalde-presidente del Ayuntamiento de Tías:

Resumen: El alegante, en su condición de anterior alcalde del Ayuntamiento de Tías, comunica que a la vista del contenido del “proyecto de informe de fiscalización de la Contratación de Derivados Financieros por parte de los ayuntamientos, ejercicios 2009-2014”, en el que se determina que el Ayuntamiento de Tías ha quedado excluido de la fiscalización porque las operaciones contratadas por el ayuntamiento eran de cobertura de los tipos de interés de las operaciones de créditos concertadas, no formula alegación alguna sobre el indicado proyecto de informe de fiscalización.

Contestación: No se trata propiamente de una alegación. En consecuencia, no se acepta la alegación formulada no produciendo cambio alguno en el informe.

Alegaciones remitidas por D. Teodoro Claret Sosa Monzón, alcalde-presidente del Ayuntamiento de Gáldar:

Primera alegación.-

Epígrafe 2.1. Aspectos Generales

Resumen: Tal y como se hace constar en el apartado 2.1 del proyecto de informe de fiscalización de la contratación de Derivados Financieros por parte de los ayuntamientos, ejercicios 2009-2014, los contratos de permuta financiera de tipos de interés (SWAP) son en la práctica contratos de adhesión en la que la corporación no puede convenir con la entidad financiera negociación alguna de su clausulado, de tal forma que el ayuntamiento se limitó, simplemente a adherirse al contenido del mismo. En el mismo apartado se pone de manifiesto que tales circunstancias lleva *“aparejado que la posición de fuerza dominante que la entidad financiera ostenta frente al cliente, la ejerza posicionándose jurídicamente en una mejor situación que el Ayuntamiento en el contrato.”*

Contestación: Lo alegado confirma lo puesto de manifiesto en el proyecto de informe, en el que se indica: *“que nos situamos ante lo que la doctrina denomina contrato-tipo, un contrato de adhesión en el que la Corporación no convino con la entidad financiera negociación alguna del clausulado del SWAP ni de los tipos de interés establecidos para cada periodo. Por tanto, se limitó, simplemente a adherirse al contenido del mismo.”*

Lo que lleva aparejada que la posición de fuerza dominante que la entidad financiera ostenta frente al cliente, la ejerza posicionándose jurídicamente en una mejor situación que el Ayuntamiento en el contrato.

Al ser redactado unilateralmente por la entidad financiera se producen renunciaciones a derechos y exclusiones de facultades del Ayuntamiento que la posicionan en una situación claramente más ventajosa.”

No se trata propiamente de una alegación, ya que confirma lo expuesto en el proyecto de informe. En consecuencia, no se acepta la alegación formulada no produciendo cambio alguno en el informe.

Segunda alegación.-

Epígrafe 2.1. Aspectos Generales

Resumen: La naturaleza jurídica sumamente compleja del producto, la cual se pone de manifiesto en las resoluciones judiciales y dictámenes de distintos Consejos Consultivos, fue la causa de que la firma de los contratos se hiciera en la forma que consta en el proyecto de informe, sin que pueda olvidarse nunca que se trataba de

un producto que en la mayoría de las ocasiones estaba asociado a otras operaciones o contratos ya formalizados con la misma entidad financiera. En la fecha en la que se firman los contratos existían discusiones doctrinales en torno a la naturaleza privada o pública del contrato, a la necesidad de someterlo o no a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, e incluso sobre la cuestión relativa a la competencia del órgano que estaba facultado para suscribirlo.

Ha sido posteriormente, una vez concluyen los primeros procedimientos administrativos y judiciales en orden a declarar la nulidad de estos contratos, cuando se ha arrojado luz sobre la naturaleza de los contratos y la forma correcta en que se debieron suscribir, pero debe quedar claro que jamás ha tenido esta corporación y quien la preside (sin perjuicio de la responsabilidad de quienes me precedieron en el cargo), la intención o voluntad de prescindir del procedimiento, de eludir controles internos, de infringir los principios de legalidad, transparencia o buena gestión y mucho menos la de poner en riesgo los recursos públicos.

Contestación: De acuerdo con lo dispuesto, tanto en el TRLCAP como en la LCSP (normativa de contratos aplicable en el momento de la realización de los contratos), los servicios bancarios y de inversiones (art. 206.6 del TRLCSP y anexo II de la LCSP) están tipificados como contratos privados (art. 20.1) de suministros (art. 9), siéndoles, en todo caso, aplicable dicha normativa en cuanto a las fases de preparación y adjudicación se refiere; por lo tanto, al realizarse la contratación de los SWAPs al margen de lo dispuesto en la normativa aplicable, el contrato formalizado por la corporación es nulo de pleno derecho (arts. 62.1 del TRLCAP y 62.1 e) de la LRJAP y PAC), dado que se realizó prescindiendo total y absolutamente del procedimiento y al margen de los mecanismos de control legalmente establecidos.

El CMOF firmado el 30 de abril de 2004, por el alcalde-presidente, lo fue cuando estaba vigente el TRLCAP, así como para las “Operaciones de Permuta Financiera de Tipos de Interés” suscritas el 15 de octubre de 2007, por importe de 1,5 millones de € y duración cinco años; y el 18 de abril de 2008, por importe de 4,5 millones de € y duración cuatro años, de las que no consta contrato y se acuerda su cancelación anticipada en el “Contrato de confirmación de permuta financiera de tipo de interés” de 30 de junio de 2010, por importe 6 millones de € y duración cuatro años, siendo aplicable a esta última confirmación la LCSP.

Del mismo modo, cabe indicar que al alcalde-presidente, en virtud de lo dispuesto tanto en el art. 21.1 ñ) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (vigente hasta el 29 de abril de 2008), como en la disposición adicional segunda de la LCSP, le corresponde la competencia para realizar contratos privados siempre que su importe no supere el 10% de los recursos ordinarios del presupuesto ni, en cualquier caso, los seis millones de euros, incluidos los de carácter plurianual, cuando su duración no sea superior a cuatro años (en el resto de los casos, dicha competencia corresponde al Pleno, según el párrafo segundo de la citada disposición adicional), y, comoquiera que en el presente supuesto el precio del contrato superaba ese 10% de los recursos ordinarios (la cuantía del contrato es el precio del mismo, seis millones de euros, y no el importe de las indemnizaciones generadas a su amparo), el órgano competente para suscribir el contrato era el Pleno, y no el alcalde-presidente, que invadió las competencias reservadas a aquél.

En consecuencia, no se acepta la alegación formulada ya que no aporta datos sobre el epígrafe analizado, no produciendo cambio alguno en el informe.

Tercera alegación.-

Subapartado 2.2.1 Ayuntamiento de Gáldar

Resumen: A pesar de haber vencido el último contrato de permuta financiera el 2 de julio de 2014, por esta Alcaldía se solicitó informe jurídico a un Letrado especialista en Derecho Mercantil y Economista sobre la legalidad de los contratos formalizados por el ayuntamiento con el Banco Santander, a raíz del CMOF en el año 2004, y especialmente de Permuta Financiera de tipo de interés (swap tipo fijo escalonado) de 30 de junio de 2010 por importe de 6 millones de euros y vencimiento el 2 de julio de 2014; y sobre la posibilidad de ejercer la acción de nulidad de dichos contratos.

Como quiera que en dicho informe, emitido con fecha de 8 de julio de 2016, se concluye que la adjudicación del CMOF de 30 de abril de 2004 y los sucesivos contratos de permuta financiera de tipo de interés de 18 de abril de 2008 y 30 de junio de 2010, suscritos entre el ayuntamiento y el Banco Santander, es nula de pleno derecho, y que cabe la formulación de la acción de nulidad ante la Jurisdicción Civil, por resolución de esta Alcaldía de 28 de julio de 2016 se acordó la interposición de las acciones judiciales pertinentes contra la entidad Banco Santander S.A. para que se declare la nulidad de los contratos y se solicite el reembolso o reintegro de las cantidades satisfechas indebidamente; designando a un Letrado y a un Procurador para que, respectivamente, asuman la dirección legal y representación procesal del ayuntamiento en el procedimiento judicial que actualmente se encuentra en tramitación.

En el anexo adjunto se incorpora el referido informe jurídico y la resolución de la Alcaldía que se acompañan a las presentes alegaciones.

Contestación: Del análisis de la documentación que se adjunta en esta alegación se comprueba que, con posterioridad a la fecha de emisión del proyecto de informe, el Ayuntamiento de Gáldar solicitó informe jurídico a un Letrado especialista en Derecho Mercantil y Economista sobre la legalidad de los contratos formalizados por el ayuntamiento con el Banco Santander, a raíz del CMOF en el año 2004, y especialmente de Permuta Financiera de

tipo de interés (swap tipo fijo escalonado) de 30 de junio de 2010 por importe de 6 millones de euros y vencimiento el 2 de julio de 2014; y sobre la posibilidad de ejercer la acción de nulidad de dichos contratos.

En el informe jurídico emitido el 8 de julio de 2016, se concluye que la adjudicación del CMOF de 30 de abril de 2004 y los sucesivos contratos de permuta financiera de tipo de interés de 18 de abril de 2008 y 30 de junio de 2010, suscritos entre el ayuntamiento y el Banco Santander, es nula de pleno derecho, y que cabe la formulación de la acción de nulidad ante la Jurisdicción Civil; por resolución de esta Alcaldía de 28 de julio de 2016 se acordó la interposición de las acciones judiciales pertinentes contra la entidad Banco Santander S.A. para que se declare la nulidad de los contratos y se solicite el reembolso o reintegro de las cantidades satisfechas indebidamente; designando al Letrado que emite el informe jurídico y a un Procurador para que, respectivamente, asuman la dirección legal y representación procesal del ayuntamiento en el procedimiento judicial a tramitar.

Por tanto, se acepta la alegación formulada y se incluye un penúltimo párrafo en el subapartado 2.2.1., página 15, con la siguiente información aportada por el Ayuntamiento de Gáldar.

“El informe jurídico que se emite el 8 de julio de 2016 concluye que la adjudicación del CMOF de 30 de abril de 2004 y los sucesivos contratos de permuta financiera de tipo de interés de 18 de abril de 2008 y 30 de junio de 2010, suscritos entre el ayuntamiento y el Banco Santander, es nula de pleno derecho, y que cabe la formulación de la acción de nulidad ante la Jurisdicción Civil.

Mediante resolución del alcalde de 28 de julio de 2016 se acordó la interposición de las acciones judiciales pertinentes contra la entidad Banco Santander S.A. para que se declare la nulidad de los contratos y se solicite el reembolso o reintegro de las cantidades satisfechas indebidamente; designando al Letrado que emite el informe jurídico y a un Procurador para que, respectivamente, asuman la dirección legal y representación procesal del ayuntamiento en el procedimiento judicial a tramitar”.

Cuarta alegación.-

Epígrafe 3.1. Conclusiones

Conclusión nº 5

Resumen: Como quiera que en las conclusiones del proyecto de informe se señala que de los hechos referidos a este ayuntamiento se puede deducir una posible responsabilidad contable (cuya determinación correspondería al Tribunal de Cuentas), conviene recordar que la Sala de Apelación de dicho Tribunal (Sentencia 1/2011, de 1 de marzo) ha declarado que la administración irregular de los recursos públicos no genera, por sí sola, responsabilidades contables, sino que, entre otros requisitos es necesario que se constate un menoscabo en caudales o efectos públicos individualizados. La propia Sala ha señalado (Sentencia 19/2010, de 17 de mayo) que la responsabilidad contable no cabe considerarla de carácter sancionador ni tiene por objeto censurar la gestión que se ha hecho de los fondos públicos siendo insuficiente que se haya cometido una irregularidad en la gestión de dichos fondos, sino que debe probarse que como consecuencia de esa irregularidad se ha producido un menoscabo.

Si tal menoscabo se hubiera producido como consecuencia de la firma de unos contratos de permuta financiera tan atípicos y complejos como a los que nos hemos referido, lo cierto es que el ayuntamiento ya ha emprendido las acciones judiciales pertinentes en orden a reclamar el reembolso o reintegro de las cantidades indebidamente abonadas, por lo que en todo caso habrá que valorar dicha medida y estar al resultado de la acción judicial interpuesta.

Contestación: El proyecto de informe, en su conclusión número cinco, señala que los resultados financieros del CMOF de 30 de abril de 2004 y los sucesivos SWAPS suscritos entre el Ayuntamiento de Gáldar y el BSCH, supusieron un coste económico de 957.584 euros.

Así mismo indica que el menoscabo de recursos públicos derivado de las operaciones de permuta financiera pone de manifiesto una falta de la diligencia debida. Se trata de operaciones atípicas dentro del sector público, difícilmente identificadas con la consecución de un interés público, con importantes riesgos financieros para la integridad de esos recursos públicos.

De estos hechos, referidos al Ayuntamiento de Gáldar se puede concluir sobre la existencia de, al menos, algunas de las notas indiciarias de responsabilidad contable, cuya efectiva determinación correspondería examinar, en su caso, al Tribunal de Cuentas. Todo ello, sin perjuicio de la posible concurrencia de otro tipo de responsabilidades.

Por tanto, analizada la información remitida se añade el siguiente párrafo a la conclusión número 5: “No obstante, tras el análisis de la documentación remitida en el periodo de alegaciones, se ha podido constatar que la corporación ha iniciado las actuaciones judiciales pertinentes tendentes al reintegro de las cantidades indebidamente abonadas, por lo que, sin modificar el contenido originario de la conclusión, se hace constar en la misma tal circunstancia.

Anexo



Teodoro Sosa Monzón (1 de 1)
 Alcalde
 Fecha Firma: 28/07/2016
 HASH: 18183de97f6e21ab8a137d0c29718c43

RESOLUCIÓN DEL ALCALDE

Por esta Alcaldía se solicitó informe jurídico al Letrado especialista en Derecho Mercantil y Economista Don Pablo de la Vega Viñambres sobre la legalidad de los contratos formalizados por el Ayuntamiento con el Banco Santander, de operaciones financieras (swaps) a raíz del Contrato Marco de Operaciones Financieras en el año 2004, y especialmente de Permuta Financiera de tipo de interés (swap tipo fijo escalonado) de 30 de junio de 2010 por importe de 6.000.000,00 € y vencimiento el 2 de julio de 2014; y sobre la posibilidad de ejercer la acción de nulidad de dichos contratos.

Después que se facilitara por el Ayuntamiento toda la documentación de la que se disponía y del análisis de la misma por parte del citado Letrado, con fecha 8 de julio de 2016 se ha emitido el informe jurídico solicitado en el que se concluye, en base a los razonamientos jurídicos que contiene, que la adjudicación del Contrato Marco de Operaciones Financieras (CMOF) de 30 de abril de 2004 y los sucesivos contratos de permuta financiera de tipo de interés de 18 de abril de 2008 y 30 de junio de 2010, suscritos entre el Ayuntamiento y el Banco de Santander, es nula de pleno de derecho, y que cabe la formulación de la acción de nulidad ante la Jurisdicción Civil.

Por todo ello, y de conformidad con lo establecido en el artículo 21.1.k) de Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local,

DISPONGO:

1º.- La interposición de las acciones judiciales pertinentes (y en su caso las reclamaciones previas que fueren necesarias) contra la entidad Banco Santander S.A. para que se declare la nulidad de los contratos a los que se ha hecho referencia y se solicite el reembolso o reintegro de las cantidades satisfechas indebidamente y que, en términos netos, alcanzaron una cantidad aproximada de 721.459,17 €.

2º.- Designar al Letrado Don Pablo de la Vega Viñambres y al Procurador Don Francisco Javier Artilles Martínez para que, respectivamente, asuman la dirección legal y representación procesal del Ayuntamiento en el procedimiento judicial a tramitar.

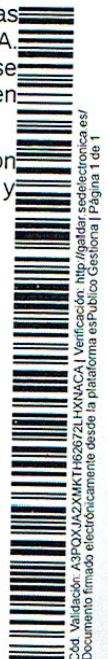
Gáldar, en la fecha que figura en la firma digital al margen

EL ALCALDE

REGISTRO DE ENTRADA

Presidencia	
Area Ayuntamientos	X
Area Españolas Insulares	
Area otros Entes Públicos	
Area C. A.	
Secretaría Genl.	

El Secretario General.



ANÁLISIS DE OPERACIONES DE PERMUTA FINANCIERA – AYUNTAMIENTO DE GALDAR

- Análisis de los contratos realizados por el Ayuntamiento de Galdar con el Banco Santander, de operaciones de permuta financiera – swaps a raíz de la firma del Contrato Marco de Operaciones Financieras en 2004, y especialmente Confirmación de Permuta financiera de tipo de Interés (Swap Tipo Fijo Escalonado) de 30 de Junio de 2010 por importe de 6 millones de euros y vencimiento 2 de Julio de 2014. Valoración de posible acción de nulidad

Valoración jurídica de swaps Ayuntamiento de Galdar – Banco Santander

1. OBJETO DEL INFORME

El Ayuntamiento de Galdar me solicita la realización de un informe jurídico respecto a los contratos firmados con la entidad financiera Banco de Santander para conocer si existen causas de nulidad de pleno derecho y a su vez analizar, si caben acciones legales en el ámbito civil respecto a su nulidad

En concreto los contratos a analizar son:

- Contrato Marco de Operaciones Financieras CMOF (Contrato Marco) de 30 de Abril de 2004
- Confirmación de Permuta financiera de tipo de Interés (Swap Tipo Fijo Escalonado) de 30 de Junio de 2010 por importe de 6 millones de euros y vencimiento 2 de Julio de 2014

En base a éste contrato se conoce que hubo anteriores confirmaciones de Permuta financiera de tipo de interés contraídas por el Ayuntamiento de Galdar:

- Permuta financiera realizada el 15 de Octubre de 2007 por importe de 1,5 millones de euros con vencimiento el 15 de Octubre de 2012
- Permuta financiera realizada el 18 de Abril de 2008 por importe de 4,5 millones de euros con vencimiento el 18 de Abril de 2012

2. CONSIDERACIONES PREVIAS

De la información suministrada por el Ayuntamiento para la elaboración de este informe se ha podido conocer la existencia de un contrato Marco de operaciones financieras contraído por el Ayuntamiento en 2004 y firmado por el Alcalde que da cobijo a las sucesivas operaciones de permuta financiera de tipo de interés contraídas por el Ayuntamiento en fechas posteriores.

No existe expediente administrativo de las citadas operaciones, conociendo únicamente las órdenes de pago resultantes de las operaciones contraídas a lo largo de los años desde 2007 hasta 2014.

En cuanto a los gastos ocasionados y derivados del contrato de confirmación de permuta financiera de tipo de interés firmada el 30 de Junio de 2010 el importe final ascendió a 721. 459,17 euros

Este contrato supuso la cancelación de unas operaciones de permuta financiera de tipos de interés contraídas en los ejercicios 2007 y 2008 y paralelamente la confirmación de una nueva operación por importe de 6 millones de euros con duración de 4 años hasta el 4 de

Valoración jurídica de swaps Ayuntamiento de Galdar – Banco Santander

julio de 2014, totalmente liquidada a la fecha de redacción de este informe, donde se fija un tipo de interés fijo escalonado.

En concreto esta operación supone un intercambio de tipo de interés entre el Ayuntamiento y el Banco en el que el ente local recibe trimestralmente el EURIBOR 3 MESES fijado al inicio de cada periodo trimestral, a cambio de pagar trimestralmente un tipo predeterminado para cada periodo de cálculo y escalonado de manera creciente a lo largo de la vida de la operación.

En concreto los tipos a pagar por el Ayuntamiento son:

Desde	Hasta	Tipo Fijo
2/7/10	2/7/11	1,30 %
2/7/11	2/7/12	3,20 %
2/7/12	2/7/13	4,50 %
2/7/13	2/7/14	5,73 %

Las liquidaciones de este producto se realizan por diferencia al final de cada periodo de liquidación, y los flujos se calculan sobre el importe nominal (6 millones de euros), vivo a cada fecha de revisión.

De acuerdo a estas condiciones el Ayuntamiento quedaría protegido ante subidas del tipo de interés por encima de los tipos fijos señalados renunciando a posibles bajadas de los tipos de interés por debajo del tipo fijo. En las condiciones del contrato, se expone que este producto es adecuado ante una visión de subida de los tipos de interés, situación que no se produjo realmente.

De hecho, se repasamos el histórico del EURIBOR A TRES MESES en junio¹ de 2010 se encontraba en 0,782%, en junio de 2011 en 1,556%, en junio de 2012 en 0,652%, en junio de 2013 en 0,222% y en junio de 2014 en 0,206 % por lo que la tendencia fue contraria a las expectativas recomendadas por la entidad financiera y en consecuencia supuso un alto coste financiera para la entidad local, llegando a pagar un total de 721.459,17 euros en el periodo del contrato.

3. NATURALEZA JURIDICA DE LOS CONTRATOS SUSCRITOS

La primera cuestión a dilucidar es la naturaleza jurídica de los contratos suscritos y el Derecho aplicable a los mismos

¹ A 30 de junio de cada año

Valoración jurídica de swaps Ayuntamiento de Galdar – Banco Santander

El primero de ellos fue el Contrato Marco de Operaciones Financieras (CMOF) suscrito entre las partes el 30 de Abril de 2004 con el objeto de regular las operaciones financieras que se describen en la cláusula segunda, entrada en vigor el día de su firma recogido en la cláusula vigésimo primera y que podría denunciarse con un mes de antelación, aunque sin perjudicar las operaciones realizadas.

A su amparo se suscribieron ciertas operaciones de permuta financiera constando la última el 30 de junio de 2010 cuya firma implicaba la cancelación simultánea de dos operaciones hasta ese momento existentes y confirmando una nueva operación de permuta financiera de tipo de interés con vencimiento 2 de julio de 2014 por importe de 6 millones de euros. Solo consta en el expediente del Ayuntamiento los cargos y abonos realizados como liquidación de las permutas financieras de las operaciones realizadas antes de la confirmación de la última permuta financiera, y el contrato de confirmación de la permuta financiera aludida del 30 de junio de 2010.

Lógicamente, la nulidad del Contrato Marco, que no posee contenido económico, arrastraría la de las operaciones suscritas a su amparo, aunque son los contratos de confirmación financiera los que concretan las respectivas obligaciones exigibles.

Así, la cláusula Primera del Contrato Marco considera que las operaciones de confirmación se consideran integradas en el objeto del Contrato Marco en una relación comercial única entre las partes regidas por el CMOF (conjuntas todas ellas).

De ello se puede deducir que se pretende analizar la nulidad tanto del Contrato Marco como de las sucesivas confirmaciones de permutas financieras de tipo de interés suscritas al amparo aunque en cada caso los motivos podrán ser diferentes pues si en los contratos de confirmación se puede reprochar el vicio de incompetencia manifiesta, el de inexistencia de procedimiento es referible al Contrato Marco.

En cuanto a la definición legal de los contratos de permuta financiera, no existe una definición legal ni regulación específica en nuestro ordenamiento jurídico. La doctrina ha dado varias definiciones de los contratos de swaps pudiendo 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 o también se define como el contrato por el que las partes se comprometen a hacerse pagos recíprocos en fechas determinadas fijándose las cantidades que han de pagarse en base a unos baremos

En nuestro caso, en la permuta financiera de tipos de tipos de interés o swaps de tipo de interés 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 periodo de tiempo establecido. No existen pagos recíprocos sino que

Valoración jurídica de swaps Ayuntamiento de Galdar – Banco Santander

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 resulta de aquella.

Toda operación de swap depende de un Contrato Marco redactado y aprobado por la Asociación Española de Banca y Confederación Española de Cajas de Ahorro.

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 operaciones de naturaleza financiera enumeradas en el Contrato Marco mediante un contrato de confirmación y que conforman una única obligación jurídica.

La Jurisprudencia ha analizado este tipo de contratos a los que califica de aleatorios, especulativos, de alto riesgo y complejos.

En el caso del Ayuntamiento de Galdar, con la información entregada para la realización de este informe tanto el CMOF de 2004 como las sucesivas confirmaciones cuyo contrato no consta en el expediente administrativo a excepción de la firmada el 30 de junio de 2010, no consta que estén relacionadas con ninguna otra operación financiera, préstamos o créditos, del Ayuntamiento con el Banco para su financiación presupuestaria, ni para cubrir los tipos de interés derivados de dichas operaciones de financiación por lo que podemos decir que tanto el CMOF como las sucesivas confirmaciones de swaps sucesivas fueron un contrato privado de servicios financieros o de inversión de la entidad bancaria a efectos de lo previsto en la legislación de contratación administrativa.

En cuanto a la legislación aplicable cabe recordar que el contrato Marco fue suscrito el 30 de Abril de 2004 por la entidad financiera y el Alcalde, con sello de la Alcaldía, cuando estaba vigente el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Decreto Legislativo de 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP), que permaneció en vigor hasta su derogación por la Ley 30 /2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LSCP), que entró en vigor el 30 de Abril de 2008. Esta Ley a su vez fue derogada por el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Decreto Legislativo 3 /2011, de 14 de Noviembre (TRLCSP), en vigor desde el 16 de Diciembre de 2011

De la confirmación de la permuta financiera firmada el 30 de junio de 2010 conocemos al menos que se canceló de forma anticipada las siguientes operaciones suscritas:

- Permuta financiera de tipo de interés contraída por el Ayuntamiento cuya fecha fue de 15 de Octubre de 2007, importe nominal de 1,5 millones de euros y fecha de vencimiento 15 de Octubre de 2012
- Permuta financiera de tipo de interés contraída por el Ayuntamiento de 18 de Abril de 2008, importe nominal 4,5 millones de euros y fecha vencimiento de 18 de Abril de 2012

Valoración jurídica de swaps Ayuntamiento de Galdar – Banco Santander

Estas operaciones se suscribieron, al amparo del TRLCAP del 2000, mientras que la confirmación de la permuta financiera de tipo de interés de 30 de junio de 2010 por importe nominal de 6 millones de euros y firmada por el Alcalde fueron al amparo de la Ley 30 / 2007 siendo por tanto contextos de diferente legislación contractual.

Anteriormente (de 2005 a 2007), de las liquidaciones por compensación existentes en la Contabilidad del Ayuntamiento consta que tuvo que haber otras operaciones pero no existe contratos de confirmación en el expediente administrativo.

Respecto a las confirmaciones suscritas al amparo de TRLCAP de 2000, el artículo 3.1. K) excluye de la aplicación de la Ley los contratos de préstamos, créditos u otros de naturaleza análoga, así como los contratos relacionados con instrumentos financieros derivados concertados para cubrir riesgos de tipo de interés y de cambio derivados de los anteriores. Tales contratos se regulan por su legislación específica, sin perjuicio de que los principios de la Ley sean utilizados para solventar algunas lagunas

Tal como se ha expresado anteriormente, no consta en el expediente administrativo, referencia alguna a que los contratos firmados estén asociados a otros contratos de préstamos suscritos por el Ayuntamiento. No se trataba de asegurar por tanto el riesgo del tipo de interés de la entidad local sino que la entidad financiera los comercializó realmente como una permuta financiera, flujos de dinero que se relacionan con una variable futura que era los tipos de interés, siendo a la postre muy perjudicial para el Ayuntamiento que tuvo que abonar a la entidad financiera importes muy elevados como consecuencia de la fluctuación.

Siendo así el marco legal, la permuta financiera no está excluida de las operaciones reguladas por el TRLCAP de 2000 y por tanto están sometidos a dicha legislación contractual.

Los artículos 5.3 y 9.2 TRLCAP de 2000 define los contratos de carácter privado cuya preparación y adjudicación se rige, en defecto de normas administrativas específicas, por el Texto Refundido. Entre ellos encontramos los contratos bancarios y de inversiones (artículo 206.6 TRLCAP) que los denomina de servicios regidos por las normas del Libro II, Título IV, Capítulos II y III del TRLCAP (artículos 202 a 210).

En definitiva los contratos bancarios son contratos que se hallan sometidos total o parcialmente a la Ley contractual, ya que los contratos financieros excluidos de la Ley son exclusivamente los de préstamos y de cobertura de tipo de interés.

Por su parte, la confirmación de permuta financiera de tipo de interés realizada el 30 de Junio de 2010 se realizaron bajo la vigencia de la Ley 30 /2007 (LCSP). El artículo 4.1.1) LCSP 2007, excluye de su aplicación los contratos financieros referidos a la compraventa y transferencia de valores, en particular, las operaciones

Valoración jurídica de swaps Ayuntamiento de Galdar – Banco Santander

financieras del Estado, así como las operaciones de obtención de fondos. Los contratos de permuta financiera no se hallan excluidos ni tampoco los que cubren riesgos de cambio de tipo de interés, de forma que la exclusión es inaplicable en nuestro caso; por tanto dichos contratos de permuta financiera de tipos de interés suscritos se hallan sometidos a la Ley.

Los artículos 10 y 277 a 288 de LCSP 2007 regula 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 dicha Ley y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de Derecho Administrativo, en su caso, las normas de Derecho privado, según corresponda por razón de sujeto o entidad contratante. Por el contrario, sus efectos y extinción (cumplimiento y resolución) se regirán por el Derecho Privado.

Dadas las anteriores consideraciones en cuanto la normativa vigente a la firma tanto del Contrato Marco de 2004 como las sucesivas confirmaciones de permutas financieras de tipo de interés suscritas por el Ayuntamiento con la entidad bancaria, cabe concluir que aun siendo todos ellos contratos privados, no puedan resultar ajenos a las reglas de la contratación administrativa, que son las que ordenan su preparación y adjudicación, sea cual fuera su ley de aplicación.

En definitiva, la naturaleza administrativa en la preparación y adjudicación de los contratos privados nos lleva a que en caso de controversias el órgano competente para resolver las cuestiones litigiosas sea la Jurisdicción contenciosa administrativa, pues tales actos tienen la naturaleza de actos separables(art. 93 TRLCAP, art. 21.1 LCSP, art. 21.1 TRLCSP)

Tal como se desprende de la legislación administrativa, dicha naturaleza administrativa es un límite a la libertad de pactos y condiciones con que cuenta la Administración a la hora de contratar que no puede ser contraria al interés público ni al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración.

En el caso objeto de este informe, es evidente que tanto el CMOF como las sucesivas confirmaciones de permutas financieras de tipo de interés fueron firmadas sin tener en cuenta el más mínimo interés público. En el expediente administrativo no figura que fuera solicitado informe técnico justificativo de la concurrencia de dicho interés, no consta que hubiera publicad alguna y por tanto selección de la oferta más ventajosa y lo que es más grave desde la perspectiva de las reglas más elementales en la gestión pública en cuanto al gasto y equilibrio presupuestario suscribiendo obligaciones al amparo de contratos especulativos y aleatorios de forma que las obligaciones contraídas no estaban definidas ni fijadas de antemano, sino que dependían de la fluctuación de la variable tipo de interés.

Probablemente en dichas actuaciones tuvo mucho que ver la actuación de la entidad bancaria, contraria a la buena fe, cuyos objetivos comerciales le empujaba a comercializar estos productos especulativos, creados de forma especulativa por ellos

Valoración jurídica de swaps Ayuntamiento de Galdar - Banco Santander

mismos, con información de antemano que ocultaba al cliente sobre la evolución en la fluctuación de las variables fijadas en las permutas (tipos de interés en nuestro caso), que les aseguraba salir ganando. Es numerosa la Jurisprudencia que encontramos en los últimos años acerca de cómo las entidades bancarias aun conociendo la evolución futura de los indicadores de los que dependía las compensaciones de los productos que colocaba a sus clientes, vendía estos productos bien por la ignorancia de sus clientes, por su incompetencia o como obligación impuesta ante la situación económica delicada que podían tener en esos momentos el cliente bajo la amenaza de ejecuciones o cortarles las líneas comerciales

Por último, estos contratos privados que en cuanto a la preparación y adjudicación se someten a la legislación administrativa, respecto a sus efectos, cumplimiento y extinción será distinto ya que se someten a las normas de Derecho Privado y por tanto en caso de controversia corresponderá a los órganos de la Jurisdicción civil los ligios que se produzcan

4. RECLAMACION VIA CIVIL

Tomando como base lo anteriormente expuesto, el Ayuntamiento quiere evaluar la posible acción de nulidad de los contratos - vía civil - por existencia de vicios en el consentimiento y en la causa del contrato.

En la práctica, las reclamaciones civiles como vía de impugnación de los derivados financieros se encauzan por tres vías principales:

- a. La anulación por vicios de la intención o del consentimiento, principalmente error o dolo
- b. La indemnización por responsabilidad contractual, sea por infracción de los deberes de cuidado o de lealtad en la venta del derivado, o en su caso, en el asesoramiento financiero al cliente. Concretamente porque se produjo alguna negligencia en la comercialización del derivado que lo hacía inidóneo, porque el banco proporcionó información falsa o engañosa sobre la naturaleza o estructura del derivado, porque el banco debió proporcionar una información más detallada sobre los efectos y riesgos del derivado o porque el derivado era inidóneo para el concreto cliente en todo caso.
- c. En algunos supuestos, la restitución de cantidades o la compensación a cargo de la entidad financiera de las pérdidas causadas por la provisión de un producto financiero inidóneo

Valoración jurídica de swaps Ayuntamiento de Galdar – Banco Santander

4.1 Contratos Swaps. Consideraciones Generales

a. Características

En cuanto al contrato de swaps, la numerosa jurisprudencia existente identifica den el contrato que nos ocupa los siguientes caracteres:

- Es un instrumento financiero
- Es un producto complejo
- Es un contrato principal y autónomo en la medida que no es preciso estar vinculado a otra operación
- Es un contrato de adhesión a las condiciones impuestas por la entidad financiera
- Es un contrato aleatorio
- No es un contrato de seguro

b. Normativa

En cuanto a la normativa sobre contratación de instrumentos financieros, respecto a la cancelación y contratación de los swaps por la Corporación, existen dos etapas claramente diferenciadas: la normativa PRE-MIFID y la normativa MIFID (a partir de Diciembre de 2007)

En la etapa MIFID, la cuestión se encuentra regulada por el Capítulo I del Título VII de la LMV²(artículos 78 a 79 sexies) bajo la rúbrica Normas de conducta aplicables a quienes prestan servicios de inversión, redactado por la Ley 42/2007; y por el Título IV del RD 217/2008 (artículos 58-81). Estas disposiciones se dictan a fin de incorporar al ordenamiento español la Directiva 2004/39 MIFID, la Directiva 2006/73 y el Reglamento 1287/2006. Las disposiciones españolas que incorporan la normativa MIDIF se aplican a las operaciones realizadas desde el día 21 de Diciembre de 2007 (fecha de entrada en vigor de la Ley 47/2007)

c. Supuestos habituales de para promover la acción de nulidad

Dentro de los supuestos existentes que han dado lugar a promover acciones de nulidad cabe destacar:

- Según existencia o inexistencia de vinculación con otras operaciones financieras
- Según la circunstancia de haberse contratado una o varias coberturas sucesivas
- Según la modalidad contratada

² Ley Mercado de Valores

Valoración jurídica de swaps Ayuntamiento de Galdar – Banco Santander

- Según la modalidad de empresario o consumidor del cliente, quedando divididos los clientes entre minoristas y profesionales
- Según la fecha de realización sea pre MIDIF o MIDIF.

d. Obligaciones de las entidades financieras

En cuanto a las obligaciones de las entidades de crédito en la contratación de swaps de tipo de interés, la **norma básica en materia de deberes de conducta** de las entidades financieras es la que prescribe **que estas entidades deben actuar con diligencia y transparencia.** (Artículo 79 primer párrafo LMV).

En conexión directa con lo anterior, el artículo 79, segundo párrafo contiene una regla que relaciona la obligación de actuar con diligencia y transparencia, de una parte, y los incentivos que pueden tener las entidades financieras en una operación, de otra, de forma que no se considerará que actúan con diligencia y transparencia y en interés de sus clientes si en relación con la provisión de un servicio de inversión o auxiliar pagan o perciben algún honorario o aportan o reciben algún beneficio no monetario que no se ajuste a lo establecido en las disposiciones legales

A su vez las entidades financieras deben clasificar a los clientes de acuerdo al artículo 78 bis y 78 ter LMV en minoristas y profesionales. Así serán profesionales los que tienen un determinado conocimiento, experiencia y cualificación para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos (el número 3 del mismo artículo señala como profesionales a las entidades financieras, administraciones públicas etc.)

La diferencia de la clasificación reside en que a los minoristas se les aplica los test de conveniencia e idoneidad mientras que a los profesionales sólo el de idoneidad pudiendo ofrecerles menos información antes del contrato.

Las entidades financieras tienen la obligación de informarse acerca de las circunstancias de los clientes a fin de recomendarles los servicios o instrumentos que más le convengan, especialmente en la fase precontractual. De aquí surge la existencia de los Test de idoneidad y conveniencia.

También es fundamental la obligación de las entidades financieras de que la información a proporcionar al cliente sea imparcial, clara y no engañosa, de forma que debe ser comprensible y adecuada para que el cliente comprenda la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión. Es destacable que la carga de la prueba de que dichos preceptos han sido cumplidos le corresponde a la entidad financiera. Una cuestión esencial en orden a declarar la nulidad por error concierne a la ausencia o, al menos, insuficiencia de información acerca de la naturaleza, características y, sobre todo, riesgos del instrumento financiero con muestra de escenarios, históricos sobre la evolución de los tipos de interés, previsiones etc. Por último será necesario informar sobre las condiciones de cancelación del contrato.

Valoración jurídica de swaps Ayuntamiento de Galdar – Banco Santander

Una vez expuesto de forma sucinta las notas generales de los contratos de swaps, cabe resaltar que la jurisprudencia mayoritariamente existente en cuanto a la estimación la nulidad de las pretensiones de los actores han consistido, en que estos habían contratado mediando un error esencial y excusable

Así un vicio de consentimiento existe, siempre que la voluntad contractual interna se ha formado defectuosamente. El artículo 1265 del Código Civil establece que <<...Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo...>>

El artículo 1265 del Código Civil declara nulo el consentimiento por error, violencia intimidación o dolo, desarrollando en el artículo siguiente lo que se entiende por error invalidante. Así establece que <<...para que el error invalide el consentimiento, **deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuera objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo...**>>

Abundante y constante jurisprudencia del Tribunal Supremo exige para apreciarla en el consentimiento contractual, que exista por parte del contratante que la alega, **el desconocimiento de algún dato sustancial, determinante de la voluntad**, de tal suerte que desvíe el objeto del contrato y que **no pudiera salvarse con una diligencia normal al tiempo de prestar el conocimiento** (sentencias del Tribunal Supremo 1/7/1915, 16/6/1943,5/3/1960/5/3/1962,30/9/1963,12/2/1965,12/2/1979,EDJ 1979/566, EDJ 1981/1543, 27/5/1982, EDJ 1982/ 3419, 12/6/1982 EDJ 1982/ 3897, 3/2/ 1986 EDJ 1986/ 989, 7/11/1986 EDJ 1986/7072, , 21/05/1997 EDJ 1997/4900).

Así la sentencia del alto Tribunal de 18 de Abril de 1978 cita que para que el error invalide es indispensable:

- Que recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituye su objeto
- Que derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar
- Que no sea imputable a quien la padece
- Que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico

Requisitos que la Sentencia de 18 de febrero de 1994 añade que ha de ser excusable, además de ser esencial, pudiendo decirse que es inexcusable el error cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media a regular.

Respecto a la esencialidad del error concierne al riesgo de padecer liquidaciones negativas materializadas al sobrevenir bajadas o no subidas en este caso, de los tipos de interés.

Valoración jurídica de swaps Ayuntamiento de Galdar – Banco Santander

Más importante si cabe es la excusabilidad del error. Numerosa jurisprudencia establece las circunstancias que deben darse para calificarlo como excusable. **El principal consiste en la falta de información sobre los riesgos de la operación o los costes de cancelación anticipada de la operación.** Respecto a la falta de información son relevantes aspectos como la forma de comercialización, el contexto de la comercialización o el desequilibrio entre las partes de forma que colocan al cliente en un aximetría ya que las entidades financieras manejan un cúmulo de antecedentes que las colocan en situación de preminencia frente a los clientes, disponiendo de pronósticos profesionales sobre la evolución de los tipos de interés en el futuro que no compartían con los clientes. Adicionalmente, esta posición de preminencia se infiere a partir de haber presionado al cliente para que contrate el swap, teniendo la iniciativa de la contratación.

Otras causas de ineficacia de los contratos de swaps se basan en la existencia de dolo. El artículo 1269 del Código Civil define el dolo como vicio de consentimiento cuando *<<...con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho...>>*, y conforme al artículo 1270 párrafo I del mismo Código, *<<...para que el dolo produzca la nulidad de los contratos, deberá ser grave y no haber sido empleado por las dos partes contratantes (la gravedad se entiende como el hecho de recaer sobre los elementos principales del contrato) y unilateral...>>*

La dificultad de alegar dolo reside en la aportación de prueba suficiente por parte del demandante, de forma que su aplicación ha sido menor que basar la reclamación en error.

Por último, **dos importantes aspectos** se deben tener en cuenta ante la posible reclamación de nulidad de los contratos de swaps.

El primero de ellos se basa en la posibilidad de aplicar la figura de la confirmación o convalidación del contrato de swaps ex artículos 1309, 1311 y 1313 del Código Civil en atención a los actos propios de quien insta la nulidad del contrato.

Dicha posibilidad de aplicar la figura de la convalidación del contrato es una cuestión polémica. Buena parte de las Audiencias Provinciales están aplicando la figura de la convalidación del contrato por lo que han resuelto que debe concluirse la extinción de la acción de nulidad por actos confirmatorios posteriores del negocio jurídico afectado por la nulidad, como el pacífico cumplimiento del contrato, que supone una confirmación tácita, a los efectos previstos en los artículos 1309, 1311 y 1313 del CC

Por el contrario algunas Audiencias Provinciales están resolviendo que la ausencia de queja ante las liquidaciones no provocan la extinción de la acción de nulidad, no existiendo, por tanto, una convalidación tácita del contrato ya que al tratarse de un negocio nulo y con ello no susceptible de ser convalidado, a tenor del artículo 1310 del CC y doctrina jurisprudencial que proclama que la confirmación sólo opera en los contratos anulables pero no en los nulos con nulidad absoluta (Sentencia de 5 de Julio de 2013 dictada por la sección primera de la Ilma. Audiencia Provincia de Álava

El segundo aspecto es sobre el plazo de prescripción o caducidad de la acción para reclamar la nulidad de los contratos por vicio de consentimiento.

Valoración jurídica de swaps Ayuntamiento de Galdar – Banco Santander

El artículo 1301 del código Civil establece que la acción de nulidad sólo durará 4 años. Este tiempo empezará a correr: en los casos de error o dolo desde la consumación del contrato

Varios pronunciamientos de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo mantienen el criterio de que estamos ante un plazo de caducidad y no de prescripción. Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de Septiembre de 2006 declaraba que la mayoría de la doctrina opina que el expresado plazo ha de calificarse como de caducidad. En cuanto al cómputo del plazo y por tanto el días a quo, existía división de opiniones entre la Audiencias; para algunas la fecha que determinaba el inicio del plazo es la de suscripción del contrato – perfección- y la mayoría que entienden que la consumación aludida en el CC debe equipararse con el agotamiento o producción de los efectos propios del contrato a que están destinados, esto es, con el momento de la realización de las prestaciones de las partes

La Sentencia del Pleno del Tribunal supremo de 12 de enero de 2015 ha resuelto la cuestión en parte. Establece que no debe confundirse la consumación del contrato con la perfección del contrato. Así la consumación del contrato tiene lugar cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes. Finalmente funda su doctrina en que el artículo 1301 del CC debe interpretarse conforme a la realidad social del tiempo en que las normas son aplicadas de forma que el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar hasta que se tiene cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. Por ello, concluye la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial de plazo de ejercicio de la acción de nulidad por error o dolo, **no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener completo y cabal conocimiento de la existencia de dicho error o dolo**

Por últimos los efectos patrimoniales de la nulidad de los contratos, con fundamento en el error padecido por el cliente disponen que las partes se restituyan las prestaciones (esto es, que la entidad financiera restituya al cliente las sumas pagadas por éste, más los intereses legales, previamente deducidas las que haya podido percibir de la entidad). En pocas ocasiones la jurisprudencia establece la eventual indemnización de daños y perjuicios causados al cliente por infracción de las obligaciones precontractuales de información exigibles

Una vez analizadas las líneas generales sobre la acción de nulidad de los contratos de swaps alegando error o dolo, de forma sucinta analizaré la situación del Ayuntamiento respecto al contrato firmado en Junio de 2010

Dentro de la documentación existente , además del contrato se adjunta un Test de Conveniencia firmado por el Alcalde realizado el 30 de Junio de 2010 de 6 preguntas genéricas donde se afirma que la empresa dispone de especialistas financieros , que mantiene fondos de inversión , depósitos estructurados etc. y que ha operado al menos 1 vez en los dos últimos años. . No consta más información al respecto.

Como ya se explicó anteriormente , dicho contrato cancela posiciones anteriores cuyo valor de mercado según la entidad financiera era de -461.232 euros pero que se acuerda sin

Valoración jurídica de swaps Ayuntamiento de Galdar – Banco Santander

coste y se contrata una permuta de tipo de interés de importe 6 millones de euros , vencimiento 02/07/2014 de forma que las cantidades a pagar durante ese periodo por el Banco son de carácter variable en función del Euribor 3 M sin diferencial mientras que el Ayuntamiento deberá abonar importes fijos (1,30 % en 2011, 3,20 % en 2012, 4,50% en 2013 y 5,73 % en 2014)

Se adjuntaba un Anexo de funcionamiento del swap redactado unilateralmente por la entidad financiera conteniendo manifestación tales como que el cliente ante el cambio de las condiciones de mercado, el swap tipo fijo escalonado se adapta mejor a sus expectativas de mercado y por eso cancela las antiguas y contrata la nueva, siendo sorprendente ya que ni el Alcalde ni su equipo tenían conocimientos específicos de dichas materias

No consta en el expediente análisis de riesgos, simulaciones y en definitiva información sobre los riesgos inherentes al contrato y que a la postre trajeran importantes pérdidas para el Ayuntamiento.

En Anexo de cómo funciona el swap , se recogía que el cliente quedaba protegido ante subidas de los tipos de interés por encima del tipo fijo, por lo que es obvio pensar que si la entidad financiera obró con responsabilidad y buena fe con su cliente , debía pensar que esa posibilidad podía existir y de esta forma aseguraba los costes financieros para el Ayuntamiento .

Es decir, el contrato recoge una visión de subida de los tipos de interés, especialmente en el periodo 2013 y 2014 ya que si de verdad dicho contrato protegiera el interés de la Corporación los tipos llegarían a ser superiores al 4,50 % y 5,73 % respectivamente. Información que choca con las previsiones que se manejaban en aquella época y con lo que aconteció

De los datos históricos que se extraen en la evolución del Euribor, hay que remontarse a muy antiguo para ver tipos de interés que superen el 5 %. De hecho al tiempo de contratar este swap, los tipos eran en torno al 0,7 % sufriendo un repunte en 2011 al 1,5 % bajando de nuevo por debajo del 1 % para 2012, 2013 y 2014(en torno al 0,2 %) **Es decir, la apuesta del Banco era contraía al sentir del mercado**

Es cierto que existe jurisprudencia que no admite la nulidad al alegar que la entidad financiera conocía la evolución de los tipos de interés y no lo comunicó, dado el riesgo que debe asumir siempre el contratante en una operación financiera aleatoria como ésta, pero también es cierto que **la entidad jugaba sobre seguro puesto que lo realmente difícil era que las liquidaciones fueran para ella negativa** produciendo una asimetría informativa y de desequilibrio en las prestaciones entre las partes. El Banco proporcionó una información sobre la evolución del mercado errónea y además en eso se basó para cancelar y contratar una nueva operación siendo un error esencial y inexcusable.

Parece más que probable que el Banco tuviera más conocimiento de la evolución de los tipos de interés a futuro que el Alcalde , de forma que la entidad financiera podría haber actuado con dolo en su modalidad omisiva o reticencia callando o no informando

Valoración jurídica de swaps Ayuntamiento de Galdar – Banco Santander

debidamente ya que conocía cualidades (evolución de tipos de interés) negativas del producto relevantes para la contraparte.

En este apartado, el deber precontractual de información está expresamente impuesto por Ley (art. 79 bis de LMV) y es un deber jurídico cualificado, haya servicio de asesoramiento (art. 79 bis .6 LMV) o no (art. 79 bis .7 LMV). La información es un presupuesto de un consentimiento libre y no viciado, con conocimiento de causa (art. 79 Bis. 3 LMV)

Lo cierto fue que el Banco decidió que los anteriores contratos de permuta a interés variable debían ser cancelados anticipando su vencimiento fijado en 2012, en favor de unos nuevos contratos a interés fijo escalonado, sin especificar el porqué de que esa estrategia fuese conveniente o en qué medida el riesgo inherente a la operación era mejor para el Ayuntamiento al pasar a interés fijo.

No es verosímil que una entidad que oferta cientos de productos similares fije azarosamente el tipo fijo escalonado para el cliente, sin un profundo estudio antes de su colocación y lanzamiento, Por tanto cabe presumir razonablemente el animus decidiendo en la fase de formación del contrato y en particular cuando se proporcionaba a los clientes información falsa o engañosa sobre las expectativas de beneficios. Si el banco hubiera revelado la información que manejaba el propio banco, a buen seguro que el Ayuntamiento no habría contratado.

La base del error de consentimiento es un falso conocimiento de la realidad capaz de dirigir la voluntad a la emisión de una declaración no efectivamente querida. Y eso es lo que ocurrió. La entidad bancaria, basando la relación de absoluta confianza que presiden las relaciones con sus clientes, donde el Director se convierte en asesor económico y confidente, y basándose el momento crítico económico por el que pasaba la Corporación con necesidad de renovar las posiciones financieras ante la imposibilidad de atender sus obligaciones económicas más esenciales, “coloco” los productos complejos que le recomendó su oficina de inversiones entre sus mejores clientes, , pero sin cerciorarse de si los productos eran los adecuados , y de los riesgos que incurrían.

La voluntad en la firma de un contrato debe manifestarse sin existir discordancia entre lo querido y lo declarado y las partes deben coincidir en lo que pretenden desde sus respectivas posiciones sobre el objeto y la causa del contrato.

Lo relevante es si cada parte se ha formado una imagen racional de lo que la otra le ha ofrecido y si conforme a ello, ha prestado su consentimiento. En nuestro caso es obvio que el Alcalde, en su raciocinio no alcanzaba a comprender lo que le ofertaban, más preocupado realmente de aliviar su problema de tesorería que de pararse a analizar los contratos de permuta

De hecho, no sólo su desconocimiento financiero contribuyó a ello, sino también la forma en que el Director y la entidad promocionaba sus productos, utilizando

Valoración jurídica de swaps Ayuntamiento de Galdar – Banco Santander

términos confusos, denominando maliciosamente como “una especie de seguro”; “una garantía que limita los gastos “

En ningún momento se explicó al Alcalde que pasaría si los tipos subyacentes bajaban o al menos no subían al vencimiento, como tendría que sufragar esas pérdidas, cuál sería el coste de cancelación del producto, condiciones muy importantes sobre la sustancia del contrato que fueron ocultadas.

Dice nuestro alto Tribunal en Sentencia de 7 de diciembre de 1966, que la voluntad declarada en el consentimiento ha de ser una voluntad real o interna. Es obvio concluir, que ante la falta de información e incluso podemos intuir que con la ocultación deliberada de información que el banco realizó ¿cómo puede tener una voluntad real y racional, producto de la inteligencia y libertad para la toma de una decisión que afecta a 6 millones de euros?

La diligencia del profesional bancario, debe ser todavía mayor en su actividad profesional, actuando de forma transparente e imparcial, de forma que no dude de que el adquirente pueda tener un conocimiento razonable de lo que contrata, y por encima de ello que no silencie datos fundamentales sobre la sustancia del mismo.

Existe error de consentimiento en los referidos contratos y además es **esencial**, puesto que carece de alguna de las condiciones que se le atribuyen y que precisamente motivó la celebración del negocio jurídico. Y además fue excusable, puesto que no fue imputable a la Corporación quien en ningún momento desconfiaba de que los productos que le vendieron ocultaban realmente ir en contra las previsiones que maneja el propio Banco sobre la evolución de los tipos de interés

Por ello, en el presente caso **debe apreciarse la existencia de error en el consentimiento prestado** por el Alcalde, sin conocimiento sobre los swaps, y amenazado por la renovación de las líneas de financiación que mantenía, **no tuvo más opción que allanarse a los deseos del Director** cuando éste le propuso suscribir los contratos de permuta financiera nuevos y cancelación de los anteriores

Esa necesidad económica imperiosa de la Corporación por tener que firmar aquello que le ponían el Banco encima de la mesa, **distorsionó la libertad para contratar y se alinea con lo dispuesto en términos de aprovechamiento por un contratante de la situación de necesidad, apremio, inexperiencia o circunstancias angustiosas padecidas por su contraparte.**

Ante ello, y dado que el Banco llevó al Alcalde ante esta situación, la conducta del Banco es reprochable y en defecto de una respuesta legal general, cabría declarar la inmorality del aprovechamiento y con ello la nulidad del contrato por causa inmoral (artículo 1276 y 1306 CC)

Si bien este tipo de acciones civiles en el caso de actuar como contraparte un particular han tenido una respuesta positiva de los Tribunales en los últimos años, diferente es cuando el contratante es una sociedad o como en este caso una entidad local.

Valoración jurídica de swaps Ayuntamiento de Galdar – Banco Santander

Las entidades bancarias en estos casos aluden en su oposición a la nulidad alegando que el perfil de la sociedad (en nuestro caso Ayuntamiento) es cualificado teniendo gran experiencia bancaria y por tanto con suficientes conocimientos financieros.

También se oponen a admitir que comercializaban un producto que vendían como un seguro puesto que el contrato tiene suficientes explicaciones sobre el funcionamiento e incluso advertencias sobre a los posibles riesgos y que en definitiva lo que sucedió es que la situación económica del país sorprendió a las entidades financieras en cuanto a la evolución de los tipos de interés

En este sentido destaca la Sentencia de 20 de Junio de 2011 de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca Sección Quinta que estimó vicio de consentimiento en el momento de contratar con el Banco Santander *por no haber tenido el cliente una previsión razonable del comportamiento futuro del tipo variable de referencia .Sólo así puede el cliente valorar con conocimiento de causa si la oferta del banco , en las condiciones de tipos de interés, período y cálculo propuestas , satisface o no su interés. Continúa la Sentencia diciendo que simplemente no puede ser que el cliente se limite a dar su conocimiento , a ciegas , fiado en la buena fe del Banco , a unas condiciones cuyas efectivas consecuencias futuras no puede valorar con proporcionada racionalidad por falta de información mientras que el Banco si la posee*

En definitiva, lo cierto que el banco no informó de forma adecuada sobre los riesgos inherentes en este complejo producto, suscribiendo una permuta de tipo de interés a tipo fijo escalonado, en donde durante el periodo de vigencia del contrato si los tipos de interés se mantenían obtenían grandes beneficios y aun conociendo que las expectativas de movimiento del mercado eran esas, lo omitió, causando desembolsos y pérdidas al Ayuntamiento por importes superiores a 700.000 euros en su totalidad

Por último, cabe añadir que la naturaleza de administración pública de la entidad local dificulta la prueba de demostrar la falta de conocimientos específicos, base de la defensa del error en el consentimiento, sin que exista demasiada jurisprudencia al respecto.

De hecho las entidades financieras con el fin de resaltar el carácter inexcusable del error sufrido, alegan que tratándose entidades públicas, tienen una obligación de diligencia reforzada, especialmente en relación con actos de contenido económico que afecten a presupuestos públicos

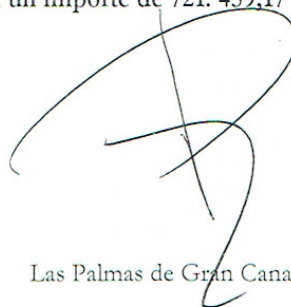
Sin embargo la **Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja , de 31 de Julio de 2013** donde la parte actora fue el Ayuntamiento de Rincón de Soto contra CAJA RURAL DE NAVARRA establece que el Ayuntamiento es una entidad de carácter público a efectos administrativos y no a efectos financieros bancarios por lo que concluye que no tiene los conocimientos suficientes para entender y asumir este tipo de contratos ni el riesgo que conllevan estos productos (por parte de sus representantes , y en especial del Alcalde que firmó os contratos) sobretodo del Euribor y su posible evolución al alza o al baja .

Valoración jurídica de swaps Ayuntamiento de Galdar – Banco Santander

5. CONCLUSIONES

En base a lo analizado y con la información proporcionada por el Ayuntamiento de Galdar cabe concluir que:

- La adjudicación del Contrato Marco de Operaciones Financieras (CMOF) de 30 de Abril de 2004 y los sucesivos contratos de permuta financiera de tipo de interés de 18 de Abril de 2008 y 30 de Junio de 2010 suscritos entre el Ayuntamiento de Galdar y el Banco de Santander es **nula de pleno derecho** por las razones expuestas en el cuerpo de este informe
- Cabe la formulación de acción de nulidad – jurisdicción civil - de los contratos por vicio en el consentimiento por error si bien existen lagunas tanto materiales históricas en cuanto a la información disponible o los términos de la negociación , e incertidumbre de resultado - la pretensión sea favorable- entre otras por la naturaleza de la entidad y la poca jurisprudencia existente al respecto en este tipo de operadores económicos, , la existencia de operaciones previas y la posible confirmación tácita que se alegara de la contraparte al haber finalizado el contrato sin queja alguna
- De entender por parte de la Corporación que existe base suficiente de reclamación civil, se debería interponer acción de nulidad de los contratos y por tanto, solicitud de reembolso o reintegro de las cantidades satisfechas indebidamente y que en términos netos, de acuerdo a la información suministrada alcanzaron un importe de 721. 459,17 euros



Las Palmas de Gran Canaria a 8 de Julio de 2016

Pablo de la Vega Viñambres
Abogado y Economista

VYA ABOGADOS
Plaza Hurtada de Mendoza 1
Las Palmas de Gran Canaria

17

pablo@abogadosvya.com
fax 928433690



Parlamento de Canarias