



Fecha de notificación 08/11/2016

JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-
ADMINISTRATIVO Nº 2
C/ Málaga nº2 (Torre 1 - Planta 3ª)
Las Palmas de Gran Canaria
Teléfono: 928 11 61 56
Fax.: 928 42 97 12
Email.: conten2lpgc@justiciaencanarias.org

Procedimiento: Procedimiento ordinario
Nº Procedimiento: 0000238/2013
NIG: 3501645320130001362
Materia: Otros actos de la Admon
Resolución: Sentencia 000266/2016
IUP: LC2013009774

<u>Intervención:</u>	<u>Interviniente:</u>	<u>Abogado:</u>	<u>Procurador:</u>
Demandante	Banco Santander		Armando Curbelo Ortega
Demandado	Ayuntamiento de Arrecife	Ignacio Calatayud Prats	Maria Sonia Ortega Jimenez

SENTENCIA

En Las Palmas de Gran Canaria, a 2 de noviembre de 2016.

Visto por el Ilmo. Sr./Sra. D./Doña ESPERANZA RAMÍREZ EUGENIO, MAGISTRADO/A-JUEZ del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 2, el presente Procedimiento ordinario 0000238/2013, tramitado a instancia de D./Dña. BANCO SANTANDER, representado/a por el/la procurador/a D./Dña. ARMANDO CURBELO ORTEGA y asistido/a por el/la abogado D./Dña. Javier García sanz; y como demandado/a el/la AYUNTAMIENTO DE ARRECIFE, representado/a por e/la Procurador/a D/Dña. MARIA SONIA ORTEGA JIMENEZ, y asistido/a por el/la abogado/a D./Dña. IGNACIO CALATAYUD PRATS, versando sobre Otros actos de la Admon, siendo la cuantía del procedimiento indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de la parte actora, se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución dictada por el Ayuntamiento de Arrecife por la que se declara la nulidad del contrato marco financiero de fecha 15/4/2004, suscrito entre el Ayuntamiento y el Banco Santander, así como de ciertos contratos de confirmación de permuta financiera de tipos de interés suscritos

Admitido a trámite el recurso, se acordó reclamar a la Administración el correspondiente expediente.

SEGUNDO.- Recibido el expediente, se dio traslado del mismo al recurrente, quien formalizó demanda, dándole plazo de veinte días a la Administración demandada para que la contestara, lo cual verificó. Recibido el pleito a prueba, se practicaron las declaradas pertinentes, con el resultado que obra en autos, tras lo cual, previas conclusiones de las partes, se declararon conclusos para Sentencia.

TERCERO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la parte recurrente se solicita el dictado de una Sentencia por la que se declare la nulidad de la resolución impugnada, o, subsidiariamente, se anulen parcialmente los pronunciamientos de aquella declarando que las partes habrán de remitirse a la jurisdicción civil para resolver la controversia, declarando el derecho del Banco Santander a ser indemnizado por los perjuicios que se le han causado





De contrario, la Administración interesa la desestimación del recurso, por ser el acto ajustado a derecho

SEGUNDO.- El presente recurso contencioso-administrativo, tiene por objeto la resolución que acuerda la revisión de oficio acordada por el Ayuntamiento, al amparo de lo dispuesto en el artículo 102 de la Ley 30/92, de 26 de Noviembre.

Dicho precepto señala:

1. Las Administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el art. 62.1 Téngase en cuenta que el art. 22.10 LOCE dispone que la emisión del dictamen compete a la Comisión Permanente del Consejo de Estado y que la competencia para la revisión de oficio en la Administración del Estado está regulada por la Ley 16ª LOFAGE..
2. Asimismo, en cualquier momento, las Administraciones públicas de oficio, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma si lo hubiere, podrán declarar la nulidad de las disposiciones administrativas en los supuestos previstos en el art. 62.2.
3. El órgano competente para la revisión de oficio podrá acordar motivadamente la inadmisión a trámite de las solicitudes formuladas por los interesados, sin necesidad de recabar dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, cuando las mismas no se basen en alguna de las causas de nulidad del art. 62 o carezcan manifiestamente de fundamento, así como en el supuesto de que se hubieran desestimado en cuanto al fondo otras solicitudes sustancialmente iguales.
4. Las Administraciones públicas, al declarar la nulidad de una disposición o acto, podrán establecer, en la misma resolución, las indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados, si se dan las circunstancias previstas en los arts. 139.2 y 141.1 ▼ art.139.2 EDL 1992/17271 art.141.1 EDL 1992/17271 de esta Ley; sin perjuicio de que, tratándose de una disposición, subsistan los actos firmes dictados en aplicación de la misma.
5. Cuando el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, el transcurso del plazo de tres meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá la caducidad del mismo. Si el procedimiento se hubiera iniciado a solicitud de interesado, se podrá entender la misma desestimada por silencio administrativo.

En el presente caso, la administración acuerda la nulidad de los siguientes contratos:

-El de 15 de abril de 2004 (vencimiento 19 de abril de 2005), 15 de marzo de 2005 (con vencimiento el 15 de marzo de 2007, swap bonificado 3x12 con barrera knock-in arrears, por un importe nominal de 30.000.000,00 euros), 26 de enero de 2007 (con vencimiento al 30 de enero de 2011, swap bonificado reversible de media, por importe de 30.000.000,00 de euros), 19 de marzo de 2008 (se hace constar que no se posee este contrato pero su existencia se hace constar en el contrato de 18 de septiembre de 2009); y de 18 de septiembre de 2009 (swap tipo fijo escalonado, por importe de 30.000.000,00 euros, actualmente en vigor).





La administración acuerda anular el Contrato Marco (CMOF) y posteriores contratos de confirmación de permuta financiera (SWAP) por concurrir defectos insubsanables –de competencia, procedimiento y de voluntad- que obligan a anular los compromisos asumidos por la sola firma de la Alcaldesa y Concejal.

El consejo consultivo se pronuncia a favor de la nulidad del contrato, y hace en su dictamen 157/2013 un análisis del tipo de contrato ante el que nos encontramos.

Así expone:

“no existe una definición legal de los contratos de permuta financiera o «swaps» ni una regulación específica en nuestro ordenamiento jurídico.

Es una modalidad contractual importada del derecho anglosajón que algunos autores han incluido dentro de los contratos parabancarios. La doctrina ha dado varias definiciones de los contratos de swap, según Alonso Soto la operación de Swap puede definirse como una transacción financiera en virtud de la cual diversos organismos o empresas acuerdan intercambiarse flujos de pagos en el tiempo con la mutua suposición de verse ambos favorecidos en el trueque. Por su parte, Costa Ran y Font Vilalta la definen como una transacción financiera en la cual dos partes contractuales acuerdan intercambiar extremos de pagos (cargas financieras) o cobros (activos) en el tiempo o Manuel Santaella López habla de contrato por el cual las partes se comprometen a hacerse pagos recíprocos en fechas determinadas fijándose las cantidades que han de pagarse en base a unos varemos o módulos objetivos.

Hay varias modalidades de swaps, de intereses, mixtos, dividas, de commodities o de materias primas y de acciones. En los swaps de intereses, (...) las dos partes(banco y cliente) acuerdan intercambiarse mutuamente pagos periódicos de intereses en la misma moneda y calculados sobre un mismo principal nominal pero con tipos de referencia distintos (fijo contra variable o variable contra variable) durante un período de tiempo establecido. No existen pagos recíprocos sino que las partes acuerdan compensar los saldos respectivos y el que salga perjudicado por la compensación se obliga a pagar a la contraparte la cantidad que resulte de aquella.

Toda operación de swap depende de un contrato marco o contrato de compensación de operaciones financieras (CMOF) redactado y aprobado por la Asociación Española de Banca (AEB) y Confederación Española de Cajas de Ahorro (CECA) (...).

Tal y como se deduce de su articulado el CMOF es un contrato independiente que no se encuentra vinculado a ninguna otra operación o contrato bancario existente entre las partes, por lo que libremente han pactado su formalización y al amparo del mismo la posibilidad de realizar una serie de operaciones de naturaleza financiera enumeradas en el contrato marco mediante el correspondiente documento de confirmación y que con forman una única obligación jurídica. Las permutas financieras vinculadas a intereses no son sino una de las posibles manifestaciones u operaciones amparadas por el contrato marco, es decir, una más de las confirmaciones que las partes pueden ir suscribiendo”.

Igualmente, la Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales de los últimos años ha analizado, prolijamente, este tipo de contratos, a los que califica de aleatorios o especulativos, de alto riesgo y complejos (SAP de Barcelona (Sección 16ª) num. 516/2012 de 5 julio, AC\2012\1364). Así, se viene a definir a los swaps de la manera siguiente:

“Tal como ha venido siendo determinado por la doctrina, los contratos de permutas financieras o Swaps (etimológicamente intercambios), que es como se va a definir, por esta Sala, el





contrato a partir de ahora, son productos financieros derivados, es decir, que su valor depende de otro valor de referencia. Los Swaps provocan una técnica financiera de hedge u ocultación para paliar o minimizar ciertos riesgos que son asumidos por el otro contratante (la Swap counter party), a cambio de que el primero asuma los riesgos del segundo o a cambio de otra prestación. Estos riesgos suelen ser, el de oscilaciones de moneda, el del tipo de interés - como el caso que nos ocupa- o el de incumplimiento contractual.

Según el Anexo II del contrato marco de operaciones financieras 2009, de la Asociación Española de la Banca, permuta financiera de tipos de interés, es «aquella operación por la cual las partes acuerdan intercambiarse entre sí el pago de cantidades resultantes de aplicar un tipo fijo y un tipo variable sobre un importe nominal y durante un periodo de duración acordado».

Sigue diciendo el órgano consultivo que ni el Contrato Marco ni los contratos financieros suscritos a su amparo, aun siendo contratos privados, resultan totalmente ajenos a las reglas de contratación administrativa, que son las que ordenan su preparación y adjudicación, sea cual fuere la Ley de aplicación.

Igualmente destaca que su naturaleza administrativa es un límite a la libertad de pactos y condiciones con que cuenta la Administración a la hora de contratar, que, en todo caso, no puede ser “contraria al interés público, al Ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración” (art. 4 TRLCAP, art. 25.1 LCSP, y art. 25.1 TRLCSP). También son límite del ius contrahendi “la libertad de acceso a las licitaciones, la publicidad, la transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos” así como “asegurar, en conexión con el principio de estabilidad presupuestaria y control de gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la (...) contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta más ventajosa” (art. 1 LCSP y art. 1 TRLCSP).

TERCERO.- Tomando como punto de referencia lo anteriormente expuesto, debemos entrar en el análisis de las causas de nulidad invocadas por la administración.

En Primer lugar, en lo que a la falta de competencia de la Alcaldesa y del Concejal de Hacienda para la suscripción del contrato, la parte actora sostiene en su escrito de demanda, que el contrato se suscribe con el representante de la corporación, que es el Alcalde al amparo del art 21 de la LBRL, y que también puede tener funciones delegadas del pleno.

El Contrato Marco fue firmado el 15 de abril de 2004, cuando estaba vigente el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

La disposición adicional segunda de esta Ley atribuye al Alcalde la competencia para suscribir entre otros los contratos “especiales y privados” siempre que 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, incluso los de carácter plurianual” (apartado 1), siendo el Pleno el “órgano de contratación respecto de los contratos no mencionados en el apartado anterior” (apartado 2). Tal Ley derogó [disposición derogatoria única. b)] los arts. 21.1.ñ) y p), 22.1.ñ) y o) y 33.2.l) y n) y 34.1.k) y m) de la Ley de Bases de Régimen Local, todos ellos relativos a competencia orgánica en materia de contratación de los entes locales.

Por tanto, siguiendo lo manifestado por el informe del Consejo Consultivo, no cabe la menor duda de que la competencia para suscribir un contrato privado de 30.000.000 de euros — no





es del Alcalde, sino del Pleno.

La incompetencia del Alcalde es manifiesta, es decir, "incompatible con cualquier interpretación jurídica o exigencia de esfuerzo dialéctico" (SSTS de 25 de enero de 1980, RJ 1641; 12 de noviembre de 1980, RJ 4060; 15 de diciembre de 1980, RJ 6004; 28 de enero de 1981, RJ 24; 18 de octubre de 1982, RJ 6389; 25 de octubre de 1982, RJ 5085; 18 de octubre de 1983, RJ 5239; 23 de marzo de 1984, RJ 2525; 24 de abril de 1985, RJ 2233; 12 de junio de 1985 RJ 3216; 20 de febrero de 1990 144 30 de octubre de 1992 RJ 8263 y 10 de noviembre de 1992 RJ 8664);

Así lo declara el Consejo Consultivo tras analizar la normativa aplicable poniendo de manifiesto que la incompetencia debe resultar de forma palpable, sin necesidad de esfuerzo especial. Debe ser, en suma, evidente. No excusa que para llegar a tal punto deba efectuarse una somera interpretación jurídica, pero ésta debe limitarse a ser literal o gramatical; cualquier otra haría que la competencia ya no fue evidente sino dudosa, por ello, discutible y ya no sería manifiesta. Concorre la incompetencia manifiesta cuando "la competencia viene atribuida por un precepto legal con carácter expreso y de forma exclusiva e indelegable" (STS de 11 de enero de 2008) a un órgano preciso.

En este caso, ni siquiera se genera duda por el Derecho transitorio de las Leyes concurrentes (LRBRL y TRLCAP/LCAP/LCSP/TRLCS), pues su regulación en esta materia siempre ha sido uniforme: la competencia contractual del Pleno y Alcalde se mide en razón del porcentaje del contrato respecto de los recursos ordinarios de la Corporación (5/10%) y/o 6 millones de euros). El presente contrato tiene un precio de 30.000.000 euros, por lo que la competencia es sin duda del Pleno.

Tal incompetencia manifiesta debe serlo por razón de la materia o del territorio. Lo que excluye la incompetencia jerárquica, pues el órgano superior puede convalidar la actuación del órgano inferior incompetente (SSTS de 10 de marzo de 1987, RJ 3526; 12 de diciembre de 1986, RJ 1548 y 22 de mayo de 1992, RO 4460). Pero la relación entre Alcalde y Pleno no es estrictamente de jerarquía, pues cada uno de los citados órganos se mueve en el plano de sus respectivas competencias. Por ello, cuando el Alcalde o la Comisión de Gobierno invade las competencias del Pleno "concorre incompetencia manifiesta" (SSTS de 3 de marzo de 1982 y de 30 de marzo de 1994), pues "cada uno de los órganos de una Corporación Local no son sino encarnaciones concretas y diferenciadas de la personalidad jurídica de la entidad y que actúan paralela y separadamente sin escalonamiento jerárquico de sus competencias".

El Contrato Marco fue suscrito por la Alcaldesa, que se identifica por nombre, mecanografiado, firma y sello de la Alcaldía. La confirmación de permuta de 15 de abril (que al parecer no se llevo a cabo) está asimismo firmada por la Alcaldesa, nombre, manuscrito, misma rúbrica y sello de la Alcaldía. El de 26 de enero de 2007, por alguien que no se identifica (rúbrica ilegible y sin sello de la Alcaldía); el de 19 de marzo de 2008 y su Anexo I, firma ilegible, distinta de la anterior, y sello de la Alcaldía.

Del informe de Intervención, de 3 de febrero de 2007, se desprende que en su día el Concejale de Hacienda había firmado contratos de permuta, "a los que nadie se había opuesto". Quizás porque se hizo sin publicidad y total falta de transparencia, habría que añadir. La Propuesta se para en simplemente reconocer que las firmas son irreconocibles, pero no parece que sea difícil comprobar la firma de los Concejales en las fechas de suscripción de los referidos contratos —especialmente los de Hacienda— e inquirirles sobre su competencia para hacerlo; si les había sido delegada la competencia o se excedieron de la delegación; y sobre la falta absoluta de procedimiento. No basta con concluir que el Pleno era el competente y que los que





intervinieron en su lugar carecían de competencia. Hay que ir más allá, por si no solo hubiera incompetencia manifiesta sino responsabilidades de otra naturaleza.

En cualquier caso, la claridad de los vicios hace innecesaria su intervención en este momento. Una vez dictada la Resolución definitiva, se debiera abrir el correspondiente procedimiento de responsabilidad.

La anterior conclusión presupone una premisa: que el Pleno, que es el órgano competente, no hubiera delegado las funciones de contratación al amparo del art. 51 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Entidades Locales, aprobado por R.D. 2568/1986, de 28 de noviembre (ROF); delegaciones que permanecerían vivas aunque hubiera cambio corporativo (art. 114 ROF), salvo que se hubiera conferido la delegación con tal limitación temporal (art. 118 ROF).

Desde luego, este análisis realizado por el Consejo Consultivo resulta rotundo y es plenamente compartido por este juzgado, llevándonos sin más a considerar que la nulidad del contrato es patente ya que el órgano que lo suscribe es manifiestamente incompetente.

Pero es que además, del análisis de las actuaciones, así como de lo también puesto de manifiesto por el Consejo Consultivo en su informe, y por la propia resolución impugnada, la nulidad al contrato le viene por la inobservancia de las normas más elementales del procedimiento.

En este sentido, las manifestaciones del Consejo Consultivo que este juzgado suscribe en su integridad, no pueden ser más contundentes, tanto en la naturaleza administrativa del contrato, que antes ya reflejamos en esta sentencia, como en cuanto a la inobservancia de las normas esenciales del procedimiento que le son aplicables. Así manifiesta aquel órgano:

“En el presente caso, no hay duda alguna. No es que se hayan dictado algunos actos en el contexto de un procedimiento del que sí se han cumplimentado otros y tengamos que decidir si los omitidos constituyen una omisión tan esencial que constituyen un vicio de nulidad o, por el contrario, de anulabilidad no necesariamente invalidante, por afectar los actos omitidos a elementos no esenciales del procedimiento. No se trata de esto. Tampoco que se haya seguido un procedimiento distinto del exigido legalmente. Es que no ha habido trámite alguno, ni esencial ni accesorio, sino pura y simple expresión de una manifestación de voluntad, infundada, que se exterioriza mediante la rúbrica de los contratos de servicios reseñados. No se realizó ningún acto de preparación ni de adjudicación. No hubo, pues, expediente que a estos efectos se integra por “la necesidad de consignación presupuestaria (...), la competencia (...), las cláusulas administrativas y técnicas (...) y la aprobación del gasto (...), la fiscalización previa (...) la adjudicación del contrato atendiendo a los principios de publicidad y concurrencia (...)” (STSJ de Andalucía de 30 de marzo de 2007, RJCA 2007/480, con cita de la STS de 16 de noviembre de 12983, RJ 1983/6117). Sólo hubo “formalización del contrato”, por lo demás probablemente viciado en su consentimiento y causa.

No es menester insistir más para concluir que si hay un caso en el que ha habido total y absoluta postergación del procedimiento legalmente establecido es éste. “

Por último, en cuanto a que la revisión del contrato vulnera las normas de la buena fe y causa perjuicios a terceros, contraviniendo lo previsto en el art 106 de la ley 30/1992, cabe señalar:

El artículo 106 de la Ley 30/1992 dispone, bajo la rúbrica «límites de la revisión», que «las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el





tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes». Es decir, si de un lado, en el artículo 102 de la Ley se establece la posibilidad de proceder a la revisión de oficio, o a solicitud de parte interesada (artículo 118 de la misma ley), sin plazo (en cualquier momento), pese a no haber recurrido en el plazo de dos meses tras la notificación expresa, en el artículo 106 se establece la posibilidad de que su ejercicio se modere por la concurrencia de las circunstancias que allí se prevén.

La sentencia de la Sala, sección segunda, de 17 de enero de 2006 (RJ 2006, 2741) sostiene en su fundamento jurídico cuarto que: «La revisión de los actos administrativos firmes se sitúa entre dos exigencias contrapuestas: el principio de legalidad, que postula la posibilidad de revocar actos cuando se constata su ilegalidad, y el principio de seguridad jurídica, que trata de garantizar que una determinada situación jurídica que se presenta como consolidada no pueda ser alterada en el futuro. El problema que se presenta en estos supuestos es satisfacer dos intereses que son difícilmente conciliables, y la solución no puede ser otra que entender que dichos fines no tienen un valor absoluto. La única manera de compatibilizar estos derechos es arbitrando un sistema en el que se permita el ejercicio de ambos. De ahí que en la búsqueda del deseable equilibrio el ordenamiento jurídico sólo reconozca la revisión de los actos en concretos supuestos en que la legalidad se ve gravemente afectada y con respeto y observancia de determinadas garantías procedimentales en salvaguardia de la seguridad jurídica, y todo ello limitando en el tiempo el plazo para ejercer la acción, cuando los actos han creado derechos a favor de terceros»..

En el presente caso no puede invocarse esta circunstancia ya que, tal y como igualmente se hace constar por el órgano consultivo, no se pueden ocultar las prácticas contrarias a la buena fe de la entidad financiera, experta en la materia y, sobre todo, en productos financieros especulativos, obra suya. Conocía la evolución futura de los indicadores de los que dependía la obtención de sus beneficios, sin arriesgar en consecuencia más que el papel en el que se formalizaron los contratos, y por ello contrataba sobre seguro, aprovechándose de la ignorancia, incompetencia, temeridad, negligencia y hasta buena fe de cuantos intervinieron, por acción u omisión, en tal contratación.

En cuanto a la petición subsidiaria de que se proceda a establecer una indemnización a favor del demandante, entiendo que excede del pronunciamiento que afecta a esta sentencia, siendo una cuestión que deberá plantearse si así se considera de forma expresa ante la administración o reclamarse por una vía distinta, ya que esta sentencia tiene por objeto la revisión de un acto que declara la nulidad radical del contrato, y ese es el objeto que delimita el alcance de esta Litis.

Por todo lo expuesto, procede sin más la íntegra desestimación del presente recurso.

TERCERO.- Al ser íntegramente desestimada la demanda, se imponen las costas a la parte actora, según el artículo 139 LJCA, sin que su cuantía pueda exceder de 1.500 euros.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que **DESESTIMO** el recurso interpuesto por la representación de Banco Santander, imponiéndole el pago de las costas procesales.

Notifíquese a las partes haciéndoles saber que contra esta resolución cabe interponer recurso de apelación, en un solo efecto, ante este Juzgado, en el plazo de quince días, que será





resuelto por el Tribunal Superior de Justicia siendo indispensable que el recurrente acredite, al interponerlo, haber consignado la cantidad de 50 euros, en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado, en la entidad Banesto núm 3508 0000 22 0238 1.

Llévese testimonio a los autos y archívese el original, devolviéndose el expediente a su lugar de origen una vez firme.

Así por esta mi Sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior resolución por la Sra. Magistrado-Juez que la suscribe, estando la misma celebrando audiencia pública en el día de su fecha, doy fe.

