

**Solicitante:** Cabildo Insular de Tenerife

**Consulta 03/2015**, relativa a aclaración sobre determinados aspectos relacionados con lo dispuesto en el artículo 48 del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales.

**Acuerdo Plenario:** 24 de noviembre de 2015

**Texto:**

La consulta en cuestión viene referida a dos aspectos. En primer lugar, si la cobertura de tipos de interés, cuyas liquidaciones se calculen en base a la deuda viva de los préstamos que cubren y en las mismas fechas de vencimiento que estos, están excluidas o no de la normativa de contratación, en base al artículo 4.1 I) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, y, en segundo lugar, si a la aprobación y firma de los contratos de cobertura de tipos de interés o de los contratos marco de operaciones financieras (CMOF) que los sustentan deben tener o no el tratamiento de gasto plurianual, conforme a la normativa local, cuando abarquen un periodo superior a un año, y si la aplicación al presupuesto de las liquidaciones de las coberturas de tipos debe realizarse como gastos plurianuales, es decir, con cargo a documentos de Autorización-Disposición de gastos (AD) de ejercicios futuros previamente aprobados, o sí, por el contrario, deben registrarse por el neto anualmente a través de documentos de Autorización-Disposición-Obligaciones de Pago (ADO o ADOK en la Administración General del Estado), si la liquidación resulta a pagar, o a través del documento contable de ingreso correspondiente, en el caso de que la liquidación resulte a cobrar.

En relación con el primer aspecto, la resolución de la cuestión planteada remite, en primer lugar, al análisis, en el contexto de las Administraciones Públicas, de los "swaps" (permutas financieras), instrumento financiero derivado, integrado en la tipología de contratos de cobertura de intereses, y definidos por la misma Audiencia Nacional (SAN, de 15 de julio de 2013) como "*instrumentos financieros complejos*".

Genéricamente, y atendiendo a los criterios determinados por la propia Comisión Nacional del Mercado de Valores, se podría decir que el swap es un contrato por medio del cual dos partes, (con intereses contrapuestos o valoraciones opuestas sobre las posibilidades de variación de diferentes tipo de "*activos subyacentes* ": divisas, tipos de interés, cotización de valores negociables, materias primas, índices bursátiles, etc.), se comprometen a realizar una serie de pagos y/o cobros durante un periodo de tiempo por ellas determinado, que se hacen depender del devenir del precio del subyacente escogido.

De esta forma, según su "*subyacente*", en el ámbito financiero, se han distinguido las siguientes especies genéricas, de un producto que ha sido "importado" del mundo anglosajón: 1.- "*Currency swap* ", (o swap de divisas), por medio del cual dos partes acuerdan hacerse cobros y pagos dependiendo de la cotización de una divisa en concreto. 2.- "*Interest*

*rate swap* " (o swap de tipos de interés), por medio del que dos partes acuerdan hacerse cobros y pagos que dependerán del tipo de interés que se acuerde en el contrato y que esté vigente en cada momento. 3°.- "*Equityswap* " (o swap de valores admitidos a negociación en mercados oficiales), a través del cual las partes se harán de nuevo cobros y pagos, dependiendo de la cotización del valor escogido. 4o.- "*Commodity swap*" (o swap de materias primas), en virtud del cual las partes se harán los pagos correspondientes según la variación del precio de la materia prima objeto del swap. 5°.- "*Index swap* " (o swap de índices bursátiles), por el que las partes se realizarán los mencionados cobros y pagos basándose en la variación del índice de referencia.

Las particularidades de tan complejo, como singular y aleatorio, instrumento financiero y contractual, ha generado, en su aplicación, algunos problemas, lo que ha determinado, en los últimos tiempos, un mayor y profuso tratamiento jurisprudencial, que lo ha ido delimitando en sus características.

En este sentido, atendiendo a las principales características que definen la permuta financiera: "aleatoriedad y riesgo" (STJCE, de fecha 30 de mayo de 2013, STS, de 15 de septiembre de 2015), el legislador español y los órganos jurisdiccionales han establecido una nítida diferencia entre dos grandes tipos de "swaps".

En este punto, es importante partir de los criterios que se han ido formulando, fundamentalmente, por algunos órganos judiciales, así la Audiencia Provincial de Burgos, en Sentencia de 19 de mayo de 2011, ha expresado: "*El Swap de intereses o permitía financiera de tipos de interés es un contrato de regulación detallada, que sin embargo aparece mencionado en el artículo 2 de la Ley del Mercado de Valores, al cual por lo tanto le es de aplicación. Su contenido y características no vienen definidos por la ley sino por el uso que se ha hecho del mismo en la contratación mercantil. Podemos decir que los Swaps son contratos en los que las partes acuerdan intercambiar entre sí flujos de caja futuros que obtendrán sobre un determinado nominal pactado en el contrato, y que se referencia a alguna variable, como puede ser un tipo de interés, una determinada divisa, etc. .Son derivados financieros, llamados así porque su principal característica estriba en que su valor depende de otro activo o índice. El activo o índice que lo condiciona es denominado activo subyacente, pudiendo ser éste de muy diversa naturaleza (así, el patrón oro, materias primas, tipos de interés, divisas, etc.). De esta forma, su valor cambia en correlación con las variaciones de precio del activo subyacente y se liquidan en una fecha futura, de manera única o periódica...*".

A partir de este concepto, dentro de los Swaps, se distingue por la citada Sentencia entre: 1º.- el swap de intereses, no conectado a otra operación bancaria o material y 2º.- aquél que resulta vinculado a otra operación, generalmente, de endeudamiento, y a la que prestaría cobertura. Éste segundo tipo se caracterizaría por tener un carácter menos especulativo y más garantista que el primero, permitiendo "*mayor equilibrio*" entre las partes.

De igual manera, la Audiencia Provincial de Salamanca, sección 1ª, en su Sentencia de 20 de abril de 2012 declara; "... *El Swap de intereses o permuta financiera de tipos de interés es un contrato carente de una regulación detallada, que sin embargo aparece mencionado en el artículo 2 de la Ley del Mercado de Valores, al cual por lo tanto le es de aplicación. Su contenido y características no vienen definidos por la ley sino por el uso que se ha hecho del mismo en la contratación mercantil. Podemos decir que los Swaps son contratos en los que las partes acuerdan intercambiar entre sí flujos de cajas futuros que obtendrán sobre un determinado nominal pactado en el contrato, y que se referencia a alguna variable, como puede ser un tipo de interés, una determinada divisa, etc...Son derivados financieros, llamados así porque su principal característica estriba en que su valor depende de otro activo o índice. El activo o índice que lo condiciona es denominado activo subyacente, pudiendo ser éste de muy diversa naturaleza (así, el patrón oro, materias primas, tipos de interés, divisas, etc. De esta forma, su valor cambia en correlación con las variaciones de precio del activo subyacente y se liquidan en una fecha futura, de manera única o periódica.*

*Dentro de los Swap, el llamado swap de intereses es aquel en el que las partes acuerdan pagarse recíprocamente los intereses de un nominal, que para una de las partes es un tipo fijo y para la otra un tipo variable. ... Dicho así, el producto parece un mero producto especulativo o de inversión,... No obstante lo anterior, el swaps de intereses puede servir para otra finalidad cuando se vincula a operaciones de endeudamiento ya existentes entre las mismas partes que firman el swap. En estos casos la firma del swap tiene la virtualidad de asegurar al cliente, que tiene una deuda con el banco referenciada a un tipo variable, un interés fijo por todo el montante de esa deuda, al menos por la parte de la deuda que coincida con el nominal del swap. Este es el efecto que normalmente tiene los swaps de intereses cuando son productos ofrecidos por las entidades financieras a sus clientes. Para la entidad financiera es una operación de inversión, de carácter netamente especulativo, pero para el cliente es una operación que le asegura de las fluctuaciones o cambios de interés (así. SAP de Burgos, sección 3ª, de 19 de mayo de 2011)".*

Esta clasificación, que corrobora el Tribunal Supremo al distinguir, con los mismos criterios, entre: "*swap vinculado y desvinculado*" (STS, Sala 1ª, de 9 de enero de 2013), reviste una sustancial importancia cuando este instrumento es utilizado en el ámbito de las operaciones financieras del sector público, tal y como ya se indicara por este Servicio Jurídico en informe 2/2014, de 6 de mayo, y como ha manifestado en múltiples ocasiones el Consejo Consultivo de Canarias (Dictámenes: 157/2013, 389/2013...).

En segundo lugar, la permuta financiera, dada su naturaleza jurídica, deberá de ser analizada desde una doble perspectiva del derecho público: legalidad financiera y contractual.

#### A. Legalidad financiera:

La transposición al derecho español de la Directiva 2002/47/CE, de 6 de junio, sobre

"acuerdos de garantía financiera inserta en el ámbito de las operaciones financieras que pueden ser realizadas por el sector público", generalizó la aplicación en aquel sector de los instrumentos financieros previstos en el artículo 2.2 de la Ley 24/1988, reguladora del Mercado de Valores, entre las que se encuentran los contratos de opciones, futuros, permutas financieras, acuerdos de tipo de interés a plazo y otros contratos de instrumentos derivados, índices financieros o medidas financieras que pueden liquidarse en especie o en efectivo.

La Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, remite de forma clara y expresa a este instrumento financiero, en el ámbito del Tesoro Público, con una finalidad fundamentalmente garantista o de cobertura de las emisiones de deuda y préstamos, y por lo tanto con un fin limitativo del riesgo cambiarlo, tal y como resulta de lo dispuesto en los artículos 96.b) y 101 del mismo cuerpo legal.

En este sentido, señala Enrique Ontiveros Rodríguez en la Revista de Auditoría Pública nº53 (2011) ("Principales novedades del CMOF 2009"): *"Durante la última década, el número de operaciones fuera de balance se ha incrementado en todos los mercados financieros internacionales, unas veces con fines especulativos, y otras como es el caso de la mayoría de los Tesoros Públicos, con un fin meramente de cobertura de sus emisiones de deuda... Estos instrumentos son indefectiblemente útiles en aquellas operaciones en las que el precio final depende de las fluctuaciones derivadas de la cotización de determinados activos reales o financieros en los mercados internacionales. En el caso particular del Tesoro Público español, las operaciones basadas en instrumentos financieros deben tener como finalidad tanto limitar el riesgo cambiarlo 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, conforme a las normas, reglas, técnicas, condiciones y cláusulas usuales de los mercados financieros donde se negocien... En el caso de la Administración Pública Española, las operaciones de permuta financiera, los intercambios inicial y final de principales, así como los intercambios de intereses y demás gastos e ingresos financieros, tendrán la consideración de operaciones no presupuestarias, imputándose únicamente al Presupuesto de la Administración General del Estado los respectivos importes netos producidos por estas operaciones durante el ejercicio (art. 96 b) de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, de nueva redacción conforme a la Ley 2/2008, de 23 de diciembre)".*

La posibilidad de acudir a esta fórmula contractual y financiera como medio de cobertura del riesgo de operaciones financieras también es recogido, de forma expresa, por la normativa hacendística local, y en concreto 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, expresa: *"En los términos previstos en esta Ley, 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*". Pudiendo, pues, instrumentalizarse por las Corporaciones estas complejas figuras financieras ligadas a las actividades de financiación de las mismas, en cualquiera de las modalidades previstas en el artículo 49 del mismo cuerpo legal.

Como consecuencia de las especiales particularidades de riesgo de estas "operaciones de derivados", el Real Decreto Legislativo 2/2004 ha previsto en el artículo 48 bis 1.2 b) y 3 que: "*Todas las operaciones financieras que suscriban las Corporaciones Locales están sujetas al principio de prudencia financiera. Se entiende por prudencia financiera el conjunto de condiciones que deben cumplir las operaciones financieras para minimizar su riesgo y coste...*", incluyéndolas en el concepto de "pasivos financieros", sujetas a las condiciones que se determinen en la correspondiente Resolución de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera. Un examen de la reciente Resolución de dicho Centro Directivo, de fecha 31 de julio de 2015, (punto quinto), permite apreciar que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, tales operaciones están sometidas a estrictas limitaciones, condiciones, prohibiciones y requisitos para su formalización.

#### B.-Legalidad contractual:

En el informe de este Servicio Jurídico (R.2/2014), citado en párrafos precedentes, se analizaba ampliamente y se concluía sobre la exclusión de la aplicación del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Decreto Legislativo 2/2000, a "*los swaps "vinculados" a operaciones financieras (préstamos, créditos u otras de naturaleza análoga) a las que prestaban cobertura "*, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3. 1 k) del mismo". Tales contratos se regían por su legislación específica sin perjuicio de que los principios de la Ley fueran utilizados para solventar "dudas o lagunas" (art.3.2 TRLCAP).

Tras la aprobación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre de 2007, de Contratos del Sector Público, se producen modificaciones en el régimen de "negocios, contratos y relaciones jurídicas no sujetas" a la normativa de contratación pública, las cuales se mantienen con el mismo contenido en el vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSF).

El artículo 4.1 l) del TRLCSF excluye de la aplicación de la Ley reguladora de la contratación administrativa a: "*Los contratos relativos a servicios financieros relacionados con la emisión, compra, venta y transferencia de valores o de otros instrumentos financieros, en particular las operaciones destinadas a la obtención de fondos o capital por los entes, organismos y entidades del sector público, así como los servicios prestados por el Banco de España y las operaciones de tesorería*". En consecuencia los contratos que se encuadren en los términos amplios de este apartado se sujetarán, -desde una perspectiva contractual-, a su legislación específica, sin perjuicio de que los principios de la Ley sean utilizados para

solventar "dudas y lagunas", (art.4.2 TRLCSP).

A la vista de este precepto, los contratos de permuta financiera que ostenten el carácter de "vinculados" -utilizando la terminología del Tribunal Supremo- a operaciones destinadas a la obtención de fondos o capital, por las Entidades Locales, se registrarán, por una doble legalidad: 1.- la financiera y presupuestaria que resulte de aplicación y 2.- la contractual prevista en sus "normas especiales", entendiéndose por tales, de forma genérica: las disposiciones aplicables de la Ley del Mercado de Valores, las normas imperativas sobre obligaciones y contratos, lo dispuesto en el propio contrato de swaps, y las normas dispositivas del derecho mercantil que les resulten aplicables, aplicándose sólo los principios del TRLCSP como mecanismo para solventar, en última instancia, "dudas y lagunas".

Aplicando las fundamentaciones jurídicas expresadas con anterioridad al supuesto concreto que constituye el objeto de esta consulta, se obtiene la siguiente conclusión:

Las permutas financieras (swaps) *concertadas para las coberturas de tipos de interés, cuyas liquidaciones se calculan en base a la deuda viva de los préstamos que cubren y en las mismas fechas de vencimiento que éstos*, se encuentran comprendidas en el apartado 4.1 l) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, y en consecuencia se encuentran excluidos del ámbito de esta Ley, regulándose por sus "normas especiales", y aplicándose sólo los principios del TRLCSP para resolver las dudas y lagunas que pudieran plantearse.

Asimismo, tales instrumentos deberán de ajustarse a las exigencias contenidas en la normativa presupuestaria y financiera aplicable a las Haciendas Locales, debiendo cumplimentar las condiciones, limitaciones y requisitos que de forma específica se establezcan por la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera, de conformidad con los principios de prudencia financiera y sostenibilidad de las finanzas públicas.

Respecto a la segunda cuestión, el artículo 174 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, define los gastos de carácter plurianual como aquellos que extienden sus efectos económicos a ejercicios posteriores a aquél en que se autoricen y comprometan, estando subordinada la autorización y el compromiso de tales gastos al crédito que para cada ejercicio se consigne en los respectivos presupuestos, siempre que su ejecución se inicie en el propio ejercicio y que, además, se encuentre en alguno de los casos que el apartado 2 del citado artículo enumera, entre los que se encuentra "d) *Cargas financieras de las deudas de la entidad local y de sus organismos autónomos*".

Por otra parte, constituyendo la disposición o compromiso del gasto una fase del procedimiento de gestión de los presupuestos de gastos de las entidades locales y de sus organismos autónomos, y definida en el artículo 56 del 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, como un acto mediante el cual se acuerda, tras el cumplimiento de los trámites legalmente establecidos, la realización de gastos, previamente autorizados, por un importe exactamente determinado y que vincula a la entidad local a la realización de un gasto concreto y determinado tanto en su cuantía como en las condiciones de ejecución, comoquiera que en el caso que se plantea nos encontramos con liquidaciones motivadas por fluctuaciones en el mercado financiero de los tipos de interés que a la firma del contrato imposibilitan su cuantificación y que, además, pueden resultar tanto a favor como en contra, dando lugar a una alternancia que impide la consideración de las mismas -según lo manifestado- como gastos de carácter plurianual, lo cual nos lleva a concluir que la aplicación a presupuestos de tales liquidaciones netas, previstas en el artículo 96 b) de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, en la redacción dada por la Disposición final décima, apartado 7, de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009, a tenor del cual *“En la operaciones de permuta financiera, los intercambios inicial y final de principales, así como los intercambios de intereses y demás gastos e ingresos financieros, tendrán la consideración de operaciones no presupuestarias, imputándose únicamente al presupuesto los respectivos importes netos producidos por estas operaciones durante el ejercicio”*, estableciéndose, a través de la Resolución de la Intervención General de la Administración del Estado de 10 de julio de 2009 los mecanismos necesarios para adaptar la operativa contable a lo previsto en el precitado artículo, deben registrarse a través de documentos Autorización-Disposición-Reconocimiento de la Obligación, si la liquidación resultase a pagar, o por el documento de ingreso correspondiente si resulta a cobrar”.