

# PROBLEMATICA DE LOS CREDITOS DOCUMENTARIOS Y DEL ARBITRAJE EN LA CONTRATACION ADMINISTRATIVA\*

Agustín CORRALES ELIZONDO  
*Teniente Coronel Auditor*  
*Doctor en Derecho*

## SUMARIO

I. EL CRÉDITO DOCUMENTARIO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: A) INTRODUCCIÓN; B) CARÁCTER DEL CONTRATO DE CRÉDITO DOCUMENTARIO CON INTERVENCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN: 1. CONSIDERACIONES PREVIAS; 2. INCIDENCIA DEL CONTRATO CAUSAL. EL D. 3637/65, DE 25 DE NOVIEMBRE; 3. NATURALEZA DEL CONTRATO. C) LÍMITES DEL CONTRATO DE CRÉDITO CON INTERVENCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN: 1. CAUTELAS EN LA REDACCIÓN DE LA CLÁUSULA. 2. PAGOS EN MONEDA EXTRANJERA. 3. ESPECIALIDADES EN LOS EFECTOS DE LA RELACIÓN JURÍDICA: DOCTRINA JURISPRUDENCIAL, DEL CONSEJO DE ESTADO Y DE LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA: a) Derivadas del ámbito del contrato; b) El suministro y la comisión mercantil para el pago; c) La mora en el pago y la recepción de la cosa suministrada; d) Incidencia de la normativa comunitaria; e) La revisión de precios en la contratación con empresas extranjeras. II. EL R.D.F 1120/77 DE 3-5-77 Y LA O.M. DE 16-6-78, SOBRE CONTRATACIÓN DE MATERIAL MILITAR EN EL EXTRANJERO: A) CARACTERÍSTICAS GENERALES; B) APLICACIÓN DEL SISTEMA DE APERTURA DE CRÉDITOS DOCUMENTARIOS PARA ESTOS CONTRATOS. III. APLICACIÓN DEL ARBITRAJE A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: A) LA CLÁUSULA DE ARBITRAJE; B) EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL; C) REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DE LAS CLAUSULAS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA; D) POSTURA DE LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA.

## I. EL CREDITO DOCUMENTARIO EN LA CONTRATACION PUBLICA

### A) INTRODUCCION

Es habitual, y a veces casi imprescindible en el comercio internacional, que se pida la mediación de un banco para realizar el pago por cuenta del comprador tras el examen y recepción de los documentos representativos de las mercancías. En el caso más general se denominará al sistema «pago contra documentos» o ventas en las que el vendedor recibe el pago como beneficiario de un crédito abierto a su favor por el comprador, con la peculiaridad de que

\* Ver nota al final del artículo.

el banco corresponsal intermediario (normalmente ubicado en el país del vendedor) realizará los pagos conforme a las instrucciones recibidas de otro banco ordenante o emisor del crédito (que se encontrará lógicamente en el domicilio del comprador), pago éste a verificar cuando se haya comprobado que los documentos representativos de las mercancías están en regla.

En definitiva, es un sistema de agilizar los pagos en el extranjero y además garantizar los abonos al momento del embarque de los efectos vendidos. Se encuentra generalmente admitido y se rige internacionalmente por las «Reglas y Usos Uniformes relativos a los créditos documentarios», (en adelante RR.UU.) que han tenido sucesivas redacciones por parte de la Cámara de Comercio Internacional —la última revisión es de 1983—, Reglas éstas que constituyen un eslabón más en lo que se ha venido denominando nueva *lex mercatoria* con asunción internacional generalizada con propósito de generalidad unificadora. En este mismo sentido, la jurisprudencia española (SS. TT. SS. de 30-07-76 y 27-10-84) recogen estas ideas. En la primera, al decir: «Es indiscutible la aplicación para la resolución de las controversias a que dé lugar el cumplimiento del convenio que el crédito documentario significa la normativa contenida en las RR.UU....», partiendo de la sumisión expresa de las partes (considerando primero), siendo este convenio inserto en el crédito documentario «una operación independiente del contrato de compra-venta que le sirve de base» (considerando tercero).

Las RR.UU. son, por tanto, la fuente básica reguladora de las relaciones contractuales y comerciales para cuya ejecución se asumen por las partes.

Entendido el contrato administrativo como una figura impuesta por la realidad, proyectamos la problemática de los créditos documentarios sobre la contratación administrativa entendida en sentido amplio, es decir, como la totalidad de relaciones entre la Administración y los particulares nacidas por aplicación de una técnica contractual, con inclusión de la generalidad de los entes públicos como sujetos contratantes y con la doble perspectiva de proyección de normas jurídico públicas y jurídico privadas sobre los contratos, con admisión

(1) Cfr. TAPIA HERMIDA: «Reglas y usos relativos a los créditos documentarios (revisión 1983)», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 9, enero-marzo 1983, págs. 47 y sigs. El más completo análisis doctrinal español monográfico sobre el tema es, tal vez, el de FERNÁNDEZ ARMESTO: *Los créditos documentarios irrevocables*, La Coruña, 1984, al margen de las obras generales, en particular GARRIGUES: *Contratos bancarios*, Madrid, 1975. En la doctrina extranjera, entre otros muchos, son de fácil acceso las obras de EISEMANN Y BONToux, *Le crédit documentaire dans le commerce extérieur*, Editions Júpiter, París, 1976; CHORLEY, *Law of Banking*, London, 1967; STOUFFELT, *Le crédit documentaire*, París, 1957; FLORENTINO: *La operazioni bancarie*, 1964, y B. KOZOLCHYK: *El crédito documentario en el derecho americano*, traducción de Luis Rupilanchas, Madrid, 1973.

de todas las figuras y posibilidades de forma abierta, en la línea de W. JELLINEK (*Verwaltungsrecht*, 3 ed.) y FORSTHOFF, en Alemania, y ZANOBINI en Italia (*Curso di diritto amministrativo*, vol 5, 5ª ed.).

En determinados contratos, el Estado es habitualmente comprador a extranjeros, o en el extranjero, de bienes de equipo, armamento, material informático y de alta tecnología, entre otros objetos de comercio. En el mismo sentido, los demás entes públicos pueden verse obligados dentro de sus competencias a verificar importaciones para el cumplimiento de sus fines. En ocasiones —las menos— nos encontramos con relaciones interestatales, pero lo normal será el contrato con empresas extranjeras, privadas o públicas, en una situación que se aleja de la posición de prepotencia y relativo privilegio que otorga la legislación de contratos del Estado contenida, en su regulación básica, en la L.C.E. de 8-4-65, parcialmente reformada por la de 17-3-73 y desarrollada por el Reglamento (R.C.E.) de 25-11-75, con sucesivas modificaciones, al margen de una profusa y extensa legislación complementaria (2).

A la peculiaridad de la condición de estos contratos de los entes públicos se suma la circunstancia de la condición de extranjera de la otra parte, con lo que ello lleva consigo de problemas sobre ley aplicable, Tribunales competentes, posibilidad de arbitrajes y otros. Por otro lado, nos encontramos que, las más de las veces, el contrato causal será un suministro comprendido en la Ley y R.C.E., o un arrendamiento de obra (posiblemente asimilable a los tipos clásicos), pero, evidentemente, cuando se acuerda el pago por el sistema de créditos documentarios, la figura (aunque la caractericemos como contrato auxiliar del principal) no está comprendida en la legislación básica ni aún analógicamente. En este apartado se trata de estudiar qué tratamiento ha de otorgarse al contrato y si surgen especialidades por la presencia de la Administración. Asumida la participación del Estado u otro ente público y calificada la naturaleza del contrato, procederá el análisis, desde el ángulo de la pre-

(2) La L.C.E. supuso, como dice VILLAR PALASÍ [Villar Palasí y Villar Ezcurra, *Principios de Derecho Administrativo*, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho (U.C. de Madrid), Madrid, 1983, págs. 47 y siguientes], una «codificación» en una materia dispersa. Hoy cabría plantearse grandes dudas en relación a la permanencia de dispersión que, aun en los canales principales de la L.C.E. y su Reglamento, con venturosa actualización de éste último, casi siempre con rapidez, sigue siendo una legislación un tanto farragosa y casi inaprehensible. Aquella Ley tuvo la virtud de otorgar autonomía al Derecho administrativo en este campo, tratando de no mantener servidumbres con el Derecho Civil. El importante matiz se apuntaló con la reforma de 1973, haciendo que surgiera la figura del contrato administrativo con una dogmática independiente y una naturaleza propia. Incluso, cuando nos encontramos con los contratos privados celebrados por ente público, la peculiaridad de la intervención de la Administración dejará su impronta y sus consecuencias.

paración, iniciación y perfección, que es el objeto de nuestro planteamiento acerca de los problemas de determinación del banco emisor, relaciones con éste, dilucidar si el beneficiario puede decidir o vetar directa o indirectamente al banco elegido y la conveniencia, incluso, de adoptar medidas dirigidas a una economía de costes e intereses y de menor salida de divisas en orden a conseguir, al menos, que el banco (1) sea de nacionalidad española.

Por último, como cuestión que creemos también previa al desarrollo del contrato, trataremos el ya aludido problema de la solución de controversias, Tribunales competentes y posible utilización del arbitraje, en relación con la jurisdicción aplicable al contrato principal.

## B) CARÁCTER DEL CONTRATO DE CRÉDITO DOCUMENTARIO CON INTERVENCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN

### 1. CONSIDERACIONES PREVIAS

El contrato administrativo exige que uno de los sujetos contratantes, al menos, sea una entidad administrativa. No obstante, esta visión subjetiva no puede ser la decisiva. Por ello han sido utilizados otros diversos criterios para distinguir los que tienen carácter administrativo o civil. GARRIDO FALLA (3) señala como tales el de la jurisdicción competente, el de la forma y el del objeto y contenido del contrato (4).

(3) G. FALLA, F., *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. II, décima edición, págs. 39 y siguientes.

(4) De acuerdo con el criterio jurisdiccional serían administrativos los contratos sometidos a la jurisdicción contencioso-administrativa, criterio de carácter adjetivo excepcional que tal vez pudiera tener cierto respaldo a la sombra de la vieja Ley de lo Contencioso de 1884 que, en su artículo 5º, proclamaba la sumisión a los Tribunales de tal carácter de los contratos de la Administración Central, provincial y municipal para obras y servicios públicos de toda especie». Como señala FERNÁNDEZ DE VELASCO (*Los contratos administrativos*, 2ª edición), la jurisdicción no afecta a la esencia de los contratos.

De todos modos pensamos que, con todo, no deja de ser esencial (valga la redundancia) la consecuencia de la sumisión a los Tribunales de lo contencioso.

El criterio de la forma ha sido tildado de insuficiente, aunque a veces fue tomado en cuenta por la jurisprudencia (cfr. MORENO GIL, *Contratos administrativos*, Instituto de Estudios Fiscales). Generalmente, la doctrina y la jurisprudencia adopta el criterio del objeto y contenido del contrato, entendiéndose que éste será administrativo si tiene por objeto un servicio público, postura que mantiene la jurisprudencia, aún en casos en que el objeto del contrato sea un «elemento complementario de un servicio» (SS. TT. SS. de 11-3-85 y 26-11-85). Asimismo se señala que posiblemente la idea de servicio público no sea suficiente y habría de cumplimentarla con la existencia de cláusulas exorbitantes (G. FALLA, cit. págs. 41 y 42) precisamente porque éstas son consecuencia lógica de que el objeto del contrato sea un servicio. ÁLVAREZ GENDÍN (*Los contratos públicos*, Madrid, 1934) centra la distinción en la «situación privilegiada» de la Admi-

En la mayoría de los casos nos vamos a encontrar, en relación al problema que analizamos, con que el crédito documentario será la forma de pago acordada entre el ente público administrativo y el particular, generalmente extranjero, para el cumplimiento de un contrato de suministro o de prestación de servicios. De esta forma, el contrato principal —suministro— sería, en principio, administrativo por razón del sujeto y del objeto, así como por el criterio jurisdiccional, cuando el suministrador o realizador de los servicios o la obra admita nuestros Tribunales para la resolución de las controversias. Aun en tal caso, el contrato de crédito documentario iría en paralelo al principal y con vida propia, aunque su origen o causa estuviese en una o varias cláusulas del pliego del suministro.

Ahora bien, actualmente, como ha puesto de manifiesto la doctrina (5), en relación a la idea de suministro, las modificaciones en la legislación española en la materia, introducidas por los RR. DD. 931/86 y 2528/86, para adoptar nuestra normativa a la Comunidad han ampliado el espectro característico del suministro para abarcar en su seno prácticamente a todo tipo de compras de bienes muebles por parte de la Administración, «salvo la adquisición de propiedades incorporadas y los títulos representativos de capital, que se regirán por la Ley del Patrimonio del Estado» (art. 237 R.C.E.). Por consiguiente ha desaparecido

nistración. GARCÍA TREVIJANO (*Principios sobre contratos de la Administración*), REL, número 87 se inclina por afirmar que las cláusulas exorbitantes no son la causa, sino la consecuencia de la distinción. Apoyó también la tesis del servicio público ENTRENA CUESTA, *Consideraciones sobre la teoría general de los contratos de la Administración* (R.A.D. número 24, 1957, págs. 62 y siguientes). En la doctrina italiana GIANNINI (*Diritto Administrativo*, I, Milán, 1970) habla de los contratos de «objeto público» a los que, a diferencia de los que se rigen por el Derecho común o el Derecho privado especial, se aplica el Derecho público. ZANOBIANI (*Corso di Diritto Administrativo*) asume que la Administración asume una posición principal. En Francia JÉZE (*Principios generales de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1948) alude a la teoría del acto condición y a que el contratista queda sometido a una disposición general. Idea similar a la que plantea O. MAYER y la doctrina alemana que identifica como el «sometimiento» del particular. GARCÍA DE ENTERRIA, E. y RAMÓN FERNÁNDEZ, T., *Curso de Derecho Administrativo* I, Civitas, Madrid, 1983, págs. 643 y siguientes, señalan como la delimitación del contrato administrativo «se hace por su vinculación, según la tradición de nuestro derecho, a la finalidad de obras y servicios públicos, expresión que ha de entenderse en el sentido de giro o tráfico peculiar de la Administración y no en el de servicio público en sentido técnico, como ha puesto de manifiesto, en parte, la jurisprudencia. Por otra parte, PARADA (*Derecho Administrativo*) y MARTÍN RETORTILLO, han sostenido la oportunidad de la unificación jurisdiccional en el marco de lo contencioso, cuestión ésta no asumida generalmente. ENTERRIA y RAMÓN, F. (cit. pág. 650) consideran mas razonable que, en un cierto sector contractual, la Administración no disponga de tal privilegio. Tiene interés también el análisis de la idea de servicio público, a estos efectos, en FERNÁNDEZ GARCÍA, JUAN JESÚS, *Definición de servicio público: su aplicación al problema de suministro de gas* (Ed. Aranzadi, Pamplona, 1984). (5) Vid., por todos, G. FALLA; cit. pág. 54.

la nota de prestación continuada o relación sucesiva característica del suministro como contrato de duración. Entendemos que no se trata de una ampliación en sentido conceptual del suministro como contrato atípico en el marco de las ventas especiales (6), sino de una extensión del ámbito de la contratación administrativa a supuestos de compraventa antes regulados por el Derecho Civil.

(6) El contrato de suministro, no introducido en sentido propio en nuestro derecho administrativo (en el derecho común es atípico, como se sabe) hasta la Ley del Patrimonio del Estado de 15-4-64 y desarrollado luego en la Base XIV de la Ley de Bases de C.E. y en la normativa posterior, en parte vamos a interpretarlo en sentido amplio, comprensivo del conjunto de posibles adquisiciones a realizar por un ente público. El suministro ha evolucionado en la legislación española de contratos del Estado en distintos aspectos, recientemente, de un lado, en cuanto a las formas de adjudicación, desde el 1-1-86 se admite la subasta nuevamente como sistema ordinario de contratación, que había sido eliminado en el Texto de 8-4-65 y en la Ley 5/73, de 17 de marzo. La subasta coexistirá con el concurso y con la contratación directa, ésta última en los casos del artículo 87 R.C.E., supuestos éstos similares a los admitidos en las directrices comunitarias.

En cuanto a los requisitos de las empresas extranjeras en el contrato de suministros serán únicamente las del artículo 24, R.C.E., de capacidad para contratar según la legislación de su nacionalidad, existencia de reciprocidad respecto a empresas españolas y sumisión a los tribunales españoles en las materias y cuestiones derivadas del contrato, aunque sobre esta exigencia debe formularse una consideración o matiz, el derivado de la posible aplicación de las «normas» y usos vigentes del comercio internacional (art. 239 R.C.E.) y la posibilidad del arbitraje comercial internacional, al que nos referiremos *in fine* en este trabajo (vid sup. ap. VI).

Vamos a abordar aunque brevemente dos cuestiones que, en una dinámica internacional del contrato, serán controvertidas. Se trata del *periculum rei*, por un lado y de la *exceptio non adimpleti contractus*, por otro.

En relación a la primera, como se sabe, consiste en que, de acuerdo con el artículo 261 R.C.E. el *riesgo y ventura* de la cosa es del contratista hasta su entrega a la Administración. Pues bien, parece prudente que en las situaciones de entrega instrumental y embarque de mercancías se provea a una singular vigilancia y atención, tratando por otra parte de prefijar contractualmente la regla aludida del riesgo y ventura, que constituye uno de los pilares tradicionales en contratación pública. Por otro lado, la *exceptio non adimpleti contractus* en la contratación administrativa se configura como de aplicación especial o unilateral, en el sentido de que la excepción de incumplimiento no es oponible por el contratista a la Administración incumplidora. La regla no se reproduce normalmente en los Pliegos pero queda clara en algunos textos legales (v. gr. arts. 56 y 71.2 del R. Contratación de las Corporaciones Locales) en el sentido de que, caso de denuncia o declaración de resolución o rescisión unilateral por parte del contratista, ésta no traerá consigo la interrupción en la realización de las prestaciones por el mismo.

Naturalmente este privilegio tiene los límites de la buena fe (*exceptio doli*) y de la fuerza mayor. Otra cosa sería abuso del derecho en el sentido señalado por la doctrina (v. gr. DÍEZ PICAZO, L. «El abuso del derecho y el fraude la Ley en el nuevo título preliminar del C.C. y el problema de sus reciprocas relaciones», en *Documentación Jurídica*, 1974, pág. 210).

La asunción —con límites— de *exceptio* está reconocida por la doctrina (v. gr. VILLAR PALASÍ, «Lecciones de C.A.», pág. 205, de *Principios de D.A.*, III, ct. PARADA, VÁZQUEZ., *Los orígenes del contrato administrativo*, en *Derecho Español*, Sevilla, 1963, pág. 209; BALBÍN PECHUAN, *Los contratos municipales*, Madrid, 1976, pág. 81), así como en parte de la doctrina europea clásica como en el caso de JEZE, 6: *Principios Generales de D.A.*, Buenos Aires, 1950 (traducción al castellano), pág. 229.

## 2. INCIDENCIA DEL CONTRATO CAUSAL. EL D. 3637/65, DE 25 DE NOVIEMBRE

Los posibles contratos que englobamos en el marco del suministro, aunque ello no significa que pensemos que se trate de un tipo único, sino que será el genérico cuyos principios y reglas serán aplicables analógicamente a los de prestación de asistencia técnica y servicios, pueden estar incursos en tres grupos:

- 1) Adquisiciones formalizadas con Gobiernos o Entidades públicas extranjeras.
- 2) Contratos con Empresas extranjeras celebrados y ejecutados en territorio español.
- 3) Contratos con Empresas extranjeras celebrados y ejecutados en el extranjero.

Los del grupo primero estarían incluidos entre las relaciones interestatales y traerían consigo la intervención del Ministerio de Asuntos Exteriores normalmente y del Ministerio de Economía, en su caso. Debe distinguirse entre el convenio o acuerdo internacional, que tiene la condición de marco jurídico en el cual se desarrollan una serie de relaciones o negocios jurídicos posteriores y los contratos (v. gr. de suministros, asistencia o adjudicación de obras) celebrados al amparo del convenio marco. Estas reglas del acuerdo básico —*lex inter partes*— serán *pacta sunt servanda* entre las entidades públicas de ambos países; mientras que la legislación de contratos del Estado se aplicaría solamente para resolver las dudas y lagunas que pudieran plantearse (art. 2º. L.C.E. y art. 2.5 R.C.E.), salvo que hubiese sido expresamente invocada, debiendo tratarse, en estos casos, de adaptar el pliego de cláusulas o condiciones a nuestra legislación (L. y R.C.E.), como fórmula de inclusión indirecta, tal como ha puesto de manifiesto al estudiar éstos supuestos la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (7).

SÁIZ MORENO, F. (*La exceptio... en la C.A.*, Cívitas, número 16, enero-marzo 1978, pág. 18) ha fijado con precisión el alcance de la «imponibilidad» concretando de forma precisa la S.T.S. de 17-5-73, que recoge que la «inexcusabilidad del incumplimiento por parte del contratista quiebra cuando la ejecución deviene imposible, bien por fuerza mayor extraña a las partes, bien por culpa de la Administración».

Pues bien, aun en sus justos límites, la regla, que ciertamente está planteada para el contrato de obras, se aplicará fundamentalmente al denominado suministro de fabricación, pero en el ámbito internacional tendrá dificultades evidentes por no decir de muy compleja adaptación. Por ello, cualquier cuestión sobre ella deberá reflejarse de forma precisa en el clausulado.

(7) Vid. dictamen Junta Consultiva de 22-9-73, en MORENO GIL, cit. págs. 22 a 25.

El segundo grupo de contratos, es decir, el de los celebrados con Empresas extranjeras dentro del territorio español, debe quedar íntegramente incluido en el seno de la L. y R.C.E. o en la legislación especial aplicable a otros entes públicos. El problema surgirá cuando la otra parte se niegue o no admita parte de los principios o reglas de la legislación española. En tal supuesto nos encontramos con una situación similar a la de los celebrados en el extranjero, en la que, si a toda costa se quiere contratar, habría que ceder, en lo posible, dentro del campo de adaptación, en su caso.

Por último, los contratos celebrados en el extranjero se rigen por *D. 3637/1965, de 25-11-65*, que se dictó en uso de la facultad otorgada por la disposición final sexta de la L.C.E. que autorizó al Gobierno para que, mediante Decreto, a propuesta del Ministerio de Hacienda y previo dictamen del de Asuntos Exteriores, dictase las *oportunas normas especiales* relativas a estos negocios. En su ámbito se integran (art. 1º) «los contratos del Estado y sus Organismos autónomos referentes a obras, gestión de servicios o suministros que se celebren y ejecuten *en país extranjero*», añadiendo que si se *celebra en territorio* español aún cuando la ejecución ...tenga lugar en el extranjero, se aplicará al convenio la L.C.E.

La facultad de contratar se otorga al Ministerio de Asuntos Exteriores, previéndose la delegación y dejando en todo caso la preparación (proyecto y expediente) al Departamento al que afecte (arts. 2º y 4º) e informando a su vez, caso de pagos en moneda extranjera, el entonces Ministerio de Comercio (art. 4º, *in fine*).

De este Decreto es especialmente interesante y, como veremos en otros lugares, enormemente realista y flexible, el artículo 5º, que prevé dos amplias soluciones para, de una parte, «inducir», por vía de cláusula, estipulaciones tendentes a preservar los intereses del Estado ante posibles incumplimientos del empresario o a autorizar modificaciones del contrato y, de otra parte, a «resolver las discrepancias que puedan surgir», mediante *fórmulas de arbitraje sencillas*, procurando en todo lo posible la sumisión a Tribunales españoles.

Hablamos de realismo y flexibilidad, porque nos encontramos ante un precepto posibilista, que deja libertad en gran medida al Órgano de contratación, sabedor de las dificultades que va a encontrar en los pactos con la entidad extranjera, reacia normalmente a aceptar una legislación que como la L.C.E. y el R.C.E. ofrece todas las facultades de interpretación y modificación al Estado, además de las de resolución, inspección, penalidades por incumplimiento y demás privilegios lejanos al principio de igualdad entre las partes. El Órgano que lleva la negociación puede, por consiguiente, ceder en

lo que sea indispensable. Importante es también la facultad de admitir «fórmulas de arbitraje sencillas», si bien esta posibilidad resulta mucho más remota o, al menos, más difícil, quizás lamentablemente, de lo que parece deducirse de este precepto, como veremos más adelante (8). Aún así el artículo señala los límites de este apunte de discrecionalidad del Organo, al establecer que «se procurará incluir por vía de estipulaciones tendentes a...» (los criterios de la Ley y R.C.E. que son los que preservan los intereses públicos) y a «resolver las discrepancias», aunque la vía arbitral tendrá que sobrevenir con un complejo sistema.

Por su parte, en lo que al tema que desarrollamos incumbe, tres artículos (6º, 7º y 10) se aproximan al problema del pago de las obligaciones surgidas de los contratos, si bien, en este caso, con una patente superficialidad que el tiempo ha puesto de manifiesto. En el artículo 6º, previendo la expedición de libramiento a justificar en favor de los Jefes de Servicios de Embajadas y Legaciones para el abono de facturas a justificar, en el artículo 7º aludiendo a «casos excepcionales» que hagan «confiar la realización de un contrato a un funcionario o persona determinada, efectuándose el pago en la forma que determine el propio acuerdo del Gobierno» o en la forma que señale el Ministerio de Hacienda y, por último, en el más previsor artículo 10, señalando que será dicho Ministerio el que podrá «reglar los procedimientos de pago... teniendo en cuenta sus especialidades características y los *usos internacionales*», aludiéndose en definitiva a los créditos documentarios, aunque sea indirectamente, al tratarse del sistema convencionalmente admitido a nivel internacional.

Sin perjuicio de la aplicación de los sistemas esbozados sin profundidad alguna en los artículos 6º y 7º, no hay duda del tratamiento que en la contratación en el extranjero se da al sistema de pago, como una característica más del contrato al igual que en los internos o nacionales, pero previendo también la posible y normal complejidad. En el artículo 6º se contempla un pago contra facturas por Jefe de servicios efectuado directamente, lo que es factible pero, desde luego, no lo usual. Por ello habrá que pensar en la normal inclusión de una o varias cláusulas que señalen la apertura de un crédito documentario, lo que será tanto como establecer la necesidad de celebrar un nuevo contrato (el de crédito) dentro del contrato causal y dirigido a posibilitar el pago de las obligaciones surgidas de éste. Sobre estos extremos no han incidido especial-

(8) Vid. subapartado final en este mismo artículo. También, más ampliamente, en nuestro trabajo «Incidencia de la normativa comunitaria y la cláusula de arbitraje en la contratación administrativa», en *Revista General de Marina*, octubre 1989.

mente las *modificaciones introducidas por los RR.DD. 931/86 y 2528/86* para adaptar nuestra contratación pública a la C.E.E., incidiendo únicamente en la apertura a los contratistas del Mercado Común de la licitación, cuando la cuantía del contrato iguale o supere las 140.000 unidades de cuenta europea (ECU) (9).

### 3. NATURALEZA DEL CONTRATO

La participación del Estado (o ente público) nos presenta un contrato surgido en desarrollo de una cláusula del pliego en la que se establece que el pago se realizará mediante la apertura del crédito documentario. Este contrato, ermitaño del principal, tendrá dos posibles contratos causales, como hemos visto, los celebrados en España (íntegra regulación, en principio, de nuestra legislación) y los celebrados en el extranjero (sujetos al D. 3637/65). Sin embargo, en ambos casos, el contrato no podrá someterse a la normativa administrativa, sino que será un contrato mercantil, con participación del Estado, *sometido a las normas y usos del comercio internacional, y, en concreto, a las RR.UU. en su versión actual*. De este modo, el contratista habrá admitido el pliego o clausulado, que es la ley del contrato (10) y que se inspira en los denominados pliegos de cláusulas generales (11), de los que los particulares no podrán variar estipulaciones, salvo las informadas favorablemente por la Junta Consultiva. Esos pliegos de condiciones administrativas se completarán con los que integran las técnicas, componiendo —aquéllos en particular, que son los que se refieren al contenido obligacional— lo que denominamos ley entre las partes. Una o varias de las cláusulas sobre pago aludirán al sistema de créditos documentarios y podrán ser más o menos explícitas en su redacción. En cualquier caso, el contrato que de la autorización contenida en la cláusula surja será a su vez base de los que se formulen entre Administración y banco emisor por un lado y entre éste y el beneficiario por otro, sin perjuicio de la intervención de banco avisador o de banco confirmante, rigiéndose por la normativa que hemos estudiado a lo largo de este trabajo.

(9) Cfr. artículos 237, 238 y 244 R.C.E.

(10) Así lo proclaman las SS.TT.SS., de 23-11-68, 22-6-72 y 20-11-74, entre otras.

(11) Conforme al artículo 37 R.C.E. «los pliegos de cláusulas generales contendrán las declaraciones jurídicas económicas y administrativas que serán de aplicación, en principio, a todos los contratos de un objeto análogo...»

En ellos (art. 37, *in fine*) se basarán los particulares siempre con el contenido del artículo 82 R.C.E., además del contenido del pliego de condiciones técnicas (art. 66, R.C.E.).

## C) LÍMITES DEL CONTRATO DE CRÉDITO CON INTERVENCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN

### 1. CAUTELAS EN LA REDACCION DE LA CLAUSULA

En primer lugar debe tenerse en cuenta que, si es posible, debe explícitamente especificarse la determinación del banco emisor, español (normalmente el Banco Exterior de España), al objeto de evitar la tendencia actual de los países de tecnología avanzada o, lo que es lo mismo, nuestros más frecuentes vendedores o suministradores, a pretender que el banco emisor sea extranjero, así como el confirmante. Incluso, en algún caso, pudieran acudir a preparar el contrato con un clausulado tipo en el que se incluyen todos los detalles sobre el pago por crédito documentario, con determinación del banco de su nacionalidad que lo formalizará y hasta de la sucursal en cuyo domicilio social se efectuarán las operaciones y la presentación de los títulos de tradición en la consecución de los efectos contractuales. Esta postura tiene su motivación en la tradicional tendencia de los países desarrollados a imponer sus condiciones generales en la venta internacional a los países subdesarrollados, señalando los clausulados tipo y cubriéndose de las posibles insolvencias, demoras en el pago o desequilibrios monetarios, mediante la intervención de bancos emisores, o, al menos, confirmantes que garanticen los pagos en tiempo y, desde luego, en moneda fuerte. Esa inercia no encuentra por lo general fronteras y únicamente puede combatirse con posturas lo suficientemente contundentes que pueden *solventar la situación y los efectos económicos gravosos que se deducen de la intervención de bancos extranjeros*. Ocioso es decir que, a veces, la necesidad de adquirir ante un país que en ciertas tecnologías puede ser «monopolista de ofertas» implica que esa contundencia a la que aludimos no pueda ser suficientemente eficaz, por cuanto se considera imposible prescindir de las prestaciones objeto del contrato de que se trata, pero esa posibilidad debe ya tenerse en cuenta cuando se opte por la compra o suministro, a la vista del conjunto de ventajas o inconvenientes que pueden concurrir en relaciones jurídicas de duración y, en ocasiones, las más, de notable incidencia económica.

### 2. PAGOS EN MONEDA EXTRANJERA

Habitualmente los pagos del contrato principal mediante el sistema de crédito documentario se verificarán en moneda extranjera. En tales supuestos hay que distinguir si al contrato celebrado en España, al regirse por la Ley y

R.C.E., le es de aplicación o no el artículo 31 R.C.E. que exige la expresión del precio en moneda nacional y el informe del Banco de España sobre disponibilidad de divisas, salvo cuando los pagos en moneda extranjera estén previstos en los Presupuestos Generales del Estado. Creemos que si el artículo 31, en todos sus puntos, debe aplicarse a este grupo de contratos, que deberán fijar el tipo de cambio o la equivalencia en pesetas, tal como ha expresado repetidamente la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (12). No será aplicable a estos contratos celebrados y ejecutados en España la cláusula de revisión, toda vez que, como dice el artículo 7º L.C.E. los contratos del Estado exigen *precio cierto*, salvo que, como indica el mismo precepto, se haya promulgado una legislación especial que regula dicha posible revisión, cual es la contenida en el D. 4-2-64 para los contratos de obras, no extensiva por otro lado y muy especialmente a los contratos en moneda extranjera, por cuanto la *estabilización en los valores, que se pretende con las cláusulas de revisión de precios*, va referida lógicamente a la de nuestra moneda sin que pueda asumirse que el Estado español deba sufrir los posibles embates en los tipos de cambio de una moneda extranjera (13). Insistiremos en el tema (*vide* 3.e).

Sin embargo, en los contratos celebrados en el extranjero, con empresa extranjera, la primaria exclusión —sin perjuicio de la deseable aproximación— de la legislación española por la vía del artículo 2º 5 R.C.E., posibilitaría (14), prima facie, la *admisión de cláusulas de revisión* y la posibilidad de soslayar los requisitos del artículo 31 R.C.E. Creemos, no obstante, que, aunque en una interpretación literal, ello es factible, el artículo 31 y sus consiguientes secuelas en materia de revisión de precios es una norma que contiene un principio de «necesidad» en cuanto a los pagos en divisas y de «interés público» en cuanto a la revisión de precios, lo que la convierte en principio de aplicación general en el ámbito de los contratos de la Administración.

Hay una excepción, que es la contenida en el artículo 237.3 R.C.E., que es la referente a los *suministros de fabricación*, de muy difícil distinción con los contratos de obra a los que son afines. En este sentido se ha estudiado (15), en un contrato de fabricación de aeronaves adquiridas por el entonces Ministerio del Aire, pero la Junta devolvió al Departamento sin informar las fór-

(12) Cfr. Dictámenes de la J.C.C.A. 11/70, de 18 de mayo; 20/71, de 23 de julio. Vid. MORENO GIL, cit., págs. 339 y 340.

(13) Cfr. MORENO GIL, cit., Informes J.C.C.A. 20/71, de 23 de julio y 2/72 de 26 de enero, págs. 341 a 343.

(14) Cfr. Informes J.C.C.A. 11/72, de 16 de febrero. MORENO GIL, cit., pág. 345.

(15) Vid. Informes J.C.C.A. 24/70, de 3 de julio. MORENO GIL, cit., pág. 322.

mulas polinómicas propuestas entendiendo que no podían extenderse las normas del contrato de obras al de suministro.

Dictámenes y dudas jurisprudenciales dieron lugar a una reformulación y nueva interpretación del artículo 237 R.C.E., en particular el punto 3 que hace referencia al suministro de elaboración. La inexistencia de una regulación jurídico-privada del contrato de suministro, únicamente objeto de análisis en el marco de las compraventas mercantiles especiales (16), ha sido la causa de que este precepto haya sido objeto de la más amplia controversia.

### 3. ESPECIALIDADES EN LOS EFECTOS DE LA RELACION JURIDICA: DOCTRINA JURISPRUDENCIAL, DEL CONSEJO DE ESTADO Y DE LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACION ADMINISTRATIVA

#### a) Derivadas del ámbito del contrato

El contrato de crédito documentario queda fuera del ámbito de aplicación de la L.C.E. (art. 2º), lo que trae como consecuencia que las prerrogativas derivadas del principio de la Administración poder y del contratista colaborador (17), la mutabilidad del contrato administrativo (*ius variandi*) tan discutida doctrinalmente como mantenida en nuestra legislación (18) y la facultad de interpretar el contrato por la propia Administración, ceden paso a la idea de igualdad entre las partes y al criterio de *sumisión del ente público a los clausulados tipos vigentes en el Derecho Bancario internacional, en definitiva a las RR.UU.*, bien entendido que el *ius variandi*, al ejercerse sobre el contrato principal, afectará al de crédito si se alteran cualitativa o cuantitativamente las condiciones de pago, pero normalmente, al existir una utilización discrecional del crédito abierto, el único problema será cuando la modificación lleve consigo la exigencia de una cantidad mayor a la disponible. Como antes vimos, el contrato de crédito no sería administrativo al no encajar en la regla segunda del artículo 4º L.C.E. donde se hace referencia a que los contratos distintos a los anteriores (los de obras, servicios y suministros) tendrán carácter administrativo

(16) Vid., por todos, GARRIGUES, Tratado, III, págs. 416 y sigs.

(17) Vid., por todos, GARRIDO FALLA, Tratado, vol. II., cit., págs. 78 y sigs.

(18) Así, con independencia de las compensaciones, se recoge la prerrogativa en el artículo 74 (L.C.E.) para el contrato de gestión de servicios públicos y con carácter general en el artículo 19 (L.C.E.) si bien en la Ley de Bases ya se establecía el carácter restrictivo de este *ius variandi* que se proyecta de forma más restrictiva para el contrato de obras (art. 48 L.C.E.) y posible «en razón de las necesidades reales del servicio», en el de suministro (art. 93, L.C.E.), si bien generando, en todo caso, como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia, el deber de compensar económicamente al contratista (SS.T.S. 15-3-78 y 13-4-81, entre otras).

«por declararlo así una Ley, por su directa vinculación al desenvolvimiento regular de un servicio público o por revestir características intrínsecas que hagan precisa una especial tutela del interés público para el desarrollo del contrato». En nuestro caso, la directa vinculación al servicio público no existe, por cuanto sólo es «indirecta» o colateral la que se precisa únicamente para el pago del servicio y, por otro lado, tampoco entra dentro de la expresión «por revestir características... interés público», referida, como ha estudiado la doctrina (19) a distintas variables, pero que, como señalan ENTERRÍA y R. FERNÁNDEZ (20) se dan (las características) cuando el Organismo administrativo que celebra el contrato se mueve dentro del campo concreto de las competencias y atribuciones, cuyo ejercicio constituye su misión y responsabilidad específicas.

¿Qué especialidades tiene el contenido del contrato, además de las que intrínsecamente se derivan de su naturaleza?

En cuanto al ámbito de aplicación se extiende fundamentalmente a los supuestos previstos en las normas (21) como contratos administrativos causales, en la contratación con extranjeros, si bien el tipo básico será el suministro y el denominado suministro de fabricación previsto en el artículo 239 d), R.C.E., precepto en el que expresamente se hace mención de que los que se «celebran por contratación directa con Empresas extranjeras, se atemperarán a la presente legislación, sin perjuicio de lo que se convenga entre las partes, de acuerdo con las normas y usos vigentes en el comercio internacional».

Este apartado distingue con claridad la prestación principal, en la que las obligaciones de las partes habrán de «atemperarse» a la Ley y R.C.E. y la posibilidad de que, por vía convencional, las partes pacten de acuerdo con las «normas y usos vigentes en el comercio internacional».

La Junta Consultiva, en informe 2/71 de 12-2-71 (22), ha recogido la admisibilidad de la *fórmula de crédito bancario irrevocable* para los contratos del 239 d), R.C.E., si bien matiza que «no debe ser generalizada a otro tipo de operaciones de contractuales».

¿Qué significa este tipo de restricción? Entendemos que se trata de requerir la llamada especial de las normas (como lo hace el 239 d)) de nuestro derecho interno para acudir a estas reglas comerciales internacionales. Ocu-

(19) Cfr. nota número 67 de este trabajo.

(20) CURSO, cit., pág. 643.

(21) Es decir, será la norma interna española la que deberá prever la aplicación de las RR.UU., con la invocación «normas y usos del comercio internacional». Por lógica se dará esta situación en ventas, suministros, fabricaciones y asistencia técnica.

(22) Vid. MORENO GIL, cit., pág. 1.195, marginal 1.136.

rre —sin embargo— que el supuesto tiende a generalizarse para las ventas, suministros, suministros de fabricación e, incluso, los contratos de asistencia técnica y servicios (regulados en el Decreto 1005/74) con empresas extranjeras, si bien con la directriz de no extensión o no generalización. Creemos que el matiz tuitivo o proteccionista que parece deducirse del tratamiento de la cuestión debe ir desapareciendo, porque el margen que queda cuando la otra parte se niega a someterse a la legislación española, como mejor se cubre, sin duda al menos sustantivamente, es con las fórmulas y cláusulas de las RR.UU.

A idéntica conclusión se llega a la vista de los problemas específicos de la tradicional regla contractual administrativa de pago del precio contra entrega de la mercancía. En estos casos es difícil hacer coincidir los criterios internacionales sobre *momento de la entrega de la cosa* —equivalentes, en gran medida, por otra parte, a los españoles al coincidir con la denominada «puesta a disposición» del comprador, de los artículos 331, 332 y 334 del *C. de c.* mantenidas en las *Reglas de 1980 sobre compraventa internacional y en INCOTERMS*— y del pago del precio, toda vez que este último se verifica contra entrega de documentos o títulos de tradición, partiendo normalmente de la apertura por los compradores de créditos documentarios a favor de los vendedores. Es decir, la práctica totalidad de las ventas internacionales utiliza como presupuesto «comercial» un sistema que, por consiguiente, el legislador español y el intérprete, cada vez más, no debe considerar excepcional o aplicable sólo en situaciones extremas, de emergencia o, como dice la Junta Consultiva, en su dictamen de 13-4-67 (23), en supuestos en que las empresas no acepten, de ningún modo, el compromiso (se hace referencia a la regla de pago contra entrega de la cosa), por cuanto, siendo cierto que el interés público ha de ser protegido en todo caso, no lo es tanto que esa protección no pueda realizarse debidamente con las modalidades de la venta internacional y con los clausulados tipo que la regulan, por cuanto nada impide reservarse facultades de examen y reconocimiento de los objetos adquiridos o fabricados, con independencia de las previsiones de las RR.UU., de por sí amplias y suficientes y, por otro lado, la responsabilidad de los bancos, y el examen de valoración de los títulos de tradición, también impone una especial cobertura de riesgos.

En su consecuencia pensamos que, en cuanto al ámbito de aplicación, esta modalidad de pago, a través de contrato de crédito, debe ser impulsada y no tratada restrictivamente, por imperativo del propio comercio internacional y por las garantías que del mismo se deducen.

(23) Cfr. MORENO GIL., cit., pág. 1.319, marginal 1.221.

b) *El suministro y la comisión mercantil para el pago*

Son ilustrativas una serie de SS.T.S. en relación a un conjunto de contratos celebrados en la década de los años sesenta, por los que la Comisaría de Abastecimientos y Transportes acordó la importación de cereales a través de Sociedades que contrataban con los exportadores. Ello dio lugar a que el T.S. se pronunciara en sucesivas sentencias de fechas 23-12-64, 15-2-65, 12-2-66, 1-12-69, 10-4-72, 29-3-74 y 29-10-75, entre otras (24). De ellas se obtienen varias conclusiones: 1º El T.S. califica en ocasiones el contrato como de suministro entre la Entidad administrativa española y un Organismo oficial australiano, que actúa como vendedor, aunque esté representado por una Compañía intermediaria (S.T.S. de 4-12-69). Sin embargo, hace predominar la calificación de compraventa en otros casos (S.T.S. de 1-12-69) o expresa que «es administrativo» pero de naturaleza mercantil en los efectos (S.T.S. 7-3-70); suministro (S. 15-1-71) y «contrato de importación», cuyas operaciones son constitutivas de «comisión mercantil» (SS. de 17-6-67, 21-2-69, 29-10-75 y 10-4-72). Aún así predomina, sin duda, la calificación de suministro. 2º En estos contratos el vendedor o su representante, que recibía la licencia de importación, procedía a los acuerdos bancarios de financiación y la Comisaría pagaba tras recibir la mercancía y prestar su conformidad a las mercancías y a la liquidación prestada. 3º A todo ello se añadiría la factura comercial; las actas de entrega en puertos, las actas de reconocimiento del Comisariado español marítimo (en representación del comprador) y el certificado bancario acreditativo del cambio a que se adquirieron las divisas y del importe de los gastos bancarios y de disposición de los créditos.

Pues bien, en una de las declaraciones del que pudiéramos denominar intermediario, para otorgarle el montante indemnizatorio, el T.S. (S. de 19-2-75) razona que «hubiera debido probar que, de acuerdo con las estipulaciones del contrato, había asumido efectivamente la financiación de la compra realizada por la Comisaría, obteniendo un crédito documentario en el momento de retirar el conocimiento de embarque como título representativo de la propiedad de las mercancías, mediante una apertura de crédito bancario correctamente conectada a la financiación de aquel crédito documentario...», todo ello siguiendo en este punto el dictamen del Consejo de Estado.

Es decir, *el T.S. califica estas relaciones de formas dispares*, aún partiendo de situarlas *en el eje del suministro*. Sin embargo, tanto el Tribunal como el Consejo de Estado, al contemplar las relaciones propias del intermediario o co-

(24) Cfr. MORENO GIL, cit., págs. 1.164 y sigs.

misionista, tal como se le denomina en ocasiones, expresan que la prueba de sus posibles detrimentos patrimoniales estará en la documentación bancaria acreditativa de la formalización de una apertura de crédito documentario y ello lo realizan el Alto Tribunal y el Consejo en las más recientes de sus sentencias y dictámenes, de entre las citadas.

A nuestro juicio, por otra parte, al margen del *explicito reconocimiento del sistema de créditos documentarios en este tipo de contratos*, debe señalarse que, aunque no quede claramente determinado, en las relaciones jurídicas descritas hay una doble contratación, la realizada —suministro a través del comisionista— entre la Comisaría y el importador o, en su caso, representante del país exportador, y las relaciones bancarias y de financiación que, en estos casos, realiza el comisionista pero que, cuando no exista, llevará a cabo la propia Administración, al margen del contrato principal de suministro. Y en esas relaciones se aplicarán los principios de celeridad y eficacia del tráfico comercial y los preceptos estudiados, con preferencia para las RR.UU. En este caso ya no habrá un comisionista mercantil «que compre por cuenta del Organismo administrativo», sino que éste contratará —en comisión— al banco emisor la realización de los pagos y el reconocimiento de los títulos de tradición.

### c) *La mora en el pago y la recepción de la cosa suministrada*

La entrega, dice el artículo 262 R.C.E., «se entenderá hecha cuando la cosa haya sido efectivamente recibida por la Administración, de acuerdo con las condiciones del contrato...».

Aunque entramos en efectos posteriores a la perfección del contrato y nuestro estudio va dirigido a la primera fase, es preciso analizar estos puntos por su relación con la «*mora creditoria*». La recepción de la cosa parece pensar en un momento posterior al de la puesta a disposición, pero ello será «de acuerdo con las condiciones del contrato», que, en su caso, habrá preconizado el sistema de pagos por crédito documentario, contra la entrega de los títulos representativos de las mercancías.

A partir de esa entrega (real o instrumental, entendemos) comenzará la obligación de pago del precio, dando lugar a mora culposa el retraso en dicho pago. La S.T.S. de 15-1-71 establece que este retraso incluirá «los gastos bancarios por los créditos subsistentes durante la mora padecida, pues éstos y no otros son los daños aquí ya previstos» a tenor de cuanto establece el artículo 1107 del C.c. que regula los que son de cargo del deudor en el supuesto admitido de su buena fe en el retraso, incluidos los intereses.

«Sensu contrario», al retraso en la entrega dará lugar a las penalidades por incumplimiento de plazos o cláusulas penales establecidas.

#### d) *Incidencia de la normativa comunitaria*

El R.D. 931/86, de 2 de mayo, ya citado anteriormente, modificó la L.C.E. y el R.D. 2528/86, de 28-11, el R.C.E., para adaptar nuestra normativa a las directivas de la C.E.E. En base a estas disposiciones, los procedimientos básicos de contratación siguen siendo el abierto y el restringido (con selección previa de contratistas por la Administración), pero cuando hayan de seguirse las *directivas comunitarias* (25) (contratos de más de un millón de ECUS en obras y 140.000 ECUS en suministros arts. 93, 94, 110 y 238, R.C.E.) habrán de publicarse los anuncios en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, y, en el caso de que se adopte el sistema de procedimiento restringido, solamente aquellos contratistas que la Administración selecciona (art. 94.3 y 4º R.C.E.), podrán presentar las ofertas y garantías o fianzas requeridas. Este sistema, que se da entonces para los casos en que sea vinculante seguir las directivas comunitarias, es distinto del de «admisión previa» que se trata en el artículo 110. R.C.E., en el que la Administración, con anterioridad a la consideración de las proposiciones de los empresarios, excluye a aquellos que no cumplan los requisitos previstos en los pliegos de cláusulas administrativas particulares.

La diferencia esencial entre ambos procedimientos consiste en que, en el de admisión previa, los contratistas aportan la totalidad de la documentación para la participación en la fase de adjudicación, mientras que, en el caso de procedimiento restringido, las solicitudes de participación (art. 94.2, R.C.E.) irán acompañadas de la documentación que acredite la personalidad del empresario, la clasificación y el cumplimiento de las condiciones de solvencia financiera, económica y técnica, pero no cuantas se refieran a la oferta (26).

Otra cuestión afectada por nuestro ingreso en la C.E.E., en relación a la materia objeto de este trabajo, es que, en los suministros, a partir del 1-1-86, la subasta vuelve a figurar como sistema ordinario de contratación al lado del concurso, si bien con preferencia normalmente del segundo, toda vez que la ventaja de la subasta, en su caso, va referida únicamente a la consecución de

(25) En cuantías comprendidas entre 500.000 y 1.000.000 de ECUS en obras y 100.000 y 140.000 ECUS en suministros, la publicación en el D.O.C.E. es facultativa. Además quedan excluidas de la necesidad de publicación las obras enumeradas en el artículo 93 terc.

(26) Cfr. MIRANDA GONZÁLEZ: *La contratación del Estado*. Afarmade, Madrid, 1987, pág. 40.

un precio más bajo, pero sin poder matizar con precisión el cumplimiento de calidades y otros extremos.

e) *La revisión de precios en la contratación con empresas extranjeras*

Hablábamos anteriormente del artículo 31. R.C.E., en lo referente a los pagos en moneda extranjera, comprobando como la *ratio legis* del precepto estriba en evitar, a toda costa, la mutabilidad del precio, que puede ser tanto más alterada cuando se prevé un pago en divisas, debiendo los Organos de contratación evitar tales posibles consecuencias proponiendo el precio en pesetas y aceptando únicamente, en su caso, el pago en moneda extranjera al cambio en pesetas de la fecha.

Pues bien, la revisión de precios contemplada como excepcional en el artículo 12, L.C.E., como pone de manifiesto la doctrina (27), y la jurisprudencia, supone un forma de alteración del requisito del «precio cierto», aplicable a los contratos de obras y a los suministros de fabricación del artículo 237, R.C.E., en relación con el artículo 83, L.C.E., es acogida en nuestro derecho con carácter circunstancial y transitorio.

El Decreto 3650/70 de 19 de diciembre estableció fórmulas polinómicas tipo derogando las aprobadas sucesivamente en numerosas disposiciones dictadas para su aplicación en distintos Departamentos (desde el D. 222/64 de 8 de febrero, de Obras Públicas, hasta el D. 588/70, de 26 de febrero, del entonces Ministerio del Aire). El cuadro de fórmulas se completa con el Decreto 461/71, de 11 de marzo, que a su vez desarrolla del D.L. 2/64, de 4 de febrero, sobre inclusión de cláusulas de revisión; el R.D. 1881/84, de 30 de agosto, de medidas complementarias sobre revisión de precios y la O.M. de 5-12-84, que desarrolla el anterior.

Pues bien, ¿es aplicable la revisión de precios a los contratos de duración (obras o suministros de fabricación) que se realicen con empresas extranjeras?

Miranda (28) sostiene que «han de ser sometidas a la aprobación de la mencionada Junta (se refiere a la Junta Consultiva de Constratación Administra-

(27) Así MORENO GIL, *La revisión de precios en la contratación administrativa*, Madrid, 1989, pág. 113, señala esta excepcionalidad de la normativa revisora. GARRIDO FALLA (Tratado II, cit., pág. 88) afirma que «de no haberse dictado las adecuadas disposiciones legislativas, las dificultades para que esta teoría se hubiese abierto paso jurisprudencialmente hubiesen sido insuperables». En cierto modo, el legislador ha ido favoreciendo la excepcionalidad.

Añade GARRIDO (cit., pág. 89) que tanto el T.S. como el Consejo de Estado fueron siempre reacios a la admisibilidad a la luz de su precedente regulación en la Ley de 17-7-45).

(28) MIRANDA GONZÁLEZ, cit., pág. 100.

tiva) las fórmulas polinómicas de revisión de previos, en contratos de fabricación de material de guerra con empresas extranjeras, en los que intervengan factores económicos diferentes de los contenidos en la legislación española sobre revisión de precios».

A nuestro juicio con tal cautela y aún no existiendo prohibición disposición legal contraria al respecto, debe restringirse la admisibilidad de la revisión en tales casos de contratos con empresa extranjera, salvo que el contrato esté en todo caso adjudicado en pesetas y las fórmulas de revisión sean exclusivamente las del D. 3650/70, con denominación específica española de materiales y aplicación en todo caso de la legislación y jurisdicción española en las cuestiones que pudieran derivar de la revisión.

Aún así resulta difícil coordinar las características de transitoriedad y excepcionalidad (cada vez menos sustentadas, ciertamente) de las revisiones de precios con la contratación con empresa extranjera. De ahí que la interpretación y admisibilidad de las fórmulas debe ser verificada restrictivamente, aunque desde luego, en el marco comunitario, el criterio de equivalencia de trabajo y reciprocidad ha de forzar una lógica tendencia a la inclusión.

## II) EL R.D. 1120/77 DE 3-5-77. Y LA O.M. DE 16-6-78., SOBRE CONTRATACIÓN DE MATERIAL MILITAR EN EL EXTRANJERO

### A) CARACTERÍSTICAS GENERALES

El material militar moderno, sujeto en muchos casos a una fabricación de alta tecnología, sólo reúne garantías y eficacia en ocasiones cuando se realiza total o parcialmente en países desarrollados muy especializados. Las características de estas adquisiciones, entre las que suele concurrir la necesidad de procurar el *entrenamiento del personal técnico* que haya de usarlo y la previsión de un *constante mantenimiento*, además del bagage imprescindible de un stock de repuestos, justificó el nacimiento de disposiciones especiales para la regulación de estos contratos, centradas en el R.D. 1120/77, de 30 de mayo y la O.M. de 16-6-78.

Ya en el Preámbulo del R.D. se pone de manifiesto que la regulación se promulga «sin merma de las garantías que la realización del gasto público merece, proporcionando al mismo tiempo la agilidad y eficacia que exigen las atenciones de la Defensa Nacional». Tanto en esa expresión, como en el contenido de los artículos 1º y 2º del R.D., se deducen las siguientes características de estos contratos:

1º Su ámbito de aplicación es exclusivamente la adquisición de material militar a empresas extranjeras.

2º Dentro de esta delimitación se *incluye la adquisición* (compraventa) y suministros de armamento; la *conservación y reparación* de material y *la de instalaciones* (con posible inclusión de «construcciones», a nuestro juicio, que tengan la naturaleza jurídica de arrendamiento de obra) la *prestación de servicios* (si bien tales servicios habrán de referirse exclusivamente a los precisos para el mantenimiento o atención del material militar, sin extensión a otros ámbitos) y la *asistencia técnica* (expresión que habrá que interpretar con las mismas restricciones objetivas que los servicios y, en todo caso, en el marco conceptual que, para la misma, señala el D. 1005/74, de 4 de abril, que regula la contratación con empresas consultoras y de servicios. También podrán contratarse respuestos y reparación de material).

3º La *tramitación* se efectuará por los Organos centrales del Ministerio de Defensa o por las Jefaturas de Estado Mayor del Ejército, de la Armada y del Aire en el ámbito de las respectivas facultades, que tengan delegadas del titular del Departamento. (art. 1º, O.M. de 16-6-78).

4º El contenido de los contratos se comunicará a los Departamentos de Asuntos Exteriores y Comercio. (art. 2º R.D.) (29).

5º Se adjudicarán por contratación directa y serán considerados urgentes sin previa declaración ministerial.

6º Las normas o condiciones de venta del Gobierno o de la empresa extranjera serán objeto de traducción autorizada e informadas por la Asesoría Jurídica General del Ministerio de Defensa o del Estado, según proceda por la cuantía y el Organismo al que corresponda la aprobación.

7º Los sistemas de pago acogen el de créditos documentarios (ésta característica y la siguiente, la desarrollaremos específicamente a continuación).

8º Los contratos se rigen por la legislación de contratos del Estado, si bien las partes pueden convenir la aplicación de las normas y usos vigentes del comercio internacional.

## B) APLICACIÓN DEL SISTEMA DE APERTURA DE CRÉDITOS DOCUMENTARIOS PARA ESTOS CONTRATOS

El sistema está previsto en el artículo 7º.2 del Real Decreto 1120/77 (30)

(29) Hoy «Economía y Hacienda».

(30) Artículo 7º.2: «Cuando las adquisiciones en el exterior exijan la apertura de créditos documentarios, los Ministerios (hoy Ministerio de Defensa) u Organismos interesados ingresarán directamente en el Banco de España el contravalor de las divisas a que hayan de referirse los citados créditos. El Banco de España, en base a estos depósitos, avalará, a petición de la banca privada, a través de la cual se abran los créditos documentarios, el pago de las divisas objeto de los mismos.»

al que hay que añadir el artículo 11 del propio Real Decreto (31) desarrollado por la norma novena de la O.M. de 16-6-78 (32).

Analicemos el precepto fundamental en la materia (art. 7.2). En primer lugar comienza con una afirmación de absoluta admisión del sistema, pero condicionada al hecho de que *las adquisiciones en el exterior «exijan» la apertura de créditos documentarios*. Esta exigencia ¿de qué deriva?: Existen tres alternativas: a) De la naturaleza o carácter del contrato; b) De haberse establecido por el vendedor tal requisito o forma de pago como condición o presupuesto para la celebración del contrato, y c) Que el adquirente o comprador (la Administración española, normalmente) sea el que haya precisado la necesidad del sistema de pago.

Normalmente, el contrato origen o causal de compraventa o suministro, no integrará en sí mismo, por su naturaleza o carácter, la necesidad de utilizar el sistema de créditos documentarios; otra cosa es su normal utilización en tales casos, la existencia del uso del comercio o la conveniencia, incluso, para las partes de aplicar la fórmula como la más conveniente al caso. Esta última consideración podría darse en múltiples supuestos en este tipo de comercio, pero probablemente será la segunda causa (propuesta e incluso exigencia del suministrador) la que concurra, toda vez que, como en varias ocasiones hemos puesto de manifiesto, la apertura de créditos documentarios fundamentalmente facilita los intereses de los vendedores al garantizar más plenamente la seguridad del pago por los compradores.

Del precepto se deduce asimismo otra conclusión y es la de que, cuando las adquisiciones «exijan» la apertura de créditos documentarios, esta se producirá. Aquí hay que matizar la expresión. No siempre que las adquisiciones se produzcan se aplicará el sistema. Creemos que el término «exijan» es de algún modo polivalente y puede acoger en su seno las tres modalidades que antes contemplábamos, incluyendo la especialidad del tipo de contrato y la

(31) Artículo 11.1, R.D.: «Los contratos que se celebren en territorio nacional entre la Administración militar y una empresa privada extranjera se regirán por la legislación vigente y por lo dispuesto en el presente Decreto, sin perjuicio de lo que las partes convengan de acuerdo con las normas y usos vigentes en el comercio internacional.»

(32) Regla 9ª de la Orden de 16-6-78 (BOE núm. 154, de 29-6).

«Los contratos que se celebren en territorio nacional entre la Administración militar y una empresa privada extranjera se regirán por la legislación vigente en materia de contratación general del Estado.»

«Cuando concurren especiales razones que impidan la aplicación de la legislación general, tales contratos se regirán por lo que las partes convengan de acuerdo con las normas y usos vigentes del comercio internacional y por el R.D. 1120/77 y presente Orden, previa resolución fundada del órgano de contratación.»

conveniencia de la Administración en utilizar la fórmula. En definitiva, lo que se otorga es una *utilización discrecional de la apertura de créditos documentarios*, que en ocasiones podrá ser consecuencia de las exigencias del país vendedor en ese sentido.

Aquí, en este punto, sería conveniente recordar algunas de las reflexiones que hemos planteado anteriormente. La admisión de la forma de contratación no tiene que implicar la cesión en ningún sentido en el desarrollo del clausulado y efectos, de la relación jurídica, en la designación de los Bancos, en la determinación de los plazos, en las modalidades de entrega, en las precisiones relativas a los *títulos de tradición*, en la *periodicidad de los pagos*, *divisas*, *tipo de cambio* y *demás cuestiones* que, aunque sujetas a formularios tipo, en gran medida pueden ofrecer variaciones y matices que es preciso vigilar y ponderar en la medida que mejor queden protegidos nuestros intereses.

Veamos ahora cómo se desarrolla el procedimiento de la apertura, en orden a las *relaciones Banco de España-Banca privada*. Los pasos señalados en el propio artículo 7º.2 son los siguientes: a) Ingreso de la cantidad en pesetas por parte del Ministerio de Defensa en el Banco de España. b) Aval (33) del Banco de España por el importe del contravalor en la divisa exigida equivalente a aquella cantidad. c) Apertura del crédito por el Banco privado.

A su vez, el artículo 8º, aunque sin referencia específica a la utilización de créditos documentarios, estudia la fórmula para garantizar lo que denomina «comprobación material de la inversión» a efectuar en el lugar «donde se efectúe la transferencia de la propiedad y entrega de material», sin perjuicio del examen y prueba posterior de las mercancías. No existe, como puede observarse, una *referencia a los títulos de tradición y a la normal «traditio» instrumental que se dará en el caso de aplicación de los créditos documentarios*. Evidentemente, cuanto se refiere a estos aspectos cae dentro de la regulación del contrato de crédito, paralelo al de suministro y encuadrado en el marco de las RR.UU.

En esta misma línea hay que interpretar el artículo 11.2 del propio R.D., cuando hace referencia a los casos de celebración en el extranjero de contratos entre la Administración militar y una empresa privada extranjera, que se regirán, sin perjuicio de lo que las partes convengan, «de acuerdo con las normas y casos vigentes en el comercio internacional», puerta abierta, con la ne-

(33) El término aval («avalara») no debe tomarse en sentido estricto a nuestro juicio. Significa no una intervención directa del Banco de España en la relación jurídica, sino únicamente la autorización garantizadora de éste para el pago de las divisas. Es más una actuación del Banco de España, como coordinador de pagos internacionales en su condición de rector de la política monetaria, que una participación ni aún siquiera indirecta en el contrato.

cesaria y comprensiva amplitud, a la acogida, no sólo de las RR.UU., sino a la totalidad de las vigentes en relación a la compraventa internacional.

La *O.M. de 16-6-78, en su regla 9ª* ha matizado esta aplicabilidad al procurarla: «cuando concurren especiales razones que impidan la aplicación de la legislación general, tales contratos se regirán por lo que las partes convengan de acuerdo con las normas y casos vigentes del comercio internacional». Y cabe preguntarse cuáles son las especiales razones que propiciarán la aplicación de la normativa internacional. Volvemos al análisis precedente. Sólo pueden estar originadas por las características del contrato y nacionalidad de las partes, con la importancia consiguiente de la distancia entre el país origen o de embarque y el nuestro, así como las derivadas de las exigencias del vendedor, tal vez indirectamente aludidas, como veíamos, en el R. D., y, por último, el propio interés de la Administración española en utilizar el sistema.

En realidad la especialidad, pensamos, no supone ninguna excepcionalidad sino que traerá consigo que, normalmente, se aplique el sistema, toda vez que, para tal efecto, sólo será precisa la resolución fundada del Organismo de contratación. Ello, creemos, no debe hacernos desembocar en el escepticismo ante dicha situación, que, al contrario, ha de encararse con la precisión y diligencia que su aplicación generalizada exige, tratando en todo momento de proteger el interés nacional en la determinación de las entidades bancarias, ajuste de las comisiones, responsabilidad de los bancos, en el examen y admisibilidad de los títulos, garantías de entrega y cualesquiera otras, con amparo en los moldes reguladores de las RR.UU. y haciendo factible una negociación provechosa en el seno de ellas.

### III. APLICACIÓN DEL ARBITRAJE A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

#### A) LA CLÁUSULA DE ARBITRAJE

La institución arbitral, con origen en la cláusula compromisoria y, en cierta manera, en el propio contrato de transacción, es tal vez tan antigua como el Derecho mismo, si bien es en este siglo y en los últimos tiempos cuando las exigencias de agilidad, rapidez y economía de medios en la resolución de las controversias, unida al hecho de la lentitud en la tramitación jurisdiccional, han motivado un auge desproporcionado, del alcance imprevisible, de la resolución arbitral de los conflictos, sobre todo en el marco del derecho comercial y, muy en particular, en el Derecho Mercantil Internacional.

En el Derecho español, la Ley de 22 de diciembre de 1953 supuso un notable avance en el ámbito del Derecho privado y Civil, en particular. Sin em-

bargo, ni estaba concebida ni servía para la resolución de los contratos mercantiles, ni siquiera a nivel interno.

La nueva Ley, de 5 de diciembre de 1988, trata de cubrir este frente y surge con un ánimo de utilización generalizada en todos los aspectos citados, conteniendo, incluso, en su Título X, normas de Derecho Internacional Privado. Pretende (34) una reforma en profundidad que consiga eliminar los conflictos de tráfico en masa en el ámbito jurídico y, sobre todo, comercial, así como reducir la sobrecarga a que se encuentran sometidos los Tribunales. Por otro lado, en su artículo 10, promueve la posibilidad de que intervengan corporaciones de derecho público o asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en la designación de árbitros y en la propia organización del arbitraje (35), pensando muy en particular en las Cámaras de Comercio.

En este sentido, la Corte Española de Arbitraje ha comenzado su funcionamiento y ha elaborado una cláusula-tipo amparada lógicamente en el Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL (Comisión de las Naciones Unidas para la unificación del Derecho Mercantil Internacional).

Dicha cláusula dice así:

«Todo litigio derivado de la interpretación o ejecución del presente contrato se resolverá definitivamente mediante arbitraje de uno o más árbitros en el marco de la Corte Española de Arbitraje, de acuerdo con sus Estatutos y con el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.»

(34) La Ley española es el fruto de una larga evolución. Tras la Ley de 22 de diciembre de 1953 que, desde luego, no contribuyó en ninguna medida a la regulación del Derecho mercantil internacional en la materia, España ratificó la Convención de Ginebra de 1961 y la de Nueva York de 1958, por este orden cronológico. A continuación, una nutrida jurisprudencia interna e internacional puso de manifiesto las limitaciones de aquella Ley y la sumisión al orden público internacional. La creación y desarrollo de la Corte Española de Arbitraje, mediante el Real Decreto de 22 de mayo de 1981, que habilitó al Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Turismo y Navegación para crear el oportuno servicio de arbitraje, promovió el definitivo impulso de la nueva manifestación y moderna tramitación y solución de los litigios en el marco de lo que se ha denominado la nueva *lex mercatoria*.

(35) Como hemos destacado en la nota anterior, la Corte Española de Arbitraje es, tal vez, el punto de mira del artículo 10. En el artículo 2º del citado Real Decreto 1094/1981, se señala que el arbitraje comercial internacional se aplicará en los «compromisos de arbitraje que hayan sido concertados entre personas físicas o jurídicas que tengan, en el momento de estipular un acuerdo o compromiso de este tipo, su residencia habitual, domicilio o sede social en diferentes Estados». Claramente se observa una delimitación iusprivatista y al margen de las personas jurídico públicas en la descripción, pero ello no debe excluir el análisis que estamos verificando, por cuanto dichas personas también actúan en el ámbito comercial internacional en idéntica o similar situación mercantil a las privadas.

Como puede observarse, la orientación normativa va dirigida hacia el Derecho privado, Civil y Mercantil. El contenido de este trabajo parte de ese estado de cosas y pretende, de una parte, analizar la aplicación y utilización de cláusulas arbitrales en el seno del Derecho Público y Administrativo, distinguiendo cuando el ente ha de actuar como tal o cuando realiza un contrato privado regido por las normas mercantiles en parte e, incluso, en su caso, la existencia de situaciones mixtas.

Es por ello que, en primer lugar, abordaremos un breve panorama del arbitraje comercial internacional y, a continuación, nos plantearemos el problema con la presencia de un ente público.

## B) EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

Aunque existan multitud de antecedentes, debemos decir que la culminación de la regulación se concreta en el ya citado Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL, elaborado de una forma meticulosa y concluido en octubre de 1982. En relación a los principios que le rigen y conforme a su antecedente, que es el elaborado en 1947 por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, rectificado en 1953, surgieron determinadas normas sobre la materia (36).

Por otro lado se ha aplicado, ya más cerca de nuestro estudio, el arbitraje a los contratos de cooperación internacional y, en definitiva, puede darse por válida la clasificación realizada por BARRIOS DE ANGELIS (37) cuando dice que los campos más fácilmente perceptibles del arbitraje internacional son los siguientes:

- a) El del Derecho Público entre Estados por problemas de Derecho Internacional Público (cuestiones sobre límites, problemas de aprovechamiento de recursos, cuestiones de soberanía, etc.).

(36) Fundamentalmente, las etapas principales son el Convenio de Nueva York de 1958, la Convención Interamericana sobre arbitraje comercial internacional en el año 1975, la Convención y los trabajos para la Unificación Internacional del Derecho Privado, realizados por el Instituto Internacional de Niza en 1953, los Congresos Internacionales de Arbitraje, hasta el de Hamburgo de 1982 y las leyes internas que, en Europa, entre otras, han sido las siguientes: Francia (14 de mayo de 1980 y 12 de mayo de 1981), Italia (6 de febrero de 1983), Reino Unido (Ley de 4 de abril de 1979), Yugoslavia (Ley de 16 de julio de 1972), Suiza (Ley Federal sobre el Derecho Internacional Privado de 18 de diciembre de 1982). Incluso existe una aplicación de los principios arbitrales en el marco del COMECON, sobre todo desde 1949, habiendo ratificado la Unión Soviética las Convenciones de Nueva York y Ginebra y consagrado sus criterios en la Convención de Moscú de 29 de mayo de 1972. (En este sentido DOMINIQUE HASCHER, «Actualité de l'arbitrage International en URSS», Revista del Comité Français de l'Arbitrage 1988.)

(37) BARRIOS DE ANGELIS: «Naturaleza jurídica del arbitraje privado», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1984, págs. 53 y sigs.).

- b) El del Derecho privado (controversias entre particulares cuando existe un ámbito internacional, contratación en general, suministros y transportes internacionales, concurso y quiebra a dicho nivel, etc.).
- c) El de la contratación internacional de Derecho Público entre Estados o entre particulares y Organismos estatales.

Este último aspecto, evidentemente controvertido y cuestionable, al menos en su enfoque, que trata de dar una solución única, habida cuenta de que no limitará su naturaleza privada y pública, es el que vamos a desarrollar a continuación.

### C) REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DE LAS CLÁUSULAS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

En primer lugar debe señalarse que, si bien la nueva Ley 36/1988, de 5 de diciembre, a diferencia de la precitada de 22 de diciembre de 1953, no hace exclusiones en su Título, al referirse al arbitraje y no al «arbitraje de derecho privado», no cabe duda de que la principal razón de ser del sistema arbitral se encuentre en el campo del Derecho privado e, incluso, muy especialmente, en el Derecho privado mercantil. Sin embargo, como ya hemos expuesto, la tendencia es abierta a la aceptación del sistema.

Como requisitos, nos encontramos, en una primera visión, con la necesidad de que haya Decreto del Consejo de Ministros, previa audiencia del Consejo de Estado en pleno, exigencias éstas que derivan del artículo 39 de la Ley General Presupuestaria aprobada por Real Decreto legislativo de 23 de septiembre de 1988, que recoge el mismo criterio de su antecesora, de fecha 4 de enero de 1977.

Pasemos a analizar el citado artículo 39 con las consideraciones doctrinales, de Derecho comparado, del Consejo de Estado y de la Junta consultiva de contratación administrativa.

CREMADES (38) considera que las limitaciones del derecho español para que las administraciones públicas puedan someterse a arbitraje son claras, al quedar condicionada su validez a los requisitos de la Ley General Presupuestaria. Sin embargo debe analizarse en particular la proyección de esas limitaciones en el arbitraje comercial internacional, en razón a la sumisión de

(38) Considera dicho autor que es muy de tener en cuenta que España ha hecho ley interna del precepto contenido en el artículo 2º del Convenio Europeo de Arbitraje de 21 de abril de 1961, en virtud del cual las personas morales del derecho público están facultadas para concertar válidamente compromisos o acuerdos arbitrales para solventar controversias o contiendas surgidas o por surgir de operaciones de comercio internacional. (BERNARDO MARÍA CREMADES: *Estudios sobre arbitraje*, Madrid, 1977), también en «Evolution récente du droit espagnol en matière d'arbitrage», *Revista del Comité Francés de Arbitraje*, 1988.

nuestro país a los Tratados internacionales sobre la materia, que son hoy ley interna y, entre ellas, al Convenio Europeo de Arbitraje de 21 de abril de 1967 y a la Convención de Nueva York de 1958, además de las Convenciones ratificadas por España como la hispano-suiza de 1896 y la hispano-francesa del 28 de mayo de 1969. En este orden, las cláusulas conformes al Convenio europeo que consten en la contratación pública serían válidas, pero, como señala el propio CREMADES, «ello sin perjuicio de la responsabilidad en que hubiera podido incurrir el funcionario que hubiera autorizado tales normas arbitrales de contratación en las normas internas españolas» (39). El mismo autor hace excepción de los expresados requisitos para el caso de que quien contrate sea una Empresa en la que la Administración pública sea la titular exclusiva o notoriamente mayoritaria del capital social.

ARIÑO (40), por su parte, señala cómo sería deseable la introducción del sistema arbitral en contratación administrativa, si bien enfoca la cuestión desde el punto de vista de los administrados, es decir, en orden a la consecución de unas mayores garantías que agilicen el procedimiento a la hora de dirimir controversias derivadas de las relaciones jurídicas en este tipo de contratos. En este orden, en ocasiones, se ha propuesto que tenga facultades consultivas, interpretativas y arbitrales un Órgano de nueva creación. En cualquier caso, estas cuestiones no dirimen nuestros problemas, relativos a la prohibición de transigir en contiendas cuando los derechos del Estado sean afectados. En apreciaciones distintas a las expresadas encontramos los análisis de MIRANDA GONZÁLEZ (41) y la generalidad de la mejor doctrina administrativa española (42).

(39) CREMADES cit., pág. 116.

(40) A juicio de ARIÑO, en España sería muy deseable la creación de un órgano imparcial técnico, al mismo tiempo capaz de resolver en derecho, que daría inmediata solución a los problemas con carácter ejecutivo vinculante para ambas partes, sin perjuicio de su posible posterior impugnación ante los Tribunales para resolver cuestiones estrictamente jurídicas, señalando que podría ser la Junta Consultiva de Contratación o un órgano similar. Comenta también que la rigidez del negocio jurídico público, significada en el artículo 39 de la Ley General Presupuestaria viene de antiguo y se hace precisa la instauración por ley y con carácter general de «un nuevo tipo de arbitraje administrativo». (GASPAR ARIÑO: *La reforma de la Ley de Contratos del Estado*, Madrid, 1984, págs. 167 y sigs.).

(41) Aunque no aborda extensamente el tema, el General Auditor MIRANDA GONZÁLEZ pone de manifiesto la necesidad de que las normas vigentes en el comercio internacional rompan con la rígida normativa y formalismo imperante en la contratación (MIRANDA GONZÁLEZ: *La Contratación del Estado*, cit., Madrid, 1987, pág. 102).

(42) No es el momento de hacer una enumeración de la doctrina administrativa en este punto. Tal vez, por tanto y por no hacer una consideración nominal poco útil, puede verse, por todos: VILLAR PALASÍ: *Principios de Derecho Administrativo*, tomo III, *Contratación administrativa*, págs. 44 y sigs. y, sobre todo, CHILLÓN MEDINA y MERINO MERCHÁN: *Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional*, Civitas, Madrid, 1978).

CHILLÓN MEDINA Y MERINO MERCHÁN profundizan en la materia, explicando que la presunta incapacidad del Estado para transigir se articula más por razón de la materia que por razón de la persona, al no ser susceptibles de arbitraje las cuestiones derivadas del ejercicio del poder público, tales como la gestión de servicios, el dominio público, etc. Así se señala en el artículo 6º de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública, sustituida por las sucesivas Leyes Generales Presupuestarias, y así lo encontramos también en la prohibición de transacciones del artículo 40 de la Ley del Patrimonio del Estado.

Sin embargo, y volviendo al artículo 39 de la Ley General Presupuestaria, cabría analizar si en el concepto de Hacienda Pública de referencia cabe toda la actividad patrimonial del Estado o no está estrictamente pensando sino en las potestades tributarias. Aun así, la interpretación siempre ha sido dirigida a excluir al arbitraje, si no se cumplen los requisitos formales del propio precepto.

No obstante, entendemos que, en la actualidad, ello nos lleva a una inaplicabilidad, en razón a la necesaria rapidez, en cierta manera incompatible con el cumplimiento de los trámites formales, de las normas de arbitraje en situaciones en las que los Estados actúan en relaciones estrictamente comerciales, en cierto modo, al margen del Derecho público, como gestiones realmente privadas y mercantiles. En este sentido, por esta vía, debe interpretarse la posibilidad de su generosa admisión, si bien lo que se propone, al menos en una primera fase, para cumplimentar el artículo 39, es que se reúna y conjugue la doctrina del Consejo de Estado, sobre determinados contratos administrativos base, en relación a objetos tipo de clausulado uniforme y con, a su vez, sumisión al Tribunal de Arbitraje o Corte de Arbitraje de un determinado país. Pues bien, en tal supuesto, al haber intervenido el Consejo de Estado y existir identidad de razón, se podría contratar con la misma forma y requisitos, con las atribuciones de ejecución, para los Organos correspondientes de la Administración, según las cuantías, configurando, en definitiva, un clausulado tipo que podría servir como modelo en cada bloque obligacional, clasificado por «objetos o servicios módulo», que se adquieren.

En tal situación, aunque si no se determina expresamente por el Alto Organismo consultivo, deberían seguir enviándose los contratos, no cabe duda de que, con la especificación de la analogía con supuestos precedentes, la agilización quedaría garantizada y, a su vez, habría constancia precisa de la interpretación sobre la materia del Consejo de Estado, en forma clasificada para cada modalidad arbitral.

En fecha 10 de julio de 1986 se pronunció el citado Alto Organismo, determinando la admisibilidad de la cláusula en una cuestión sobre adquisición de aeronaves, estableciendo, desde el punto de vista formal, que, en casos de urgencia, la consulta podría ser despachada por la Comisión Permanente, aun siendo competencia del Pleno, sin perjuicio de que el Gobierno pueda requerir ulteriormente el dictamen de éste. A la vista de dicho informe cabría, en unión de otros, ir estableciendo criterios, si bien no es sencillo, por cuando, por ejemplo, en dicho caso existían una serie de singularidades en cuanto al sistema arbitral y al tipo de adquisición.

#### D) POSTURA DE LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

En fecha 28 de enero de 1982, la Junta Consultiva formuló el informe 104/81, sobre la materia, cuyas conclusiones, brevemente esbozadas, son las siguientes:

- a) En los contratos administrativos que se celebren con sometimiento al derecho interno español, cualquiera que sea el Organo de contratación de la Administración y la nacionalidad del contratista, la inclusión de cláusulas o celebración de contratos de arbitraje precisa acuerdo adoptado por Decreto del Consejo de Ministros, previo informe del Consejo de Estado en pleno. El régimen jurídico propio del arbitraje, a falta de disposición que lo regule, podrá fijarse para cada caso.
- b) En los contratos que se celebren y se ejecuten en el extranjero, a tenor de lo dispuesto en el artículo 2º.7 de la Ley de Contratos del Estado, del Decreto de 25 de noviembre de 1965 y del Decreto 1120/1977, de 3 de mayo, para contratación militar, cabe la inclusión de cláusulas de arbitraje sin necesidad de las formalidades dispuestas, en cuanto que su régimen jurídico está sometido a la legislación del territorio donde dichos contratos tengan lugar (salvo que se trate de un contrato autónomo de arbitraje).
- c) En el supuesto específico del artículo 239 d), del Reglamento General de contratación, la inclusión de la cláusula arbitral precisa cumplir los requisitos previstos en el artículo 39 de la Ley General Presupuestaria.

Se observa claramente que para la Junta Consultiva la única excepción a la exigencia de los requisitos del artículo 39 se encuentra en los supuestos de aplicación de la legislación extranjera, derivados de los contratos celebrados y ejecutados fuera de España. Esa posibilidad, que ha sido utilizada en algu-

na ocasión, no es desde ningún punto de vista deseable para el respeto a los intereses nacionales, habida cuenta de que, en la mayoría de los supuestos, España es el país comprador y la legislación de los países habitualmente vendedores tiende, en la compraventa internacional, a favorecer —a grandes rasgos— la postura de los vendedores en los casos habituales de discrepancia en la compraventa mercantil.

\* En fase de corrección de pruebas de este trabajo, se ha recibido en las distintas Secretarías Técnicas de los Departamentos ministeriales el Anteproyecto de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Sirvan estas breves líneas para puntualizar, siquiera sea telegráficamente, algunos apartados del estudio, afectados por la citada *“lege ferenda”*.

1.º El anteproyecto, de forma acorde con el artículo 149.1.18 C.E., nace con pretensión unificadora de la materia en las Administraciones Públicas, así como para la adaptación a distintas directivas de la C.E.E., sobre tal cuestión. De otra parte, integra gran parte de preceptos del R.C.E. y los contratos actualmente desgajados de asistencia y servicios (D 1005/74) y de trabajos no habituales (D 1465/85).

2.º Por otro lado, entrando en las materias objeto de nuestro trabajo, se deroga el D.L. 2/64, de 4-02-64, sobre revisión de precios, aunque subsiste con carácter reglamentario y se incluyen en el Anteproyecto los principios básicos en la materia. También debe entenderse afectado el D 1120/77, de contratación militar en el extranjero, que, en principio, parece que pudiera entenderse integrado en el Anteproyecto (artículo 109 de la edición manejada), haciéndose mención en él de que *«se procurarán incluir estipulaciones tendentes a preservar los intereses de la Administración»* y admitiendo *«fórmulas sencillas de arbitraje»*, pudiéndose *«transigir, previa autorización, en todo caso, del Consejo de Ministros»*.

3.º No se observan alusiones a los usos y reglas del comercio internacional que, no obstante, hay que dar por sobrentendidos, mucho más en el marco comunitario. Siguiendo, por otro lado, un planteamiento, tal vez más abierto y tolerante en materia de arbitraje.

4.º En consecuencia, salvadas las posibles vigencias formales normativas, entendemos que los problemas que hemos planteado, tanto en materia de pagos en general como en lo referente a créditos documentarios y arbitrajes, siguen candentes y con presencia obvia, como no podía por menos de ocurrir, al tratarse en definitiva de aplicación de normas y criterios comerciales en el ámbito internacional a los que las personas jurídicas públicas no pueden sustraerse, en gran medida, en el marco general del tráfico empresarial.