

EL LLAMADO PRESTAMO SINDICADO INTERNACIONAL Y LAS CORPORACIONES LOCALES

352.712

por

Juan-A. de Zulueta

Abogado del Ilustre Colegio de Madrid
Letrado-Decano del Excmo. Ayuntamiento

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. ORIGEN DE LA PETICION. EL EXPEDIENTE MUNICIPAL Y GESTIONES CORRELATIVAS.—III. EL CONTRATO: ESTRUCTURA Y ARTICULADO: 1. DEFINICIONES. 2. CUANTÍA. 3. CONDICIONES PREVIAS. 4. DISPOSICIONES. 5. INTERESES. 6. REEMBOLSO. 7. DEVOLUCION ANTICIPADA. 8. OPCIÓN MONETARIA. 9. DECLARACIONES Y SEGURIDADES. 10. COMPROMISOS AFIRMATIVOS DEL PRESTATARIO. 11. COMPROMISOS NEGATIVOS DEL PRESTATARIO. 12. CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS. 13. PAGOS. 14. CASOS DE INCUMPLIMIENTO. 15. CESIÓN Y SUCURSALES PRESTAMISTAS. 16. HONORARIOS, COMISIONES Y GASTOS. 17. CUENTAS. 18. NOTIFICACIONES. 19. RENUNCIAS. RECURSOS ACUMULATIVOS. 20. IDIOMA. 21. COMPENSACIÓN Y REDISTRIBUCIÓN DE LOS PAGOS. 22. EL AGENTE Y LOS BANCOS. 23. RENUNCIA DE INMUNIDAD SOBERANA. 24. JURISDICCIÓN. 25. LEY.—IV. LA FIANZA DEL I. C. O. OTROS ANEJOS.—V. EXENCIONES Y BONIFICACIONES.—VI. LUGAR Y REQUISITOS DE FORMALIZACION DEL CONTRATO. *LOCUS REGIT ACTUM*.—VII. TIPICIDAD O *STANDARD* INTERNACIONAL DEL CONTRATO.—VIII. SU CALIFICACION COMO PRESTAMO O COMO MANDATO.—IX. APLICACION DE LA LEY INGLESA Y SUMISION A TRIBUNALES EXTRANJE-

ROS. EL PROBLEMA ESPECIFICO DE LA RENUNCIA A INMUNIDADES SOBERANAS POR PARTE DE LAS CORPORACIONES LOCALES.—X. EL *EXEQUATUR* EN EL DERECHO ESPAÑOL.—XI. ESTATUTO PERSONAL Y OPORTUNIDAD DE REVISION INTERNACIONAL DE LA FORMULA CONTRACTUAL COMENTADA.

I. INTRODUCCION

Una circunstancia puramente administrativa: la de ser el autor Letrado Consistorial Decano del Ayuntamiento de Madrid, le permitió intervenir de modo directo en los planteamientos jurídicos del primer denominado préstamo sindicado internacional, concedido por la Banca privada extranjera, en unión de la nacional, a una Corporación local española de Derecho público, en este caso el Ayuntamiento de Madrid, por el conocido importe de 100.000.000 de dólares, con destino a la parcial financiación del Plan de Saneamiento Integral de la Capital.

La pluralidad de sujetos intervinientes —Bancos españoles y extranjeros, Agente y Administración pública española central y local— dio lugar a una serie de conversaciones, dictámenes y reflexiones sobre materias de orden jurídico que, por su interés general, rebasan sin duda el de las partes, en términos que justifican plenamente la redacción del presente trabajo, en el que, por razones obvias, se ha tratado de omitir, en lo posible, toda referencia que de modo específico habría de afectar tan sólo al contrato estudiado para considerarlo como modelo o primer ensayo de algo que puede ser objeto de repetición más o menos frecuente en el seno de nuestra Administración.

Con este criterio, y con referencias concretas mínimas, apuntamos a continuación lo que puede ser el origen o promoción de tal contrato.

II. ORIGEN DE LA PETICION. EL EXPEDIENTE MUNICIPAL Y GESTIONES CORRELATIVAS

Como es lógico, la petición arranca de un expediente municipal, nacido en el presente caso de unas gestiones previas iniciadas por la Alcaldía-Presidencia, las cuales dieron lugar a una moción de la

Delegación municipal de Hacienda, Rentas y Patrimonio, que provoca un primer acuerdo muy genérico para concertar el préstamo en las más favorables condiciones, con las consiguientes modificaciones que podrían imponer las circunstancias, entonces concretamente imprevisibles, en cuanto éstas pudiesen afectar a tal iniciativa. A partir de este momento, y después de un adecuado trámite de información pública, la gestión municipal se proyectaría hacia la Administración central para la obtención de las autorizaciones que la formalización del contrato habría de requerir.

Así, en primer término, el Ayuntamiento gestiona y obtiene una previa autorización de la Comisión Internacional de Financiación Exterior para negociar el crédito con la garantía y colaboración del Instituto de Crédito Oficial (I. C. O.), cuya gestión en última instancia habría de ser definitivamente aprobada por el propio Ministerio de Economía, lo que tuvo lugar fechas después.

De tal suerte queda perfilado lo que podríamos denominar el esquema formal del expediente municipal desde el que a partir de aquí se promoverán dos actividades de marcado carácter informal: una hacia la Banca prestamista; la otra hacia el Instituto de Crédito Oficial, como fiador. Se trata de cartas, comunicaciones por telex, entendimientos directos entre los Letrados de las partes, etc., hasta el logro de un texto del contrato en lo que a la Banca se refiere, y de una formalización de garantía en lo que a I. C. O. concierne, una vez obtenida por éste la autorización que le fue concedida al efecto por Real Decreto 1629/80, de 11 de julio, publicado en el *Boletín Oficial del Estado* de 7 de agosto siguiente.

Autorizada la operación en los términos antedichos, completa la tramitación administrativa una manifestación del Banco de España aprobatoria de los términos financieros básicos del contrato y sendas comunicaciones: una del propio Ayuntamiento dirigida al Ministerio de Administración Territorial, dándole conocimiento de la operación; y otra del Ministerio de Hacienda relativa a la bonificación del Impuesto sobre Sociedades, que puede llegar al 95 por 100 conforme al artículo 86.1 del Real Decreto 3061/79, de 29 de diciembre, con todo lo cual habríamos de pasar directamente al examen del texto contractual de no ponerse de manifiesto, con sólo lo dicho, las dificultades que hubiera entrañado todo propósito de encajarlo dentro de las normas administrativas habituales de la subasta, el concurso o el concurso-subasta. La razón es que aquí el tema se plantea en la órbita del Derecho internacional y en

punto a unas relaciones cuyos antecedentes vienen regulándose dentro de dicho campo en un plano estrictamente mercantil privado, sujeto a la *common law*. Por ello, la sola invocación de normas de carácter público posiblemente hubiese malogrado el feliz término de la iniciativa municipal, y de ahí que el Ayuntamiento, sin mencionar fuente legal concreta, pero encontrándose en trance de cumplir con la regla 3.^a, a), del artículo 109 del texto articulado parcial de la Ley 41/1975, aprobado por Real Decreto 3046/77, de 6 de octubre, hubo de optar por la contratación directa admitida como forma cuarta de adjudicación en el artículo 115 del mencionado texto articulado, para lo cual, si se quiere, hubo de utilizar una interpretación extensiva del caso 1.^o *in fine* del artículo 117, partiendo de que cada préstamo sindicado internacional tiene condiciones singulares y únicas que permiten afirmar que el sindicato correspondiente es por tal motivo único productor y poseedor del objeto de las prestaciones, tal como éstas pueden ser ofrecidas y recibidas en cada sujeto concreto, lo cual, para el autor de este trabajo, no es un planteamiento enteramente nuevo, sino que viene abonado por la tesis mantenida en una conferencia que pronunció el 17 de mayo de 1977 en el Instituto de Estudios de Administración Local, dentro de un Curso de Especialización sobre Contratación Administrativa, donde mantuvo la necesidad de un más frecuente y amplio uso de la contratación directa en presencia de una mayor sofisticación de la técnica actual, que obliga a matizar la condición del objeto en términos que habrían de escapar a toda previa determinación, así como de las posibilidades de un riguroso control democrático hoy posible y llamado a impedir cualquier abuso de la Administración, lo que, *mutatis mutandi*, acontece en la contratación del supuesto préstamo que nos ocupa, respecto al cual el control democrático se produce *ab initio* desde el primer momento, en torno a una mayor complejidad de la técnica financiera internacional, que para el caso es lo mismo que la de cualquier otra técnica ingenieril o científica, hasta el punto de que, como vamos a ver, se ha llegado a decir que el contrato que se perfecciona no es ni siquiera un contrato rígido y cerrado, sino más bien un *contrato marco* que en curso de ejecución ha de ser remodelado, ajustado y aun modificado en presencia de imprevisibles circunstancias.

Por de pronto, lo que sí corresponde señalar aquí es que unas proposiciones formuladas por el autor en 1977 con acogida muy

dudosamente favorable, son precisamente las que, por un camino distinto pero con una motivación pareja, han permitido ahora la iniciación del importante contrato que nos ocupa.

III. EL CONTRATO: ESTRUCTURA Y ARTICULADO

De lo señalado puede inferirse que un verdadero acierto municipal pudo haber sido la iniciativa a través de la cual el Ayuntamiento consideró oportuno «conceder el mandato para sindicación y firma del préstamo al *Bank...*, habida cuenta de que presenta unas mayores ventajas para el prestatario».

Este *mandato* es el que determina la sindicación —veremos en qué términos— de ocho Bancos extranjeros con participación de 8.500.000 dólares cada uno, y otros ocho Bancos españoles con participación de 4.000.000 de dólares, que suman los 100.000.000 de dólares del crédito total, cuyos dieciséis Bancos, a su vez, confieren mandato a un Agente (B. F. G. Luxemburg), que será quien se entienda directamente tanto con el Ayuntamiento como con el I. C. O., fiador de la operación.

Con la intervención de estas Entidades se cierra el capítulo de intervinientes en el contrato:

Prestamistas: los dieciséis Bancos indicados.

Mandatario de los Bancos: B. F. G. Luxemburg.

Prestatario: el Ayuntamiento de Madrid.

Garante: I. C. O.

Legitiman la operación todas aquellas autorizaciones oficiales de las que ya se ha hecho mérito (Comisión Interministerial de Financiación Exterior, Dirección General de Política Financiera del Ministerio de Economía, Ministerios de Hacienda y Administración Territorial y Real Decreto 1629/80), con lo cual el contrato se articula a lo largo de veinticinco capítulos o grandes cláusulas, que han de examinarse a continuación, seguidas de seis apéndices: A), el propio contexto de la fianza de I. C. O.; B), C), D) y E), las opiniones en Derecho o dictámenes jurídicos de los Asesores de las partes, y, finalmente, F), un modelo o formulario de notificación de puesta en marcha del crédito (*Notice of Drawing*).

Dentro de este cuadro, las veinticinco cláusulas aludidas pueden resumirse del siguiente modo:

1. DEFINICIONES

Como es frecuente en este tipo de contratos, las partes se esfuerzan en definir previamente los conceptos que van a ser utilizados en el curso de los inmediatos pactos, cuyos conceptos en el presente caso alcanzan el número de veintinueve, si bien alguna definición, como la que corresponde al llamado *periodo de interés*, contiene hasta ocho apartados distintos, destinados a matizar tal definición, aunque ciertamente no ha de ser aquí necesario repasar todo este amplio capítulo, al que se hará parcial referencia siempre que se considere oportuno.

2. CUANTÍA

Se cifra como máxima la de 100.000.000 de dólares americanos, o su equivalente en moneda alternativa (marcos alemanes o francos suizos, libremente transferibles y convertibles en dólares), pero bajo la condición muy importante de que cada Banco sólo se obliga por la cantidad máxima expresada frente a su nombre respectivo en la página de firma del documento, o sea, los Bancos extranjeros por 8.500.000 dólares cada uno, y los nacionales por 4.000.000 de dólares, constituyendo así deudas mancomunadas, separadas e independientes.

3. CONDICIONES PREVIAS

La cautela se extrema en este punto, puesto que el crédito no se pondrá a disposición de la Corporación municipal hasta tanto el Agente (B. F. G. Luxemburg) reciba a su satisfacción copias, traducciones y certificaciones autorizadas de las disposiciones municipales básicas (artículos 137 y 140 de la Constitución y Ley especial de Madrid con sus traducciones), así como de los acuerdos municipales aprobatorios del contrato, designación de personas autorizadas para recibir y oír notificaciones, contrato de garantía, evidencia de que están plenamente en vigor todas las aprobaciones, licencias y permisos gubernativos, carta u oficio del Banco de España aprobatoria de los términos financieros del contrato y de la garantía, resolución del Ministerio de Hacienda acreditativa de la

concesión del beneficio del 95 por 100 del Impuesto de Sociedades, autorizaciones de I. C. O. y dictámenes favorables de los Letrados de las partes que formalmente se citen.

4. DISPOSICIONES

Supuesta la firma del contrato y supuesto también el cumplimiento de las condiciones previas citadas, se llega al momento de disponer de los créditos, cuyas disposiciones han de solicitarse del Agente, con carácter irrevocable, antes del quinto día hábil anterior a aquel en que vaya a tener lugar la disposición.

La primera disposición ha de verificarse antes de los nueve meses de la fecha del contrato, y las sucesivas han de ser múltiplo íntegro de 10.000.000 de dólares.

5. INTERESES

Las peticiones de disposición a que hace referencia la cláusula precedente abren lo que el contrato denomina *periodos de interés*, que, a voluntad de la Corporación, pueden ser de tres o de seis meses, determinando el Agente su importe por la suma de lo que en el contrato se denomina *margin* (durante los primeros cinco años, 5/8 de un 1 por 100 anual, y a partir de tal período, 3/4 del 1 por 100), más la media aritmética de los tipos respectivos de interés que sean ofrecidos a cada Banco para cada período de referencia en el Mercado Interbancario de Londres.

6. REEMBOLSO

Los reembolsos de las cantidades disponibles se efectuarán en nueve plazos lo más aproximadamente iguales posible, debiendo tenerse en cuenta que, al respecto, las *definiciones* establecen que las nueve fechas corresponden a intervalos semestrales a contar de sesenta meses de la fecha del contrato; con lo cual la totalidad del reembolso queda aplazado a nueve años y medio desde su fecha.

7. DEVOLUCIÓN ANTICIPADA

Lógicamente el contrato admite la devolución anticipada (múltiplos integrales de 10.000.000 de dólares), con las consiguientes re-

percusiones en las cuentas de las partes, reduciéndose por el importe de las mismas la responsabilidad del Banco o Bancos a favor de los cuales se efectúe la devolución.

8. OPCIÓN MONETARIA

La cláusula en cuestión comprende nada menos que once apartados, desde la letra A a la K). En realidad, lo que regula es la posibilidad de que el Ayuntamiento puede, de tiempo en tiempo, solicitar del Agente información acerca de si la disposición inmediata puede ser atendida en moneda alternativa (marcos alemanes o francos suizos). El Agente, en contacto con los Bancos, debe contestar a la Corporación aceptando o rechazando que la disposición sea en moneda alternativa, sin olvidar que el carácter internacional de las relaciones contratadas obliga a tomar en consideración, como circunstancias obstativas de cumplimiento, aquellos cambios económicos, políticos, financieros, nacionales o internacionales, modificación de los tipos y costes de cambio que, a juicio del Agente, hiciesen impracticable la disposición o la conversión, mantenimiento o reembolso de aquélla en la moneda alternativa solicitada por el prestatario.

9. DECLARACIONES Y SEGURIDADES

Cláusula todavía más extensa que la anterior. Contiene una declaración formal, casuística y reiterativa, de que el Ayuntamiento opera dentro de la más firme legalidad, con inmediata referencia al régimen fiscal de la operación, liquidación anual de presupuestos y comunicación del inventario de bienes municipales.

Debe señalarse también que en este apartado del contrato se hace especial mención a la cláusula *pari passu*, con referencia a todas las restantes responsabilidades directas y contingentes no garantizadas, presentes o futuras, del prestatario, lo que, dicho sea de paso, no parece fácil de encajar dentro de nuestro Derecho interno, según ha de verse más adelante.

10. COMPROMISOS AFIRMATIVOS DEL PRESTATARIO

Corresponden a la buena fe que preside todo este compromiso contractual, desde la obligación municipal de destinar los fondos

procedentes del contrato al Plan de Saneamiento Integral, hasta la obligación de mantener las autorizaciones y licencias para su cumplimiento, pasando por la obligación de informar al Agente de su situación financiera. ●

11. COMPROMISOS NEGATIVOS DEL PRESTATARIO

Se trata, sin duda, de compromisos previstos para una empresa privada, como pueden serlo el prohibir el gravamen de sus bienes o la creación de responsabilidades sobre ellos en caso de una disolución que es imposible cuando se trata de un Ayuntamiento.

12. CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS

Trátase, como el propio epígrafe indica, de la consabida cláusula *rebus sic stantibus*, en previsión de modificaciones legales, reglamentarias, o de requisitos que pudieran afectar al contrato de forma que pudiese parecer a alguno de los Bancos que ello habría de determinar la ilegalidad del cumplimiento de sus obligaciones, así como si los cambios de normativa aludidos pudiesen determinar aumentos de costos o impuestos, o en ellos encontrase el Agente circunstancias insuperables para determinar el tipo de interés en cada período, o no fuese posible obtener depósitos de dólares, etc. En todos estos casos —y aquí se acentúa el carácter mancomunado de la obligación bancaria— cesará para posteriores disposiciones la responsabilidad del Banco que opusiese un cambio de circunstancias, reduciéndose el compromiso máximo en la proporción correspondiente.

13. PAGOS

Los pagos tendrán lugar siempre con intervención del Agente. Siendo en dólares, se efectuarán a través de la Cámara de Compensación de Nueva York, y siendo en moneda alternativa, en el Banco convenido, quedando a cargo del Ayuntamiento todas las repercusiones económicas de cualquier demora en los pagos, tanto por principal como por intereses, comisiones de compromiso, horario de reserva u otras causas, cuyas repercusiones le serán cargadas, como se ha dicho, sin compensación, enteramente libres y sin ninguna deducción o retención de orden fiscal.

Una amplia subcláusula —a nuestro juicio, de irreal efectividad—, procedente de la contratación privada, prevé el caso imposible, a que ya nos hemos referido, de disolución del Ayuntamiento.

14. CASOS DE INCUMPLIMIENTO

Se prevén los normales —falta de pago y seguridades de cumplimiento— como motivos de declaración de vencimiento total del préstamo. Pero a continuación siguen otras, como pueden serlo una declaración de moratoria general o la promoción de un procedimiento universal en beneficio de los acreedores, suspensión de pagos, embargo judicial, suspensión de la actividad, imposición de gravamen sobre bienes, etc., cuyas contingencias sólo hemos de admitir como posibles en relación con deudores de carácter privado, puesto que creemos que no pueden relacionarse, entre nosotros, ni con un Ayuntamiento deudor ni con el I. C. O., garante de la operación.

Aun cuando los términos de tal cláusula, que indudablemente procede de operaciones privadas anteriores, no han sido suprimidos, se ha aceptado un discreto *to the extent permitted by law* que pone a cubierto las reservas que las representaciones del Ayuntamiento y del I. C. O. formularon en sus conversaciones, en términos que corresponden también a un *its activities*, que suple en los lugares adecuados la referencia mercantil a los *business*, a que los deudores, tanto el Ayuntamiento como el I. C. O., no pueden propiamente dedicarse.

15. CESIÓN Y SUCURSALES PRESTAMISTAS

Regula esta cláusula, sin mayores problemas, la actuación de los Bancos a través de sus sucursales y la transferencia posible de parte de sus derechos a otros Bancos, porque en el supuesto de cesión o transferencia total, el Agente, previa consulta al prestatario y a los otros Bancos, puede designar la entidad que haya de reemplazar a la que cesa.

16. HONORARIOS, COMISIONES Y GASTOS

Aparte de determinados honorarios de gestión para su distribución entre los Bancos, se fijan honorarios de reserva, comisión de compromiso, reembolso de gastos, impuestos, etc.

17. CUENTAS

Con un marcado carácter mercantil, son llevadas por separado para cada Banco.

18. NOTIFICACIONES

Apártase el contrato de las formas administrativas habituales, sustituidas por el empleo de teléfonos, telex, cartas, telegramas o cables.

19. RENUNCIAS. RECURSOS ACUMULATIVOS

Para todas las partes interesadas se establece que ningún incumplimiento o demora en el ejercicio de cualquier derecho, facultad o privilegio derivados del contrato, implican renuncia a los derechos, facultades o privilegios afectados por tal conducta.

20. IDIOMA

El inglés, o traducción inglesa fidedigna de cualquier texto español.

21. COMPENSACIÓN Y REDISTRIBUCIÓN DE LOS PAGOS

Permite las compensaciones directas de sumas entre cada Banco y el Ayuntamiento.

22. EL AGENTE Y LOS BANCOS

Esta cláusula, de cierta extensión, como otras que ya hemos destacado en igual sentido, configura la función del Agente en términos que le identifican como un mandatario de los Bancos en cuanto aquél gestiona el crédito en su nombre, recibe cantidades tanto como reembolsos de principal como en pago de intereses, comisiones de compromiso, honorarios de reserva, de gestión o cualquier otro concepto. El Agente tiene facultades para declarar vencido el crédito y cancelada cualquier parte no dispuesta del

mismo cuando se produjesen las causas de incumplimiento reguladas en la estipulación 14.

El Agente, que no viene obligado a promover procedimiento alguno contra el prestatario ni contra el garante, recibe las comunicaciones de las partes y da los traslados y copias correspondientes, entendiéndose que lleva a cabo sus funciones sin asumir obligación alguna del prestatario.

Un punto muy importante es que el Agente puede incluso variar los términos del contrato con autorización de los Bancos que representen dos tercios de las disposiciones efectuadas, salvo cuando se trate de cambio de tipos de interés, cambio de fechas o moneda, para lo que se requerirá acuerdo bancario unánime.

23. RENUNCIA DE INMUNIDAD SOBERANA

Constituye la renuncia del Ayuntamiento a exceptuar toda posible inmunidad ante cualquier jurisdicción en la medida máxima permitida por las Leyes, y, de modo concreto, en lo que respecta a los Estados Unidos, a lo establecido en la *Roreign Sovereign Immunities Act*, 1976.

24. JURISDICCIÓN

Se prevé la sumisión del Ayuntamiento, a opción de los Bancos o del Agente, a favor de los Tribunales ingleses o del Estado de Nueva York, o de la Corte Federal de Nueva York, o de Madrid, aunque sin carácter exclusivo, pudiendo los Bancos y el Agente acudir a cualquier otra jurisdicción competente.

25. LEY

Dice textualmente: este contrato será regido e interpretado en todos sus sentidos de acuerdo con las leyes (*laws*) de Inglaterra.

* * *

Hasta aquí, el contrato con el Ayuntamiento. Pero no se puede olvidar que el primer anexo del mismo es el de fianza o garantía del Instituto de Crédito Oficial, de cuya suerte, si el Ayuntamiento

ha negociado cláusulas como deudor directo, igualmente las ha negociado el I. C. O. por su parte, en términos a los que también es necesario aludir y que nos obligan a abrir un nuevo apartado relativo a tal fianza y a los anejos subsiguientes.

IV. LA FIANZA DEL I. C. O. OTROS ANEJOS

Debemos señalar, en primer término, que la fianza en cuestión fue autorizada por el Real Decreto 1629/80, de 11 de julio (*Boletín Oficial del Estado* de 7 de agosto), el cual contiene siete artículos:

Por el primero se autoriza a I. C. O. a garantizar la operación con carácter solidario.

Por el segundo se fija la comisión de la garantía en 1/2 por 100 anual sobre el importe de las cantidades garantizadas.

Por el tercero se especifica que los fondos se destinarán a financiar las inversiones reales del Plan de Saneamiento Integral de Madrid.

Por el cuarto se regula el depósito y disposición del contravalor en pesetas de las cantidades dispuestas.

El artículo quinto salva la condición de existencia de márgenes suficientes en las autorizaciones presupuestarias de avales.

El sexto faculta a I. C. O. a otorgar el aval, y el séptimo reserva a los Ministerios de Economía y Hacienda las facultades necesarias para el desarrollo del Decreto.

Dentro del citado esquema, y una vez solicitado formalmente el aval por el Ayuntamiento, la garantía de I. C. O. ante los Bancos prestamistas constituye el primer anejo del contrato Bancos-Agente-Ayuntamiento.

Establecido directamente entre I. C. O., los Bancos y el Agente, sin intervención del Ayuntamiento, comprende varios apartados que pueden resumirse con arreglo al siguiente índice:

1. Garantía solidaria, matizada por seis disposiciones articuladas bajo las letras A) a la F). Los resarcimientos procedentes del fiador se efectuarán a través del Agente y no directamente a los Bancos, sin haber lugar a términos de gracia o cortesía. Dicha garantía permanecerá viva e íntegra hasta el total pago de todas las cantidades objeto del contrato, siendo extensiva a todos los gastos e impuestos que el mismo provoque.

2. La garantía se entiende extendida a cualquier pérdida de todo tipo que resulte de omisión por parte del prestatario, incluso por demora o dilación en ejecución de fallos de los Tribunales o en supuestos de liquidación que perjudiquen los cambios aplicables.

3. Constituye una sumisión del garante a la Ley civil y mercantil, dado que la garantía se somete a la Ley inglesa, pese a su condición de órgano autónomo del Estado español, sin que precise nuevas autorizaciones, aprobaciones o licencias, afirmando no estar sujeto a ningún proceso o litigio, obligándose a presentar la aprobación de sus cuentas al 31 de diciembre de 1979.

4. Se refiere a la aprobación parlamentaria de Presupuestos referentes a I. C. O., sumisión a todas las leyes aplicables y notificación de incidencias al Agente.

5. Fija domicilios del Agente y del garante a efectos de notificaciones.

6. Establece que las omisiones o errores del Agente o de cualquier Banco no perjudicarán a ninguno de los derechos de éstos.

7. Todas las comunicaciones y documentos posteriores a las garantías serán redactados en inglés o con traducción inglesa certificada como cierta y fidedigna por traductores oficiales.

8. Sumisión a los Tribunales ingleses.

9. El garante renuncia a cualquier inmunidad jurisdiccional o reclamación por la naturaleza del procedimiento que se siga contra el mismo, exceptuándose los privilegios recogidos en el artículo 44 de la Ley General Presupuestaria de 4 de enero de 1977.

10. La garantía será regulada e interpretada en todos sus aspectos de conformidad con la legislación inglesa.

Muy escuetamente resumido —quizá excesivamente resumido— cuanto concierne a la garantía de I. C. O., que podría ser ampliamente estudiada a la luz de la Ley presupuestaria 11/1977, de 4 de enero; Real Decreto 1629/1980, de 11 de julio, por el que se autoriza la prestación de dicha garantía, y aun del Real Decreto 1654/1980, de la propia fecha, por el que se regulan los servicios a lo Contencioso del Estado en el extranjero, hemos de señalar que, como ya se ha dicho, los siguientes anejos, B) al E), del contrato del Ayuntamiento están constituidos por las opiniones legales —*legal opinions*— de los Letrados de las partes interesadas, si bien se debe destacar que difieren un tanto de lo que son normalmente nuestros

dictámenes en Derecho, entre otras razones por venir prácticamente preconcebidos por los estudios legales ingleses.

A través de tales informes, lo que se busca principalmente es una certidumbre de la vigencia y efectividad de las autorizaciones que afectan a la formalización del contrato y de las disposiciones que lo amparan. La *praxis* se impone a la doctrina, y al menos en lo que concierne al dictamen del autor del presente trabajo como Letrado consistorial (Apéndice B del contrato), debe restárseles todo énfasis de carácter doctrinal.

Mientras tanto, conocida ya la estructura del llamado contrato de préstamos y la de garantía prestada por el I. C. O., lo que sí puede y aun debe hacerse de modo inmediato es glosar brevemente la normativa fiscal que parece querer favorecer el tipo de negocio que contemplamos.

V. EXENCIONES Y BONIFICACIONES

En principio, tres son los impuestos que pudieran afectar al contrato objeto de estudio. A saber:

- a) Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos documentados.
- b) Impuesto General sobre el Tráfico de Empresas (I. T. E.); y
- c) Impuesto sobre Sociedades.

El tema, como es lógico, despertó la atención de los hacendistas y financieros españoles, en términos de los que son exponente los trabajos de los señores don José Luis DE JUAN PEÑALOSA y don Luis PASTOR RIDRUEJO, publicados en la revista *Crónica Tributaria*, del Instituto de Estudios Fiscales, de cuyos trabajos, los del primero—dos artículos— aparecen insertos en los números 27 y 32 de dicha publicación («Incentivos fiscales a las inversiones españolas en el extranjero» y «Constancia de una confusión: la imposición indirecta a los préstamos internacionales»). Sin embargo, el primero de los mencionados artículos, que se ocupa de nuestras inversiones exteriores, como es natural, apenas roza nuestro tema, o sea, el de las inversiones extranjeras en España, que es lo contrario y lo que aquí nos interesa, refiriéndose el segundo a los préstamos a favor de la empresa privada en un momento de reforma legislativa de los Impuestos de Tráfico de Empresas y de Transmisiones Patrimo-

niales, superado en general, y de modo particular en lo que concierne a préstamos a favor del Estado y de la Administración pública territorial.

El estudio de don Luis PASTOR RIDRUEJO, que es una comunicación presentada al Seminario sobre «Cooperación financiera internacional en los años ochenta», patrocinado por la *Fondation Européenne de la Culture*, celebrado en Madrid durante los días 5 a 7 de noviembre de 1977, publicada en el número 31 de *Crónica Tributaria* bajo el título de «El marco jurídico-fiscal de las relaciones financieras internacionales», presentó ya algún punto más afín a nuestro tema, especialmente en orden a la necesidad de puntualización de ciertos extremos que en parte compartimos, como hemos de ver, y que en parte corresponden a medidas legislativas de orden fiscal ya producidas en el curso del año 1979 al 1980.

Con todo ello hemos de poder decir que en un orden más amplio todo el complejo problema de la financiación internacional indicada, en sus varios aspectos, hubo de ser estudiado más tarde en el Seminario organizado por el Consejo Superior Bancario durante las sesiones que tuvieron lugar en Madrid, durante los días 18 y 19 de junio de 1979, en el curso de las cuales una destacada ponencia de don Juan BASANTA centró plenamente la cuestión fiscal en aquel momento y en aquella fecha, pero ha de repetirse que de entonces a acá —y sólo en fecha muy reciente de 1980 se han publicado las ponencias—, disposiciones legales posteriores han venido a modificar el régimen fiscal que nos ocupa, lo que hace necesario reconstruir y poner al día los varios estudios a que nos hemos referido, aunque en su momento fueron perfectos con arreglo a una legislación que últimamente ha evolucionado.

Tenemos así:

a) *Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos documentados*. Regulado este impuesto por la Ley 32/80, de 21 de junio, que, publicada en el *Boletín Oficial del Estado* del día 27, entró en vigor el 1 de julio, conforme a su disposición final primera, debe tenerse en cuenta que el artículo cuarto, apartado a) de la misma, atribuiría al Ayuntamiento la condición de sujeto pasivo obligado al pago; pero a su vez ha de constatarse que el artículo 37.1, A), a), sanciona la exención subjetiva del Estado y las Administraciones públicas territoriales, dentro de las que han de considerarse comprendidos nuestros Ayuntamientos en acatamiento de lo dispuesto en el artículo 137 de la Constitución, según el cual el Estado

se organiza territorialmente en Municipios, en Provincias y en las Comunidades autónomas que se constituyan. Todas estas Entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses, cuya autonomía, en el orden municipal, garantiza el artículo 140, con lo cual, como advierte ALZAGA VILLAAMIL (1), pasamos de un sistema de tres planos territoriales —Estado, Provincia y Municipio— a otro de cuatro, en el que, subsistiendo los anteriores, viene a reconocerse un cuarto plano integrado por las Comunidades autónomas, con lo cual —agregamos por nuestra parte— el Ayuntamiento no deja de tener la condición de Administración pública territorial y, por tanto, subjetivamente exenta del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos documentados, con arreglo al citado artículo 37.1, A), a), de la Ley 32/80, de 21 de junio.

b) *Impuesto General sobre el Tráfico de Empresas (I.T.E.)*. El problema de la exigibilidad del impuesto de referencia, que planteaba alguna duda de interpretación en el Texto refundido aprobado por Decreto 2214/66, de 19 de diciembre, viene a quedar hoy definitivamente resuelto a través del Real Decreto 2951/79, de 21 de diciembre, con arreglo a cuyo artículo primero no se exigirá en ningún caso en las operaciones de préstamo y crédito contratados o formalizados en divisas, así como en los servicios realizados por Entidades bancarias de crédito o ahorro directamente relacionadas con la indicada operación.

De esta suerte, la disposición citada, que tan directamente afecta al contrato objeto de estudio, responde, como proclama su preámbulo, tanto a la aplicación de un principio de reciprocidad internacional como al propósito de evitar toda posible doble imposición, sin olvidar las dificultades con que tropezarían las Entidades extranjeras al convertirse en sujetos pasivos del impuesto, con lo cual la exención hubo de considerarse por nuestra Hacienda como «muy aconsejable desde el punto de vista de la economía nacional, por cuanto con ella se facilita la financiación internacional de nuestras empresas y se suprime el impedimento que el gravamen de estas operaciones supondría para que España actúe como centro financiero internacional».

Así, pues, señalada la existencia de la exención, conviene subrayar el alcance bivalente de la misma, en cuanto afecta tanto a la operación de préstamo en sentido estricto, como a los servicios que

(1) *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*, pág. 828.

tal operación lleva consigo, lo que no deja de ser importante si se tiene en cuenta el área de gestión de servicios que abre nuestro contrato en punto a información de cotizaciones, modificación del propio contrato, establecimiento de cuentas, notificaciones, etc.

Creemos que la amplia redacción del Real Decreto y que incluso la advertencia final de su preámbulo, que alude a nuestra aproximación a los sistemas fiscales de los países con los que mantenemos relaciones económicas más estrechas y con los que parece conveniente armonizar nuestra fiscalidad, obligan a concluir que la operación, con todas las consecuencias y servicios derivados de ella, goza plenamente de la exención del Impuesto sobre Tráfico de Empresas.

c) *Impuesto sobre Sociedades*. Aquí debemos consignar los textos legales aplicables, que son éstos:

Básicamente, el artículo 25, c), 1, de la Ley 61/78, de 27 de diciembre, reguladora del Impuesto, que vino a autorizar la bonificación del mismo hasta un 95 por 100 de la cuota a los rendimientos de los préstamos contratados por empresas españolas con Organismos internacionales o con Bancos e instituciones financieras extranjeras que no tuviesen en España establecimientos permanentes, cuando los fondos así obtenidos se hubieran de destinar a financiar inversiones reales en las condiciones que reglamentariamente se determinasen.

Partiendo de la norma citada, el artículo 86 del Real Decreto 3061/79, de 19 de diciembre, sobre régimen fiscal de la inversión empresarial, establece que los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades —los Organismos internacionales, los Bancos extranjeros y las instituciones financieras extranjeras, por razón de los rendimientos de los préstamos que conceden a empresas españolas—, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado c), uno, del mencionado artículo 25 de la Ley 61/78, podrán gozar de la bonificación aludida en las condiciones que establece el propio Real Decreto, el cual dispone en el apartado c) del siguiente artículo 87 que cuando el prestamista tuviese establecimiento permanente en España, dichas operaciones habrían de formalizarse fuera del territorio español, y el pago del principal y de los intereses se habría de efectuar en el extranjero, sin que el establecimiento permanente tenga intervención alguna en la ejecución de los créditos o del empréstito.

Con ello parece seguirse un criterio que ya pudo anticipar don Luis PASTOR RIDRUEJO un mes antes en el Seminario sobre «Coope-

ración financiera internacional en los años ochenta», al manifestar su esperanza en una norma aclaratoria mediante la cual quedasen solamente exceptuados de los beneficios tributarios los créditos canalizados a través del establecimiento permanente, eliminando así perplejidades y dudas, acentuadas por la lenta tramitación del expediente de concesión, que obliga las más de las veces a firmar los contratos antes de ser declarado el beneficio solicitado. La inequívoca redacción de una norma aclaratoria, como un mes después vendría a ser el Real Decreto 3061/79, de 19 de diciembre, habría de ser la solución adecuada.

Sin embargo, orientado el Real Decreto citado a la empresa privada, el problema surge cuando el contratante es una persona o un órgano de la Administración pública, como lo es una Corporación local, poniéndose de manifiesto una laguna que ha querido salvar el Real Decreto-ley 5/80, de 19 de mayo, al recoger en su artículo 1.º la bonificación a los préstamos que el Estado, Comunidades autónomas y Corporaciones concierten con los Organismos internacionales o con Bancos e instituciones financieras «que no tengan en España establecimiento permanente», cuando los fondos así obtenidos se destinan a financiar inversiones reales, necesarias para el ejercicio de servicios de su competencia, con lo cual no es posible pasar por alto el requisito de la no existencia de «establecimiento permanente en España», no requerido por el Real Decreto 3061/79, que se limita a exigir la no intervención de tal establecimiento en la operación, mientras que el Real Decreto-ley 5/80 parece exigirlo.

A nuestro juicio, este matiz debe considerarse como un *lapsus legis*, si se tiene en cuenta el apartado d) del artículo 87 del Real Decreto 3061/79 al que hemos hecho referencia, puesto que, tanto por razón del principio *non bis in idem*, como por razón de que los contratos de la Administración pública no parece lógico que sean de peor condición que los de las empresas privadas, e incluso por razón de la correcta aplicación de los artículos 3.º y 4.º del Código civil, parece ineludible llegar a la conclusión de que unos y otros contratos han de ser equiparados con el fin de «que exista igualdad de trato en los mercados financieros extranjeros», como se afirma en el preámbulo del propio Real Decreto, toda vez que el espíritu y finalidad de la Ley como fundamento de su interpretación es, según el artículo 3.º, 1, del Código civil, una exigencia de equidad a la que apela el párrafo 2 de dicho artículo, en concordancia con

la aplicación analógica a que se refiere el artículo 4.º, 1, del propio texto legal.

De todas suertes, no dejaría de ser conveniente que una norma aclaratoria o complementaria de las previstas en el artículo 2.º del Real Decreto-ley 5/80, de 19 de mayo, viniese a ratificar que el artículo 1.º del mismo responde a idénticas exigencias que las del apartado *d*) del artículo 87 del Real Decreto 3061/79, de 29 de diciembre, en relación con la norma genérica del 86, aclarando así que los préstamos públicos gozan de igual bonificación aunque el prestamista, Organismo internacional, Banco o institución financiera extranjera tuviesen establecimiento permanente en España, siempre que las operaciones hubiesen de ser formalizadas fuera de territorio español y el pago del principal e intereses hubiera de efectuarse en el extranjero, sin que el establecimiento permanente situado en España tuviese intervención alguna en la ejecución de los créditos de referencia.

El punto es esencial, disiparía todo género de dudas y evitaría posibles planteamientos de cuestiones espinosas a que podía dar lugar la concurrencia sindicada de Bancos nacionales y extranjeros y, entre éstos, de Bancos con establecimiento abierto en España y Bancos sin él.

En tales supuestos, unos Bancos gozarían de bonificación y otros no, colocándose en situación tributaria distinta, siempre perjudicial para los Bancos españoles y para los extranjeros más arraigados en nuestro país, puesto que el prestatario, aun admitida la asunción del pago del impuesto, habría de buscar, como es natural, prestamistas exentos del porcentaje bonificable.

Por ello, creemos que el Real Decreto-ley 5/80 debe ser aclarado, y decimos aclarado y no modificado, porque suponemos que no puede pensarse que unos préstamos internacionales pueden diferir de otros por malos motivos de orden subjetivo, que harían de peor condición fiscal a los préstamos a favor del Estado, Entidades territoriales y Corporaciones locales.

Con cuanto acabamos de decir no queda, sin embargo, plenamente enfocada la materia fiscal, que requiere, por lo menos, una alusión, aunque sea sucinta, a los *convenios de doble imposición*, de los que España ha suscrito, ratificado y publicado en el *Boletín Oficial del Estado* los siguientes:

Con Francia: Convenio de 8 de enero de 1963, publicado en el *Boletín Oficial del Estado* de 7 y 30 de enero de 1964, y Convenio

de 27 de junio de 1973, ratificado el 7 de enero de 1974, publicado en el *Boletín Oficial del Estado* de 7 de mayo de 1975, este último completado por Acuerdo de 6 de diciembre de 1977, ratificado el 16 de marzo de 1979 y publicado en el *Boletín Oficial del Estado* de 30 de abril siguiente.

Con Suecia: 25 de abril de 1963, *Boletín Oficial del Estado* de 18 de enero de 1964; complementario de 14 de marzo de 1966, *Boletín Oficial del Estado* de 24 de enero de 1967, y Convenio y Protocolo de 16 de junio de 1976, ratificado el 7 de diciembre, *Boletín Oficial del Estado* de 22 de enero de 1977.

Con Noruega: 25 de abril de 1963, *Boletín Oficial del Estado* de 17 de julio de 1964.

Con Suiza: 26 de abril de 1966, *Boletín Oficial del Estado* de 3 de marzo de 1967.

Con Austria: 20 de diciembre de 1966, *Boletín Oficial del Estado* de 6 de enero de 1968.

Con Alemania: 5 de diciembre de 1966, *Boletín Oficial del Estado* de 8 de abril de 1968.

Con Finlandia: 15 de noviembre de 1967, *Boletín Oficial del Estado* de 11 de diciembre de 1968.

Con Portugal: 29 de marzo de 1968, *Boletín Oficial del Estado* de 31 de marzo de 1970.

Con Bélgica: 24 de septiembre de 1970, *Boletín Oficial del Estado* de 27 de octubre de 1972.

Con Holanda: 16 de junio de 1971, *Boletín Oficial del Estado* de 16 de octubre de 1972.

Con Gran Bretaña: 21 de octubre de 1975, ratificado el 17 de julio de 1976, *Boletín Oficial del Estado* de 18 de noviembre siguiente.

Todos estos convenios, publicados hasta 1972 por el Instituto de Estudios Fiscales del Ministerio de Hacienda bajo el título «Doble imposición internacional», responden al modelo de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (O. C. D. E.), y deben considerarse integrados en nuestro Derecho interno, en razón de lo dispuesto en el artículo 1.º, 5, del Código civil *a contrario sensu*, y de lo que por otra parte dispone el artículo 96 de la Constitución, pese a la indiscriminación, y como consecuencia de ella a la posible confusión, con que los *tratados* y los *convenios* son objeto del artículo 94 y aun del citado artículo 96.

Creemos, sin embargo, que *tratados* y *convenios* han de equi-

pararse por razón de su contenido. Son, al respecto de la cuestión aquí estudiada, pactos que implican obligaciones financieras para la Hacienda, comprendidos en el apartado *d)*, 1, del artículo 94 del texto constitucional, a lo que debe agregarse que en Derecho internacional rige con vigor singular el apotegma *pacta sunt servanda*; y que, en definitiva, no más que en el *Boletín Oficial del Estado* de 13 de junio de 1980, el Gobierno publicaba la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969 sobre Derecho de los Tratados internacionales, a la que España se adhirió por instrumento de 2 de mayo de 1972, en cuyo artículo 2.º, 1, *a)*, se declara que «se entiende por 'tratado' un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y *cualquiera que sea su denominación particular*».

Entendemos por tales razones —si es que no hubiera otras— que estos convenios sobre doble imposición son verdaderos tratados, amparados por el artículo 96 de la Constitución española, de modo que sólo pueden ser derogados, modificados o suspendidos en la forma prevista en ellos mismos, o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional que hoy han de buscarse en los artículos 42, siguientes y concordantes de la citada Convención de Viena de 23 de mayo de 1969; todo ello salvo impensable modificación del texto constitucional en el punto objeto de nuestra atención, lo que habría de tener lugar de conformidad con lo dispuesto en su Título X, si tal modificación fuese pensable.

No hay, sin embargo, que poner en nuestro caso excesivo énfasis en cuestiones de doble imposición, puesto que ni siquiera se plantearon en la redacción del contrato que motiva este trabajo, toda vez que por un lado la aplicación de tales convenios ha de serlo a instancia de parte; y, por otro, las exenciones y la sustanciosa bonificación posible del 95 por 100 del Impuesto de Sociedades a que nos hemos referido, dirimieron o aplazaron prácticamente y *prima facie* las posibilidades de conflictos de doble imposición fiscal.

De todas suertes los conflictos pueden plantearse, y prueba de ello es que al tema se refería, con especial relación a Portugal, el trabajo de don José Luis DE JUAN PEÑALOSA, publicado en *Crónica Tributaria*, que hemos mencionado, y, asimismo, la comunicación de don José Luis PASTOR RIDRUEJO, aunque en términos muy genéricos y breves, lo que nos lleva a poner la atención en las cautas

observaciones formuladas al efecto en una notable ponencia de Mr. Wolfgang HAUPT, discutida en el Seminario sobre régimen jurídico de los préstamos sindicados internacionales a que ya hemos hecho referencia y que deben ser tomados en singular consideración cuando, con técnica muy depurada, advertía que cualquier decisión en torno a la doble imposición habría de requerir el examen de las leyes fiscales: *a)* del país del prestatario; *b)* del país de la compañía intermediaria o Agente; *c)* del país del prestamista —o de los prestamistas cuando éstos son una serie de Bancos de nacionalidades distintas—, y aún, *d)*, de aquellas leyes de los países en los que el prestamista dispusiese de filiales o sucursales, a todo lo cual habría que agregar el estudio de todos los tratados de doble imposición, con lo que, por razón de tal complejidad, ni es posible establecer principios generales ni situar los préstamos *a priori* en un país determinado. Parece que todos estos problemas requieren un estudio individualizado, si bien en nuestro caso debieron ser superados por las exenciones y bonificación de los Impuestos sobre Transmisiones Patrimoniales, I. T. E. y Sociedades a que en principio nos hemos referido.

VI. LUGAR Y REQUISITOS DE FORMALIZACION DEL CONTRATO. *LOCUS REGIT ACTUM*

Un evidente y por supuesto nada censurable interés político habría de aconsejar que los contratos se otorgasen en las propias Casas Consistoriales, donde preceptivamente se celebran las sesiones municipales con arreglo al artículo 295 de la Ley de Régimen local y artículos 187 y 188 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen jurídico de 17 de mayo de 1952, cuando, a su vez, un planteamiento simplista de la cuestión invitaría a recoger esta justificada pretensión con la sola cita conjunta del artículo 10.1.5 del Código civil, que, en lo que se refiere al fondo, permitiría la remisión a la Ley inglesa, y la del 11.1, que, en función del principio *locus regit actum*, autorizaría, en cuanto a la forma, la aplicación del Derecho español.

Sin embargo, no se puede proceder con tanta sencillez, si se tienen en cuenta, en primer lugar, problemas fiscales ya señalados, y si se considera en qué términos *fondo* y *forma* no son aspectos fáciles de disociar en materia municipal, por cuanto el diverso contenido de los contratos puede suponer la observancia de normas también

distintas de formalización, lo que habría de hacer inexcusable la calificación previa de las obligaciones que se pretendiesen contraer.

El problema no es nuevo, hasta el punto de que, prescindiendo de otros antecedentes, lo hubiera planteado ya *ex lege* el artículo 49 del Reglamento de Contratación de 9 de enero de 1953, al imponer la forma notarial para los contratos de más de 250.000 pesetas, así como para aquellos otros en que tal forma solemne fuese exigida por precepto legal.

Esta norma podemos hoy considerarla derogada por el Texto articulado parcial de la Ley 41/75, aprobado por Decreto 3046/77, de 6 de octubre, sobre organización municipal, funcionarios, contratación local y otros extremos. Pero tal derogación, reconocida expresamente con carácter general al Ayuntamiento de Madrid en oficio de la Dirección General de Administración Local de 21 de mayo de 1979 (2), lejos de simplificar el asunto, lo complica a los efectos que nos ocupan, puesto que el artículo 109 del Decreto 3046/77 requiere una discriminación previa, administrativa o civil, del contrato, y aun una calificación que, en el caso presente, dentro del Derecho interno, corre el riesgo de escapar por los cauces de la atipicidad en función de que el artículo 1740 del Código civil califica el contrato de préstamo como contrato real y unilateral al exigir para su perfección la entrega de la cosa, aquí de la moneda pactada, mientras que el contrato internacional estudiado es claramente consensual y sinalagmático.

(2) Dirigido por el Ilmo. Sr. Director general de Administración Local al Excelentísimo Sr. Alcalde-Presidente, dice así:

«Excmo. Sr.: Se ha recibido en esta Dirección General su escrito de fecha 6 de marzo, en el cual expone el problema que estima ese Excmo. Ayuntamiento que existe respecto a la formalización de los contratos municipales, después de publicado el Real Decreto 3046/1977, de 6 de octubre, que modificó la legislación vigente en materia de contratación local.

En relación con dicho tema, este Centro Directivo es de parecer que una vez publicado el citado Real Decreto, y mientras no sea objeto de reglamentación y especial desarrollo, hay que estar al tenor literal de su artículo 110, que comienza diciendo que "para la aplicación supletoria a las Entidades locales de *los preceptos de la Ley de Contratos del Estado* deberán tenerse en cuenta las siguientes reglas: y entre ellas está la 7.ª, que se refiere a la formalización de los contratos, o sea, que el legislador estima que en esta materia rige como supletoria dicha Ley y no el Reglamento de Contratación de 1953, y es lógico que así sea porque el tan mencionado Real Decreto 3046/1977 es el desarrollo de la Base 46 de la Ley 41/1975, que ordenaba que las normas sobre contratación local se adaptarán a las que rigen para la Administración del Estado".

En consecuencia, esta Dirección General estima que esa Corporación puede aplicar en la formalización de los contratos que realice los preceptos contenidos en los artículos 40, 70 y 89 de la Ley de Contratos del Estado, y en los 121, 215 y 254 de su Reglamento.

Dios guarde a V. E. muchos años.—Madrid, 21 de marzo de 1979.

El Director general de Administración Local.»

Con lo dicho, y con problemas de orden fiscal ya señalados, ciertamente no necesitamos de mayores argumentos para rechazar la conveniencia del otorgamiento en territorio nacional, puesto que si el jurista podía admitir en cuanto al fondo la existencia de un contrato de carácter mercantil con arreglo a la Ley inglesa, aun aceptando a los solos efectos de su otorgamiento que fuese calificado en España como administrativo y atípico por razón del principio *locus regit actum*, salvando así todo problema fiscal, siempre habríamos de encontrarnos con las dificultades propias de su posterior aplicación y desarrollo en medios financieros de normal sujeción a la *common law*.

Ello motiva que cuantos Abogados han intervenido en la redacción y estudio del documento hubieran de inclinarse a aconsejar la formalización del documento en el exterior, formando así una sola pieza compacta de fondo y forma de carácter mercantil privado, lo cual no quiere decir que no deba quedar muy claro que, con independencia de las relaciones *Ayuntamiento-Agente-Bancos* y aquellas otras *Garante (I. C. O.)-Agente-Bancos*, existan las establecidas directamente entre el Ayuntamiento y el Garante que, como órganos que son de la Administración pública española, han de regirse entre sí por las normas del Derecho administrativo interno, motivo por el cual debemos considerar como un acierto técnico del contrato el hecho de que I. C. O. preste su aval o garantía, en virtud de documento anejo aunque inseparable, con lo que no se empaña el neto carácter internacional del conjunto contractual préstamo y fianza, sometido por entero, como queda dicho, a la legislación inglesa. Las relaciones *I. C. O.-Ayuntamiento*, cualquiera que sea su naturaleza, quedan justamente perfiladas.

VII. TIPICIDAD O *STANDARD* INTERNACIONAL DEL CONTRATO

De cuanto queda expuesto, claramente se desprende la voluntad de someter el contrato municipal a una normativa internacional, lo cual tiene una razón de ser y es que lo que ante nosotros se presente como algo reciente, aun cuando no sea enteramente nuevo, es una institución ya consolidada en el mundo financiero internacional, con técnica depurada fundada en una práctica dilatada.

Interesa, por consiguiente, contrastar de modo inmediato y urgente si el contrato que hemos analizado (primero que la Banca

internacional concierta con un Ayuntamiento español) se ajusta o no a los esquemas de anteriores préstamos sindicados estrictamente mercantiles. Para ello, a título de orientación, podemos señalar, aparte de las ponencias del ya citado «Seminario sobre régimen jurídico de los préstamos sindicados internacionales», el estudio de Alexander PITTS, titulado «Aspectos jurídicos de los préstamos en eurodivisas por Bancos sindicados», inserto en el voluminoso trabajo colectivo coordinado por el Profesor Bernardo María CREMADES SANZ-PASTOR bajo el título *España, multinacionales y Derecho español* (3).

Aquí el autor citado define la materia contractual como aquel conjunto de «estipulaciones típicas de aquellos contratos de préstamo con tipos de interés variables (*floating rate loan*), por medio de los cuales un conjunto de Bancos acuerdan poner a disposición de un prestatario un fondo de eurodólares o de eurodivisas, que ellos a su vez obtienen en el Mercado de eurodivisas», técnica ésta, la de los tipos de interés variables, nacida del impacto producido por las bruscas fluctuaciones que sufrieron tales tipos de interés en los años sesenta y en la primera parte de la década de los setenta.

Partiendo de la antedicha definición y sin que pueda hablarse de un contrato-tipo, es evidente la existencia de una gran similitud entre la forma y cláusulas de todos los contratos usados habitualmente, los cuales, de modo normal, parten de fórmulas inglesas y americanas, sometiéndose, como en nuestro caso, al Derecho inglés, con lo cual se ha venido a lograr una fórmula estandarizada, unánimemente aceptada por los Bancos que participan en cada préstamo, aunque éstos suelen pertenecer a nacionalidades diversas.

Extiéndese el autor mencionado en determinadas consideraciones sobre el «eurodólar» que ciertamente no «sale» de los Estados Unidos, para examinar a continuación las relaciones entre las partes en términos coincidentes con los de aquellas que intervienen en el contrato municipal objeto del presente trabajo: el Sindicato, reunido por iniciativa de un Banco (*Managing Bank*); el Agente, *Agent Bank*, que encuadra y representa a tales Bancos; el Garante y sus respectivos Abogados.

Firmado el contrato, todos los asuntos relativos a su gestión corren a cargo del Agente, que percibe unos honorarios por sus servicios (*management fee*), más una remuneración por gastos, y que, aparte de otras funciones, determina los tipos de interés, cana-

(3) Publicado por la Confederación Española de Cajas de Ahorros, Madrid, 1977.

liza los pagos entre las partes interesadas y se ocupa de cuantos problemas puedan surgir durante la vigencia del contrato.

La actuación del Agente, a falta de jurisprudencia inglesa sobre su función, se rige por las disposiciones del mandato, de donde surge un punto muy importante que señala Alexander PITTS, y es que en el contrato, que califica de préstamo, son partes todos los Bancos del Sindicato, lo que quiere decir, a nuestro entender, que el Sindicato carece de personalidad jurídica propia.

El mecanismo del préstamo no reviste especiales singularidades:

El prestatario tiene derecho a retirar fondos hasta la cantidad máxima concertada a partir del plazo inicial, una vez facilitada al Agente una serie de documentos que coinciden sustancialmente con los exigidos al Ayuntamiento de Madrid, cuya entrega viene a cerrar o poner término a una verdadera condición suspensiva, puesto que hasta el momento de la entrega de los documentos, a satisfacción del Agente, el prestatario no ha de poder disponer de cantidad alguna.

El crédito es reintegrable (*revolving credit*), de modo que cualquier cantidad reembolsada anticipadamente vuelve a estar disponible para el prestatario.

La obligación de los Bancos de poner fondos a disposición del prestatario constituye, como ya se ha señalado en nuestro contrato, una responsabilidad mancomunada de los mismos, limitada a la cuantía de su participación respectiva.

La retirada de fondos se efectúa por períodos iniciales de tres a seis meses, a elección del prestatario, produciéndose renovaciones sucesivas (*rolled-over*), con la consiguiente fijación de intereses inmediatos, o sea, mediante un interés reajutable en cada renovación. Es decir, que si un prestatario retira, por ejemplo, 5.000.000 de dólares por un período de seis meses, cada Banco habrá de pedir en el mercado de divisas la cantidad correspondiente a su participación, fijándose para el prestatario un tipo único de interés medio para el período de referencia, siendo lo más probable que en el período inmediato el interés sea diferente, dadas las fluctuaciones del mercado interbancario, lo que obliga a la fijación de nuevos porcentajes.

El interés, así calculado, origina en beneficio de los Bancos la adición de un margen complementario comúnmente denominado *spread*, que no es necesariamente igual para todos ellos, pues de-

pende del tipo de cotización que cada cual haya podido obtener en el mercado.

Al renovarse el préstamo por períodos sucesivos, la fijación variable de intereses a que hemos aludido se determina de modo semejante, debiéndose tener en cuenta, respecto al reembolso, que las obligaciones del prestatario son totalmente independientes de las de los Bancos respecto a sus depositantes, con la consecuencia de que si el prestatario no realiza una amortización en la fecha debida, los Bancos vienen obligados a obtener fondos para reembolsar a tales depositantes en la fecha concertada, por lo que tendrán que pagar los tipos aplicables en el mercado en aquel momento, cargando al prestatario las diferencias. Tal circunstancia suele venir prevista en el contrato.

La opción de divisas —en nuestro caso, marcos y francos suizos— no deja de ser frecuente, con lo que el comentarista señor PIRTS pasa a estudiar lo que denomina «otras cláusulas de interés», entre las que figuran la *pari passu clause*, de la que nos ocuparemos separadamente; los *covenants*, que obligan al prestatario al pago de los impuestos, a la presentación de cuentas y balances y al compromiso de no crear posteriores garantías preferentes a favor de terceros; las *events of default clause*, referidos a casos de incumplimiento; y el cambio de circunstancias, que corresponde a nuestro principio *rebus sic stantibus*, para analizar a renglón seguido el tema de las garantías, fundamentalmente en orden al destino de los fondos y a la concreta utilización de los mismos para el fin previsto en el contrato.

Por último, el estudio del señor PIRTS comenta, con un criterio que hoy nos parece superado y que debe ser revisado, el problema del *exequatur*, respecto al cual, refiriéndose a España y a la Sala Primera del Tribunal Supremo, viene a decir que encuentra dificultades de concesión, por lo que, en los contratos sometidos a la Ley inglesa, los Bancos habrán de elegir entre:

a) seguir confiando en la Ley y competencia inglesas, en la esperanza de mayores facilidades en la ejecución territorial española;

b) elegir un término medio poco satisfactorio entre la Ley inglesa y la competencia española; o

c) apartarse de su práctica tradicional y aceptar plenamente la Ley y competencia de España.

Hasta aquí la recensión, que hemos considerado harto conveniente recoger, de la aportación de Alexander PITTS al tema que nos ocupa. Su interés desde nuestro punto de vista nace de la relación de dicho estudio con el contenido del contrato municipal, para llegar a la consecuencia de que nos hallamos en presencia de un contrato de adhesión o, si se quiere, de una verdadera póliza nacida de la experiencia bancaria internacional, prefigurada de antemano y considerada útil para todos los supuestos, incluso a costa de la inserción de cláusulas como la *pari passu clause*, que carece de sentido para un Ayuntamiento español que no puede ser objeto de procedimientos concursales y al que tampoco se le puede apremiar o embargar en España, con arreglo al artículo 661 de la Ley de Régimen local.

VIII. SU CALIFICACION COMO PRESTAMO O COMO MANDATO

Las cuestiones citadas y alguna más que habría de ser analizada dentro del presente trabajo no permiten olvidar, sin embargo, que su calificación debe preceder a toda otra cuestión, como sin duda lo ha demostrado el hecho de que dos años después de la publicación de la Confederación Española de Cajas de Ahorros a que nos hemos referido, el tema de tal calificación jurídica habría de otorgar lugar preferente en las ponencias del Seminario del Consejo Superior Bancario de 1979 a un calificado trabajo del señor CREMADES SANZ-PASTOR, para quien estos contratos, «desde el punto de vista jurídico, aunan la configuración típica del contrato de crédito al mismo tiempo que la del contrato de préstamo», lo que le lleva a afirmar que estamos ante un contrato:

«a) Consensual, en cuanto genera obligaciones de crédito, y real, en tanto contrato de préstamo en virtud del cual 'una de las partes entrega a la otra...' (artículo 1790 del Código civil).

b) Plurilateral, pues las obligaciones de financiación afectan a múltiples partes, y al mismo tiempo unilateral, porque en cuanto contrato de préstamo —al decir de Rodrigo URÍA—, sólo se generan obligaciones para el prestatario.

c) Traslativo de dominio, ya que el prestatario adquiere la propiedad de los dineros entregados, y el prestamista causa un derecho de crédito para su ulterior recuperación.

d) La Legislación española no exige forma alguna para la firma de dicho contrato...»

Como no podía ser menos, no escapan al autor de referencia las dificultades que plantea el tratar de coordinar antagonismos como son los que encierran cada una de las tres primeras proposiciones transcritas, y de modo singular la primera y segunda. Por ello no vacila en afirmar «que el contrato que nos ocupa es un híbrido de eurocrédito y de préstamo. Es más bien un contrato 'cuadro' por el que los Bancos adquieren unos compromisos de financiación. Pero es también, al mismo tiempo, un verdadero contrato de préstamo que exige la 'entrega' del dinero objeto del préstamo».

En tal construcción, a nuestro juicio hay sin duda un acierto al adjetivar la figura del «eurocrédito», de incipiente aceptación en España y enteramente nuevo en materia municipal; pero hay también —y dicho con la consideración y respeto que nos merece el magisterio del señor CREMADES— un punto de vista que consideramos erróneo cuando para construir el híbrido aludido apela a la figura del préstamo, con lo cual el contrato es y deja de ser real y consensual, unilateral y plurilateral, así como traslativo de un dominio recuperable, todo lo cual no encaja —y ello no escapa al señor CREMADES— ni en el artículo 1273 del Código civil ni en el 1740. En el primero, porque la determinación de cantidades debidas por interés y cotizaciones requiere sucesivos convenios; y en el segundo, porque dicho artículo dice textualmente que «por el contrato de préstamo, una de las partes entrega —no se obliga a entregar, sino que entrega— a la otra... dinero u otra cosa fungible, con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, en cuyo caso conserva simplemente el nombre de préstamo». La definición no sufre alteración alguna en el artículo 311 del Código de Comercio, que se limita a declarar cuándo el préstamo ha de ser reputado mercantil.

De aquí que el criterio unánime de los tratadistas españoles, confirmado por sentencias de 28 de octubre de 1909, 4 de mayo de 1943, 12 de febrero de 1946, 21 de febrero de 1956, etc., sea el de que el préstamo es un contrato principal, real, unilateral y traslativo de dominio, si bien modernamente ha podido aparecer en algún sector de doctrina francesa, italiana o alemana, la tesis de la bilateralidad, alegándose que a la obligación del mutuario de pagar intereses, corresponde la del mutante de entregar la cosa

prestada, con lo cual, evidentemente, se busca la posibilidad de aplicar una cláusula resolutoria tácita para pedir la restitución del capital prestado antes del término fijado en el contrato, en caso de falta de pago de intereses. Sería el caso del artículo 1124 de nuestro Código civil; pero no podemos olvidar (4) que defender la teoría de la bilateralidad del préstamo supondría destruir la del contrato real y confundir los contratos en los que ambas partes cumplen al propio tiempo la obligación respectiva, con aquellos otros en que la obligación de una de ellas comienza cuando la equivalente de la otra haya sido cumplida, con lo cual, ciertamente, en el Derecho español no hay resquicio legal alguno para admitir la bilateralidad del préstamo (5).

Por ello entendemos que así como es todo un acierto hablar de una figura inédita que sería el «europréstamo» irregular, en cambio puede dejar de parecernos acertada la idea de construir un híbrido con la figura clásica del artículo 1740 del Código civil, sobre todo cuando se nos viene a la mano, como ahora mismo hemos de ver, la figura del mandato, a la que en el orden interno jurídico español se ajustaría el contrato objeto de estudio, tras descartar en nuestro caso la comisión mercantil en razón de que el mandante —aquí el Ayuntamiento—, dentro del Derecho español, no puede ser considerado comerciante como requiere el artículo 244 del Código mercantil.

Así, de esta suerte, nos situamos ante el artículo 1709 del Código civil, cuya propia indeterminación le hace más apto a los efectos en que lo invocamos. Dice: «Por el contrato de mandato se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa por cuenta de otra.»

A tales notas se agrega, conforme al artículo 1711, que el referido mandato puede ser retribuido, como hay que presumir en nuestro caso, dado que los Bancos mandatarios se ocupan, por definición, de los servicios que asumen. La retribución está constituida por los márgenes, comisiones y percepciones que el contrato les asigne.

Ha de añadirse, además, que el mandato permite la sustitución con arreglo al artículo 1721 del Código: siendo varios los manda-

(4) GABBA: *Cuestiones prácticas de Derecho Civil moderno*, edición española, volumen II, págs. 214 y ss.

(5) CASTÁN: *Derecho Civil español, común y foral*, tomo IV, 9.ª ed., 1969, Reus, página 309, nota 4.

tarios, su responsabilidad no es solidaria, conforme al artículo 1723; regulan las provisiones de fondos e indemnizaciones de daños y perjuicios los artículos 1729 y 1730, y puede ejercitarse con representación o sin ella, como acepta hoy nuestra doctrina jurisprudencial, entre otras sentencias, en las de 8 de octubre de 1927, 16 de febrero de 1935, 22 de mayo de 1942, 6 de marzo de 1943, 1 de diciembre de 1944, 27 de enero de 1945, 21 de marzo de 1946, 18 de diciembre de 1948, 13 de noviembre de 1958, 17 de diciembre de 1959, etc.

Finalmente, que la figura aplicable es la del mandato y no la del arrendamiento de servicios, se deduce de que las gestiones bancarias son «de cuenta y con cargo» del mandatario, como requiere el artículo 1709 del Código, a cuyo requisito no alude el artículo 1544, referido al arrendamiento de servicios. La propia posibilidad de sustitución que el mandato permite, que GARCÍA VALDECASAS destaca, y que no es admisible en el arrendamiento de servicios, habrá de determinar el que nos inclinemos a favor de la figura del mandato que vemos en el contrato cuestionado de modo tan claro como nos parece recusable toda identificación con el préstamo, real y material, por definición en el área del Derecho civil español.

Es muy claro para nosotros que lo que el impropriamente denominado prestatario confía a un primer Banco, el *Bank...*, es un mandado para que por su cuenta y riesgo comprometa a otros Bancos en la operación sindicada, debidamente retribuida, y para que a su vez todos ellos nombren al Agente —otro mandatario—, quien, cerrando el ciclo de relaciones contraídas, se entenderá finalmente y de modo directo con el supuesto prestatario.

Quizá no haya, por tanto, interés variable o fluctuante de préstamo alguno, sino resarcimiento de gastos, en su caso resarcimiento semejante de daños y perjuicios, y siempre retribución del mandato a los mandatarios mediante los márgenes convenidos.

Así sostenemos: que para nosotros, españoles, el contrato denominado «europrestamo», en el sentido de mantener la nomenclatura *ad usum* en el exterior, es sencillamente un contrato de mandato consensual, plurilateral, sinalagmático y oneroso, con facultades de retribución, complejísimo si se quiere, pero que pese a su complejidad no pierde las notas características del artículo 1709 del Código civil, con lo cual no sólo es posible, sino que debe ser planteada, toda una serie de cuestiones que pretenden ser analizadas

en los subsiguientes apartados, con lo cual, cuantas veces nos hemos referido o podemos referirnos a un supuesto préstamo, quede condicionado jurídicamente a las consideraciones que anteceden.

IX. APLICACION DE LA LEY INGLESA Y SUMISION
A TRIBUNALES EXTRANJEROS.
EL PROBLEMA ESPECIFICO DE LA RENUNCIA
A INMUNIDADES SOBERANAS POR PARTE
DE LAS CORPORACIONES LOCALES

Es a todas luces notorio que la reforma del Título preliminar del Código civil por la Ley 3/1973, de 17 de marzo, y concretamente la aprobación del Texto articulado por Decreto 1836/74, de 31 de mayo, han venido a facilitar la sumisión de las partes al Derecho inglés, puesto que hasta tal momento nuestra legislación no conocía una norma semejante. Así, el Código civil de 1889 guardaba completo silencio sobre el tema, y la Jurisprudencia, aun haciendo alusión al principio de la autonomía de la voluntad, o debía considerarse superada en cuanto a las sentencias de fecha anterior al propio texto civil (sentencias de 9 de marzo de 1872 y 20 de marzo de 1877), o contemplaba casos de voluntad puramente presunta (sentencias de 23 de febrero de 1928 y 29 de mayo de 1933), con la excepción, que sepamos única, de la sentencia de 19 de diciembre de 1930.

Ello hacía que algún tratadista, fundamentalmente en el orden del Derecho privado, mantuviera el principio voluntarista de la posible sumisión a una legislación foránea, mientras otros podían invocar lo mismo el principio *lex loci celebrationis* que el estatuto personal de los contratantes.

Sancionado hoy por el artículo 10.5 del nuevo Texto del Código civil, que «se aplicará a las obligaciones contractuales la Ley a la que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate», todos los demás supuestos del texto citado carecen de aplicación en nuestro caso (ley nacional común a las partes, residencia habitual común y aun ley del lugar de celebración del contrato, que ya hemos indicado que sea en el exterior). Con ello, en términos generales, el comentario a la citada norma sólo puede hacerse preciso, o meramente conveniente, para matizar algún extremo concreto, como, por ejemplo, el de la necesaria conexión de la legislación elegida con el

negocio de que se trata, lo que en el presente caso no implica obstáculo alguno a la sumisión al Derecho inglés, puesto que dentro de su territorio ha de desarrollarse el negocio de obtención de divisas a través de transacciones que se han de efectuar de modo muy principal en el Mercado Interbancario de Londres, con lo cual, siguiendo a Miguel DE ANGULO en los conocidos *Comentarios a la reforma del Código civil* (6), sólo deben quedar al margen de la autonomía de la voluntad algunos aspectos tan concretos como la determinación de la capacidad de las partes sujetas al estatuto formal, conforme al artículo 9.1 en cuanto a las personas físicas, y al artículo 9.11 en cuanto a las personas jurídicas; la salvaguardia del orden público necesario según el artículo 12.3, o la evitación del fraude para eludir una ley imperativa española, a cuyo supuesto alude el propio artículo 12 en su número 4, lo que nos permite afirmar, dentro de lo que puede ser en orden al Derecho privado, que «tanto desde la perspectiva de la comparación con otros ordenamientos jurídicos, como con la anterior situación de penuria legal, ha de constatarse —como constató la Comisión de Derecho Internacional Privado de la *International Law Association*, en 19 de diciembre de 1975— que en esta materia el Derecho internacional privado español ha representado un considerable avance».

Sin embargo, si del Derecho privado queremos pasar al Derecho público, ciertamente hemos de preguntarnos si tales avances en orden a la sumisión a una Ley extranjera pueden alcanzar o no a una Corporación municipal.

Entendemos que esta cuestión hasta hace poco no dejaba de ser compleja, sobre todo en cuanto afectando al Estado se insertaba o se completaba con el tema de la sumisión a Tribunales extranjeros a través de la cláusula denominada en el actual Derecho internacional, *cláusula de renuncia a la inmunidad soberana*.

Tal inmunidad parte, como es sabido, del principio universal de Derecho internacional de que los Estados y Entidades de Derecho público gozan de inmunidad en la medida en que son titulares de poder público, no pudiendo ser sometidos a la legislación de otro Estado ni a su Administración y Tribunales, lo que en principio hubo de implicar históricamente que ni nuestro Estado español ni nuestros órganos autónomos y Ayuntamientos pudiesen someterse a la competencia de Tribunales extranjeros. El principio de irrenunciabilidad de la soberanía estaba tan arraigado que no

(6) Publicados por Tecnos (vol. I, págs. 520 y ss., 1977).

pueden extrañarnos las palabras de Eugenio MONTERO RÍOS, quien, como Abogado y en defensa de la ejecución de una sentencia del Tribunal Supremo de la Reina de Inglaterra en el año 1876, publicaba en las páginas 18 y 19 de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* de dicho año, y citada por Ramiro BROTONS en su monografía sobre *Ejecución de Sentencias Extranjeras en España* (7), venía a afirmar, a través de un circunloquio, que «se huella la independencia y con ella la dignidad de una nación cuando en su propio territorio se ejecutan las Sentencias de Tribunales extranjeros sin que haya prestado a ellas su consentimiento. Pero cuando se pide al Poder público de un Estado que permita ejecutar en su territorio estas decisiones, porque se acceda a la petición no por esto comprometerá su independencia y dignidad, puesto que la Sentencia ya no se ejecutará realmente en concepto de acto jurisdiccional de un Tribunal extranjero, sino en virtud de la disposición del Poder propio autorizando su cumplimiento», algo todo ello muy distinto de la renuncia a la inmunidad soberana que hoy aceptamos en cuanto puede afectar al propio Estado y Corporaciones públicas, en términos que no hacen ocioso recordar, como dijo el ponente don Javier PERALTA en el Seminario del Consejo Superior Bancario ya citado, que la renuncia a la inmunidad expresada contractualmente ha sido reconocida en los Estados Unidos en la *Foreign Sovereign Immunitie Act*, 1976, y en la Gran Bretaña en la *Sovereign Immunity Act*, 1978, con lo cual el aludido ponente pudo pronunciarse abiertamente por la posibilidad de que tanto el Estado como los Organismos autónomos españoles —y por consiguiente con más motivo los Ayuntamientos— pudiesen lícitamente renunciar a la inmunidad internacional cuando actuasen como sujetos de Derecho privado.

Todo ello, que aún en 1979 y pese a las disposiciones de los artículos 116 y siguientes y concordantes de la Ley Presupuestaria 11/1977, de 4 de enero, podría presentarse todavía en España como cuestión opinable, dejó a nuestro juicio de serlo en razón de la publicación en el *Boletín Oficial del Estado* de 16 de agosto pasado del Real Decreto 1654/80, de 11 de julio, sobre el Servicio de lo Contencioso del Estado en el extranjero, cuyo artículo primero sujeta a las propias normas del Decreto todos aquellos asuntos civiles, mercantiles, laborales, administrativos y financieros de que conozca o pueda conocer cualquier jurisdicción extranjera, en los

(7) Tecnos, 1974, pág. 19.

que sea parte la Administración central del Estado o sus Organismos autónomos, con la sola excepción de los litigios internacionales entre Estados, cuando éstos actúen en ellos como sujetos de Derecho internacional público y que se susciten ante Tribunales internacionales, con lo cual el artículo 7.º se ocupa de la inmunidad de jurisdicción no para reafirmarla sin condiciones, sino para prever circunstancias que deban invocarse cuando proceda, así como que en caso de ser controvertida la inmunidad se recabe informe de la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores, y que en el supuesto de existir demanda judicial no se renuncie sin previa autorización del referido Ministerio.

El esquema es lo suficientemente explícito como para llegar sin dudas a la conclusión de la licitud de la renuncia —se entiende que parcial— a la inmunidad soberana y a través de ella a la remisión a una legislación extranjera o a la competencia de Tribunales no nacionales; pero donde ha de hallarse una verdadera lección de Derecho internacional no es en el articulado del Real Decreto, sino en su preámbulo, donde, después de recordar la ausencia de disposiciones legales reguladoras de las situaciones precontenciosas o contenciosas de los derechos e intereses de la Administración del Estado y de los Organismos autónomos en el extranjero, viene a decirnos que «la situación actual es muy otra. De un lado, la actividad privada de los Entes públicos alcanza magnitudes tan altas que constantemente rebasa el marco de las propias fronteras; el Estado y sus Organismos acuden desvestidos de *imperium* a contratar en el extranjero bienes y servicios de todas clases; la Administración del Estado en el exterior amplía cada vez más sus funciones y precisa, consecuentemente, de mayor cantidad de bienes y servicios. Consecuencia de todo ello es que poco a poco se sujeta al imperio del Derecho tal actuación pública en el exterior; así, en mil novecientos sesenta y cinco se publican dos Decretos, números dos mil novecientos veintiséis y tres mil seiscientos treinta y siete, reguladores de determinados aspectos de la contratación del Estado en el exterior. A ello se le añade normativa posterior, como son, por ejemplo, el Real Decreto número mil ciento veinte/mil novecientos setenta y siete, de tres de mayo, o la Orden ministerial de dieciséis de junio de mil novecientos setenta y ocho, que introduce mayor precisión en determinados tipos de contratación estatal en el exterior. Todo ello muestra por una parte el aumento de la

actividad estatal fuera de las fronteras, y por otra la necesidad de sujetar a Derecho tal actuación.

Por otro lado, la doctrina de la inmunidad absoluta de jurisdicción puede considerarse ya en su etapa final. Hoy día la mayor parte, si no la totalidad, de los Estados acepta la teoría restringida de inmunidad de jurisdicción, lo que ha producido un aumento en el número de litigios en los que el Estado o sus Organismos son parte ante una jurisdicción extranjera. Es por este motivo por el cual el artículo seis del Decreto número dos mil quinientos cuarenta y ocho/mil novecientos setenta y cuatro, de nueve de agosto, atribuye expresamente a la Dirección General de lo Contencioso del Estado 'cuanto se relacione con la representación y defensa del Estado y de sus Organismos autónomos ante cualesquiera jurisdicciones, pleitos en el extranjero y procedimientos parajudiciales en España y en el extranjero'. Ello se corrobora con la tarea encomendada a los Abogados del Estado por el artículo treinta y ocho de la Ley General presupuestaria de mil novecientos setenta y siete».

Pero es aquí donde surgen dudas de dos tipos:

La primera procede de los términos en que pueda formalizarse la sumisión a Tribunales internacionales como acontece en el contrato objeto de estudio, en el que la sumisión es a Tribunales de Londres, Nueva York, Madrid y a los de cualquier otra jurisdicción que pueda ser competente a elección de los Bancos.

El tema, que de suyo es complejo, nos parece tan ligado a los que suscita la ejecución de las sentencias que tales Tribunales pueden dictar, que su estudio lo diferimos al capítulo en que más adelante nos ocuparemos del *exequatur*, para dedicar aquí unas líneas a tema que tan directamente nos afecta como es el de si una normativa semejante a la que nuestro Estado se ha dictado para sí mismo, y para los Organismos autónomos, es aplicable a los Ayuntamientos, y si éstos pueden someterse a una legislación y genéricamente, y con las dudas que acabamos de indicar, a unos Tribunales extranjeros.

Parécenos que sí, a cuyo efecto podemos señalar cuatro razones de tipo distinto:

La primera, derivada de la calificación del contrato, que, como hemos dicho, es para nosotros un contrato de mandato, con lo cual deja de ser unilateral, lo que haría difícil el concebir la sumisión a una legislación en el seno de la cual no se producirían obligaciones, sino que al tratarlo como contrato sinalagmático con diversas obli-

gaciones a cumplir en Inglaterra, se hace más firme la fundamentación de la autonomía de la voluntad, robustecida por la fuerza atractiva del *loci executionis*, toda vez que quien de modo más directo ha de sujetarse a tal Ley ha de ser el mandatario con toda la carga de sus obligaciones y servicios.

La segunda razón que aducimos al respecto es que el artículo 10.5 del Código civil constituye norma general frente a la que sólo pueden prevalecer excepciones concretas y explícitas que ignoramos que existan, y que, en cualquier caso, habrían de interpretarse restrictivamente.

Una tercera razón la hallamos en la marcada tendencia actual de la doctrina a remontar la disociación de contratos civiles y administrativos de la Administración pública. Superada la vieja distinción de actos de gestión y actos de imperio, aun cuando nuestra legislación siga frenada en torno al carácter administrativo de los contratos vinculados a los servicios públicos, es lo cierto que toda una escuela, de modo eminentemente representada por el Profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, pone en entredicho la técnica sustantivadora del contrato administrativo (8), para admitir tan sólo modulaciones o variantes introducidas por la presencia subjetiva de la Administración sobre una única abstracta institución contractual, fundamentalmente en orden a una doble exigencia: la nacida de las peculiaridades de la Administración como organización pública en cuanto justifica reglas singulares de formación del contrato; y proveniente, la segunda, de las peculiaridades del tráfico administrativo, integrado por obras y servicios públicos, lo que trasciende al campo de las llamadas cláusulas exorbitantes.

No quiere decirse con esto que tales puntos de vista hayan desplazado por entero la doctrina del contrato administrativo, que continúa sosteniéndose con gran brillantez entre autores tan eminentes como don José-Ignacio MONEDERO GIL en su estudio monográfico sobre la *Doctrina del contrato del Estado* (9), y como su propio prologuista, el catedrático don Gaspar ARIÑO ORTIZ, conocedor profundo y de modo especial de la contratación pública sajona sujeta a la *common law*. Lo que sí afirmamos es que el sentido unificador de la doctrina que en un principio señalamos favorece, sin necesidad de que sea ponderada, la mayor posibilidad de la sumisión de

(8) Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, reimpresión 1977, págs. 460 y ss.

(9) Publicado por el Instituto de Estudios Fiscales del Ministerio de Hacienda (1977).

nuestras Corporaciones a una legislación extranjera —aquí la legislación inglesa— cuando no ha habido peculiaridades en la formación del contrato, por ser éste, propiamente, un contrato de adhesión, preconfigurado por el sindicato bancario y concertado directamente por el Ayuntamiento; ni hay tampoco por el mismo motivo cláusulas exorbitantes, lo que hace obvio que la actuación del Ayuntamiento haya sido puramente civil —si se quiere, mercantil—, lo que, por su propia naturaleza, permite reconocer en el Ayuntamiento la facultad de hacer uso del supuesto preferente del artículo 10.5 sometiéndose expresamente a la legislación inglesa.

La cuarta razón —más poderosa que las tres anteriores— radica en la presencia de la serie de autorizaciones concedidas al efecto por la Administración central, en coincidencia con su propia evolución legislativa.

Sin embargo, también cuatro observaciones deben formularse al efecto:

La primera es de orden interno. Así como el Real Decreto 1654/80 atribuye a la Abogacía del Estado la defensa de éste y de los Organismos autónomos ante los Tribunales extranjeros, en cambio puede constituir una laguna el que tal defensa no se extienda a las Corporaciones locales en términos explícitos parejos a los previstos en el artículo 35 de la Ley de lo Contencioso-administrativo de 27 de diciembre de 1956, con la natural salvedad de que las Corporaciones pueden disponer de Letrado a tal fin. El Ayuntamiento que se somete a los Tribunales extranjeros habrá de defenderse, por tanto, por sí mismo, con lo cual, prescindiendo de toda observación que pudiéramos calificar de orden nacional interno y de aquellas salvedades que pudieran oponerse a la intervención de Letrados españoles en los Tribunales extranjeros, aún han de plantearse otras tres cuestiones que, relacionadas con la renuncia parcial de la inmunidad soberana, han de afectar de modo principal los puntos siguientes:

a) A la cláusula *pari passu*; b) a la inaplicabilidad de procedimientos ejecutivos contra el Estado y las Corporaciones locales, y c) a la conveniente supresión de previsiones que son sólo aplicables a los comerciantes *strictu sensu* en razón de la naturaleza subjetiva de éstos y de su giro o tráfico específico, que tampoco son aplicables a Corporaciones públicas propiamente dichas.

He aquí las siguientes consideraciones:

a) *Pari passu clause*. Plenamente admitida en el Derecho inglés, a cuyo Derecho ha sido sometido el contrato en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes, con efectos válidos para el Ayuntamiento, no podemos dejar de señalar que tales decisiones, como todas las cosas, tienen sus límites, patentes aquí desde el momento en que se advierte que la cláusula *pari passu* a que nos referimos, según el *Black's Law Dictionary* (10), significa «igualmente, sin preferencia», lo que refiriéndose a los créditos contra el prestatario pretende eliminar todo orden de prelación o preferencia, regulado respectivamente entre nosotros en los artículos 1921 a 1929 del Código civil y 912 a 919 del Código de Comercio, sin tomar en consideración otra serie de disposiciones singulares. Es decir, que ni por razón de un contrato ni por razón de sumisión a una legislación o una jurisdicción extranjera, nos es posible admitir, al menos frente a terceros, la abrogación de todo un sistema de prelación y preferencias crediticias vigente en España.

Señalada la cuestión, desde un principio (11) se nos habla tanto de que «el problema de la prioridad de los créditos interiores resulta inevitable», como del carácter «exclusivamente tuitivo... de la introducción de una cláusula de tal índole», lo cual es no dar solución alguna para nuestro caso cuando las que se proponen en primer lugar ante tales dificultades —documentación pública notarial, intervención de Agente de Cambio y Bolsa y garantías prendarias o hipotecarias o fianzas particulares— caen por entero fuera de los planteamientos propios de la Administración local, siendo así que, por otra parte, hay que convenir que la cláusula *pari passu* no tiene encaje posible en el Derecho español, donde los procedimientos universales: concurso de acreedores para los no comerciantes y suspensión de pagos y quiebra para éstos, giran en torno a la distinta calificación preferencial y privilegiada de los créditos respectivos.

Así, en la suspensión de pagos, regulada por la Ley de 26 de julio de 1922, cuya finalidad es el logro de un convenio que el Juez se limita a aprobar por auto o sentencia, como previene el artículo 17 de la misma, se establece, sin embargo, el derecho de abstención en los artículos 15 y 22; en el primero para los comprendidos en

(10) S/. Paul, Minn., 1968, pág. 1270.

(11) *Empresas multinacionales y Derecho español*, cit.; aportación de don Fernando ESCARDÓ GANDARILLAS sobre *La problemática de la cláusula pari passu en los contratos de financiación exterior*; y Seminario del Consejo Superior Bancario, ya citado, ponencia de don Javier ARAMENDÍA sobre *Las garantías del préstamo*.

los números 1.º, 2.º y 3.º del artículo 913 del Código de Comercio; y en el segundo, en el supuesto de calificación de insolvencia definitiva, para cuantos acreedores invoquen, con una mayor amplitud, derechos reconocidos en los artículos 908 al 910 del citado Código de Comercio.

Pues bien, si de la suspensión de pagos se pasa al concurso de acreedores previsto para los no comerciantes, o la quiebra que afecta a quienes lo son, y que puede sobrevenir como consecuencia de la suspensión a tenor del artículo 9 de la Ley de 1922, nos encontraremos con una duplicidad de trámites de parigual contenido en lo que respecta a la necesaria calificación de los créditos concurrentes en una primera Junta, regulada por los artículos 1250 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil para el concurso, y por el artículo 1105 del Código de Comercio de 1829 para las quiebras, en el curso de la cual debe determinarse qué créditos deben entrar o no en el procedimiento bajo la rúbrica de *reconocimiento* de los mismos, para dar lugar a subsiguientes Juntas reguladas para ambos procedimientos en los artículos 1226 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil, cuya finalidad es la *graduación* de aquellos créditos previamente reconocidos dentro del orden de prelación de los artículos 911 a 915 del Código de Comercio de 1885 para la quiebra, con los necesarios reenvíos a los artículos 1921, siguientes y concordantes del Código civil, que de modo exclusivo deben aplicarse al concurso, por no afectar éste a persona que tenga condición de comerciante, con lo cual es evidente que todo este orden, perteneciente al *ius cogens* establecido en beneficio de terceros, y que forma parte del orden jurídico nacional, no ha de poder ser eliminado por una cláusula contractual no reconocida en nuestro Derecho como lo es la *pari passu clause*, que en estos momentos nos ocupa y que debe tenerse por no puesta o de imposible cumplimiento dentro del contrato de financiación objeto de las presentes consideraciones.

b) Inembargabilidad de bienes de deudores de Derecho público. Desde dos puntos de vista habla el contrato de embargo de bienes de los deudores: *a)* desde el de la obligación de éstos de levantar en término de quince días cualquier embargo trabado por terceros (cláusula 14, A, VII); y *b)* desde el punto de vista de una renuncia a cualquier posible inmunidad de embargo.

Consideradas ambas previsiones en función de la legislación del Estado (artículos 18 de la Ley de Patrimonio del Estado de 15 de

abril de 1964 y 44 de la Ley General Presupuestaria de 4 de enero de 1977, con el viejo precedente del artículo 15 de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública, de 1 de julio de 1911), y para nuestro caso de modo más concreto en función del artículo 661 de la Ley de Régimen local, llegaríamos, dentro de una primera aproximación al tema, a la conclusión de la nulidad radical de tales previsiones, toda vez que el texto municipal que acabamos de citar establece en su párrafo 1 que «las deudas que contraigan las Corporaciones locales no podrán ser exigidas por el procedimiento de apremio, excepción hecha de los créditos liquidados a favor de la Hacienda pública y de los asegurados con prenda o hipoteca, los cuales se tramitarán en la forma que determina el vigente Estatuto de Recaudación, de 29 de diciembre de 1948», respecto a cuyo principio el apartado 2 dispone que ninguna autoridad ni Tribunal podrá despachar mandamiento de ejecución ni dictar providencia de embargo contra los bienes, rentas y créditos de las Corporaciones locales, estableciendo, por último, el párrafo 3, que «el cumplimiento de las resoluciones de toda clase de autoridades y Tribunales, de las que se deriven responsabilidades u obligaciones económicas a cargo de las Haciendas locales, cuando sean firmes, corresponderá exclusivamente a la Corporación de que se trate, la cual acordará y efectuará el pago mediante una habilitación de crédito que se iniciará en el plazo de un mes a partir de la notificación de la sentencia, o en casos extraordinarios, mediante anualidades, que no podrán exceder de cinco, que se consignará en los respectivos presupuestos».

Así, parece resultar de todo ello que si algún Tribunal extranjero, y de modo particular inglés o neoyorquino, hallase bienes del I. C. O. o del Ayuntamiento en el extranjero, procedería contra ellos, con consecuencias cuya determinación excede de los propósitos de este trabajo; mas si los bienes estuviesen en España, no habría de encontrarse un solo Juez o Tribunal español dentro de nuestro territorio que despachase ejecución o cumplimentase mandamiento de embargo contra los mismos, sin que ello impidiese el pago o reembolso; en cuanto al Ayuntamiento, por la obligación de incluir el importe de los mismos en sus presupuestos; y en cuanto al I. C. O., al cabo garante solidario, en razón de las previsiones presupuestarias a que hace referencia el artículo 5.º del Real Decreto 1629/1980, de 11 de julio, por el que se autorizó la operación.

La renuncia a este *status*, en la medida en que de modo efectivo

fuese recogida en el contrato, determinaría motivos justificados de alarmante ilegalidad que, sin embargo, hemos de rechazar por razones que muy brevemente habremos de exponer antes de cerrar el presente apartado.

c) *Cláusulas inadecuadas a la naturaleza y personalidad de tales deudores.* Prescindiendo de lo que queda dicho en los dos párrafos precedentes, es de señalar que el más ligero análisis del contrato pone de manifiesto la apelación constante a cláusulas aplicables al tráfico, o giro, comercial privado en previsión de insolvencia, disolución, suspensión de actividades, procedimientos judiciales, etc., cuyas cláusulas no pueden ser aplicadas a un Ayuntamiento que no puede disolverse, suspender actividades, caer en insolvencia o quebrar, con lo cual hemos de limitarnos a señalar —sin entrar en detalles— que tales impropiedades deben en lo sucesivo ser eliminadas de cuantos contratos celebre la Administración local, evitando así el tener que recurrir a soluciones tan poco rigurosas como las adoptadas en el caso o supuesto que nos ocupa, y a las que nos referimos a renglón seguido.

d) *Remedios circunstanciales.* Algo habría que hacer al respecto, incluso para poner a salvo el decoro profesional de los Letrados intervinientes en la corrección o redacción definitiva del proyecto inglés de contrato.

Una revisión pormenorizada del texto se consideró imposible porque hubiese llevado consigo largos períodos de estudio y discusión, y horas enteras de telex para aplicar fundamentos y razones de cada modificación a la firma de *solicitors* autores del proyecto. El resultado hubiera sido quizá muy dudoso por falta de antecedentes, en presencia de un contrato que es el primero en que interviene una Corporación de Derecho público. Por ello se optó por la fórmula *to the extent permitted by law of such jurisdiction*, la cual debe ser contemplada tanto desde el punto de vista de la pluralidad jurisdiccional a que el contrato se refiere, como desde la evidente territorialidad del Derecho administrativo.

Desde el primer punto de vista debe recordarse que la cláusula 23 del contrato contiene una pluralidad indeterminada de jurisdicciones, referidas éstas, a su vez y aun para un mismo asunto, a momentos distintos de cada proceso: «litigio, sentencia, ejecución, embargo (ya sea en vía de ejecución, preventivo o de otro modo) o procedimiento legal ('procedimientos')», con lo cual, de un modo

previsiblemente normal, el embargo preventivo, el litigio y la sentencia inclusive, se producirán ante Tribunales ingleses o neoyorquinos, o sea, ante jurisdicciones que, con manifestaciones de renuncia o sin ellas, habrían de rechazar la excepción del artículo 661 de la Ley de Régimen local, porque el Derecho administrativo es de carácter territorial, incluso en función de lo dispuesto en el artículo 8.º del Código civil, según el cual las leyes de policía obligan a todos los que se hallen en territorio español, fórmula arcaizante que si excluye la aplicación del Derecho administrativo extranjero en España, implica como regla general que nuestras normas de tal carácter no puedan tampoco aplicarse más allá de nuestras fronteras (12).

De aquí que el Ayuntamiento sustantivamente no renuncia prácticamente a nada, puesto que: *a)* fuera de España no puede invocar el 661; *b)* carece de bienes fuera del territorio nacional; *c)* las diligencias de embargo preventivo no son ejecutables en nuestro país, según el artículo 951 de la Ley de Enjuiciamiento civil *a contrario sensu*.

Sin embargo, al llegar a la ejecución de la sentencia ha de ser ya nuestra jurisdicción la que actúe y ante la que habrían de aplicarse toda supuesta renuncia de inmunidades, en la medida permitida por la Ley de la propia jurisdicción española, cuya legislación impide el apremio de los bienes municipales por imperativo del artículo 661.

Así pues, sustantivamente el Ayuntamiento no renuncia a nada a título de ejercicio de la autonomía de su voluntad, sino que, por el contrario, al apelar a las permisiones de la Ley de cada jurisdicción, lo que hace es reconocer un principio de territorialidad de obligada observancia, por carecer de fuerza para exigir a los prestamistas lo que por su parte sería renuncia a los embargos sobre bienes municipales fuera de España.

De ahí que hayamos de mantener la rigurosa legalidad del punto en cuestión, pensando, sobre todo, en que cualquier discordia jurisdiccional ha de desembocar, para su ejecución, en el *exequatur* que examino a continuación.

(12) Vide GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho administrativo*, I, pág. 69.

X. EL EXEQUATUR EN EL DERECHO ESPAÑOL

No parece que el cumplimiento de contratos como el que nos ocupa haya de requerir de modo normal el pronunciamiento de resoluciones judiciales, que en virtud de las cláusulas de renuncia a la inmunidad soberana, serían probablemente de Tribunales ingleses o norteamericanos, sin perjuicio de la jurisdicción de Madrid o de cualesquiera otra que fuese competente.

Pero el hecho se puede dar. Y entonces nos encontraríamos ante la necesidad de aplicar, para su ejecución en España, los artículos 951 al 958 de la Ley de Enjuiciamiento civil de 1881, que entre nosotros regula el *exequatur* de las sentencias firmes extranjeras en tres supuestos distintos:

a) Existencia de tratado con el país donde la sentencia hubiese sido pronunciada (artículo 951).

b) Reciprocidad internacional con la misma fuerza que, no habiendo tratado, se diese a nuestras ejecutorias en el país correspondiente (artículo 952); y

c) Salvo estos dos casos, y salvado también el supuesto del artículo 953 de Jurisprudencia extranjera por la que no se diese cumplimiento a las sentencias españolas, concesión de *exequatur* en las siguientes circunstancias: 1.^a, ejercicio de acción personal; 2.^a, que la sentencia no hubiese sido dictada en rebeldía; 3.^a, que la obligación a que se refiera sea lícita en España, y 4.^a, que la carta ejecutoria sea para nosotros auténtica y fehaciente.

Clasificar las posibles sentencias inglesas y norteamericanas en el correspondiente apartado de los tres que se han indicado se hace absolutamente inaplazable, debiendo pronunciarnos en el sentido de que, a falta del correspondiente tratado, deben clasificarse en el apartado b) —reciprocidad—, en razón de haberse despachado *exequatur* para los Estados Unidos hace unos años por auto de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1970, y para la Gran Bretaña por autos de 5 de julio de 1956, 27 de noviembre de 1958 y 17 de mayo de 1966.

Hoy, cuando la Constitución sanciona la eficacia de los Tratados internacionales con el rango, casi supralegal, que les atribuye el artículo 96, y cuando tan reciente se halla la publicación del Convenio de Viena de 23 de mayo de 1969 y la promulgación del Real Decreto 1654/80, al que hemos hecho detallada referencia, pode-

mos decir que el Derecho internacional está adquiriendo tal preponderancia que no parece autorizado pensar que el *exequatur* sea entre nosotros una institución deteriorada o administrada cicateramente.

Más: la redacción actual del artículo 3.º, 1, del Código civil, al exigir como norma interpretativa de la Ley tanto la realidad del tiempo en que ha de ser aplicada como sus antecedentes históricos y legislativos, atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad, nos hacen pensar con rasgos de evidencia que el pase de los fallos extranjeros tiende a ser interpretado y concedido con creciente facilidad, a tono con nuestra orientación política de integración internacional, concorde con existencias económicas ineluctables.

Por esta razón tenemos que rechazar el nada optimista comentario de Alexander PITTS en torno al ejercicio de los fallos británicos en España, cuyo comentario parece fundado en el olvido de la existencia de autos de la Sala Primera del Tribunal Supremo concediendo el *exequatur* a sentencias inglesas como son los de fecha 5 de julio de 1956, 27 de noviembre de 1958 y 17 de mayo de 1966, con lo cual tampoco se puede afirmar que ello haya conducido «a la doctrina española a concluir sencillamente que dichas sentencias (las inglesas) no serán ejecutables en España», así como que «la jurisprudencia de la Sala Primera haya demostrado ser lo suficientemente restrictiva como para desaconsejar a un Banco extranjero que suponga que una sentencia inglesa se vería cumplimentada en España».

Esto, que ya no se podía decir en 1977, fecha en que se publicaron tales afirmaciones, menos todavía puede afirmarse en 1980, dada la progresión legislativa y la evolución política a que nos hemos referido. Lo que ocurre es que el *exequatur* es una institución delicada que, como todas las instituciones jurídicas, requiere el concurso de determinados requisitos no siempre observados por quienes postulan su aplicación.

De aquí la necesidad de examinar tales requisitos, para lo que, sin olvidar, entre otros estudios, la seria monografía de REMIRO BROTONS sobre *Ejecución de sentencias extranjeras en España* (Tecnos, 1974), o la ponencia de don Javier PERALTA, Director de los Servicios Jurídicos Internacionales del Banco de Vizcaya, sobre «Ley y jurisdicción aplicables», presentada en el Seminario del

Consejo Superior Bancario, a que hemos hecho referencia, procuraremos reducirlos a tres que consideramos fundamentales:

- a) Competencia de jurisdicción.
- b) Garantías procesales del demandado.
- c) Orden público nacional español.

a) *Competencia de jurisdicción.* Se ha dicho, en consideración a la literalidad del artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento civil muy principalmente, que el *exequatur* no requiere la constatación de la competencia del Tribunal sentenciador; mas ciertamente se nos hace muy difícil aceptar esta afirmación, cuando la sentencia de un Tribunal incompetente, más que sentencia propiamente dicha, es una apariencia de tal, lo que habría de llevar a los Jueces del *exequatur* a rechazar, aun de oficio, su ejecución.

Esta decisión tendría a su favor precedentes convencionales bilaterales tan significativos como el artículo 3-2.º del Tratado de 30 de junio de 1851, celebrado con Cerdeña, y el artículo 6-1.º del celebrado el 19 de noviembre de 1896 con Suiza, por citar viejos convenios; o los celebrados con Francia el 28 de mayo de 1969 y con Italia el 22 de mayo de 1973, y aun el Convenio de La Haya de 1 de febrero de 1971, artículo 4.º, 1, los cuales establecen, como primer requisito, que el Tribunal de origen sea competente para estatuir sobre el litigio, de suerte que el reconocimiento de la sentencia habrá de ser denegado de no cumplir tal condición.

Partiendo, pues, de la base de la necesidad de una clara competencia del Tribunal sentenciador, se nos ha querido presentar tal evidencia como muy problemática en nuestro caso a la luz de los artículos 56 y 57 de nuestra Ley de Enjuiciamiento civil, que requiere para la eficacia de la decisión jurisprudencial una precisa y concreta designación del Tribunal a que las partes pretenden someterse, lo que se niega respecto al contrato que nos ocupa, por cuanto la cláusula de sumisión se extiende, *in genere* e indeterminadamente, a los Tribunales de Inglaterra, Nueva York y Madrid, sin excluir cualquier otro que pueda entenderse competente, con lo cual —se dice— ya no se cumple lo que disponen los artículos citados de la Ley española, en cuyos términos tal sumisión es nula.

Sin embargo, este argumento, que en ciertos autores se expone con reconocida brillantez, parece que debe ser rechazado ante la consideración de la innovadora modificación que, con respecto a

la legislación precedente, contiene el citado artículo 10.5 del Código civil.

Mediante el mismo, todas las relaciones de él derivadas se trasladan al ámbito de la legislación inglesa aceptada por las partes, y es en tal legislación, y no en la española, donde han de buscarse las normas de sumisión jurisdiccional, no encontrándose por nuestra parte norma ni procedimiento inglés alguno que permita rechazar la cláusula sumisoria que el contrato recoge y que, desde el punto de vista internacional, consideramos perfectamente lícita, eficaz y válida, como, por cierto, lo proclamó explícitamente la ponencia ya citada de don Javier PERALTA en el Seminario de Madrid patrocinado por el Consejo Superior Bancario (13).

De tal suerte, la única posibilidad de aplicación del rigor a los artículos 56 y 57 de la Ley de Enjuiciamiento se produciría dentro de la sumisión interna a Juzgados y Tribunales españoles, pero en este punto no hay equívoco, puesto que las partes se someten muy concretamente a los Tribunales de Madrid, a los que, *ope legis*, correspondería conocer del asunto, conforme a la regla 1.^a del artículo 62 de la Ley ritualia.

Creemos, por consiguiente, que ninguna supuesta incompetencia jurisdiccional ha de poder ser, llegado el momento, causa de denegación del *exequatur*.

b) *Garantías procesales del demandado*. Radica genéricamente en el correcto diligenciado de notificaciones, citaciones y emplazamientos; en el desarrollo del proceso en términos que hagan eficientes las actuaciones de la representación y patrocinio causídicos; en la posibilidad del desarrollo y práctica de pruebas, etc., temas todos éstos que no dejan de ser delicados en presencia de Corporaciones locales habituales, en el orden contencioso-administrativo interno, a ser defendidas y amparadas, en su caso, por el Abogado del Estado, en vista de lo que dispone el artículo 35 de la Ley de dicha jurisdicción, con la salvedad de poder disponer, como dispone el Ayuntamiento de Madrid, de un Cuerpo de Letrados, o de Letrado, para su asistencia y defensa, motivo por el cual repetimos que en el Real Decreto 1654/80, de 11 de julio, sobre asistencia del Servicio de lo Contencioso del Estado en el Extranjero, debiera haberse adoptado alguna definición semejante en evitación de que los Ayuntamientos, no siempre adaptados a las exigencias de la

(13) *Ob. cit.*, págs. 84 y 85.

aplicación de normas extranjeras, hayan de tener que valerse de Abogados y juristas del país en que el litigio se haya promovido o deba promoverse.

Aparte de ello, ¿quién debe recibir las notificaciones, citaciones y emplazamientos? Se ha propuesto la fórmula, que parece suficiente, de utilizar para oír tales comunicaciones los servicios de los señores Cónsules de Londres y Nueva York. Pero ni la solución del problema se agota en estas previsiones, ni es fácil imaginar la serie de encrucijadas procesales en las que puede producirse la indefensión o la falta de garantía para el prestatario o garante demandados. Por tal razón bastaría señalar aquí el indefectible cuidado que ha de observarse en cualesquiera procesos extraterritoriales que hayan de desembocar en un *exequatur* final, lo cual, si bien se ha de producir de modo general en todos los procesos, ha de señalarse con singular énfasis en aquellos que hayan de desarrollarse en rebeldía del demandado, por razón de la técnica, a la que incluso obedece un auto de 16 de octubre de 1961, de extender los requisitos del artículo 954 a países con los que existe tratado o relaciones de reciprocidad.

La extensión de la aplicación de los requisitos del artículo 954, y concretamente el de inexistencia de una situación de rebeldía, no parece correcta, y creemos que debe ser rechazada en los supuestos de los artículos 951 (existencia de Tratado) y 952 (reciprocidad); pero sin olvidar que el *exequatur* del 952 sobre todo fácilmente puede deslizarse a los supuestos del 954 si el Juez español no ve claramente que, sobre todo en un supuesto de rebeldía, se han observado rigurosamente todo género de garantías y formalidades rituarias.

c) *Orden público nacional español.* Es, naturalmente, el más serio escollo oponible al *exequatur* para España de un fallo extranjero.

De suyo el problema es complejo, como pone en evidencia el solo hecho de que en la monografía de REMIRO BROTONS, a la que ya hemos aludido, se le dediquen más de cuarenta páginas (223/264) en torno a su triple dimensión: sustantiva, conflictual y procesal.

Sin embargo, no hemos de extendernos aquí en tal desarrollo, puesto que, prácticamente, el contenido de la cuestión, en lo que a nuestro contrato se refiere, viene anticipado a lo largo de consideraciones precedentes, en el curso de las cuales se ha señalado que donde el orden público español viene a ser más seriamente

comprometido es en la cláusula *pari passu* y en aquellas otras cláusulas o pactos relativos a la embargabilidad o posibilidad de apremio de cualesquiera bienes municipales o del Estado, puesto que una y otras cláusulas van contra el ordenamiento jurídico español de Derecho necesario: en cuanto a la cláusula *pari passu*, porque, como ya se ha dicho, la concurrencia de acreedores viene regulada por la preferencia, orden de prelación y privilegios que en el orden mercantil sancionan los artículos 913 y 914 del Código de Comercio, y en el orden civil los artículos 1921 y siguientes del Código común, aparte de otras disposiciones especiales. Y en cuanto a la inembargabilidad e imposibilidad legal de apremio, por el artículo 661 de la Ley de Régimen local para las Corporaciones locales y para el Estado por los artículos 18 de la Ley del Patrimonio del Estado y 44 de la Ley General Presupuestaria, según quedó indicado ya anteriormente.

No es necesario, por tanto, señalar que no habría de encontrarse Juez en España que refrendara un fallo extranjero que contradijese disposiciones legales tan categóricas cuando el artículo 1255 del Código civil sanciona la libertad de pactos, cláusulas y condiciones de los contratos, pero «siempre que no sean contrarios a las Leyes, a la moral ni al orden público», en términos que en el ámbito internacional sanciona el artículo 12.3 del propio Código, reforzado en lo que a la cláusula *pari passu* pueda referirse por lo dispuesto en el artículo 1257, según el cual «los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos».

Debe señalarse, sin embargo, que todo este amplio panorama del orden público nacional fue debidamente planteado en las conversaciones mantenidas en torno a la redacción definitiva del contrato, tanto por el Abogado del Estado del I. C. O., don Jesús RODRIGO FERNÁNDEZ, como por el propio autor de estas líneas, logrando así, como fórmula transitoria y urgente, sin perjuicio de cualquier otra que pudiese afectar al garante, la interpolación de la frase *to the extent permitted by law*, considerada como suficientemente expresiva en los términos de buena fe administrativa y comercial con que el contrato habría de ser otorgado y ha de ser interpretado y cumplido hasta su más plena y completa consumación.

Con ello pasamos a un punto final.

XI. ESTATUTO PERSONAL Y OPORTUNIDAD DE REVISION INTERNACIONAL DE LA FORMULA CONTRACTUAL COMENTADA

Es, a nuestro juicio, evidente que el Ayuntamiento de Madrid ha dado un importante paso al encauzar el contrato que nos ocupa dentro del área de los llamados préstamos sindicados internacionales.

Romper los límites de una actividad o competencia restrictivamente territorial, agilizar la negociación en términos propios de la alta finanza internacional y lograr para ello el máximo apoyo de las representaciones municipales políticas en relación con un crédito de la envergadura del actual, constituye ciertamente un éxito de la Alcaldía Presidencia, a cuya iniciativa no pueden considerarse ajenos la Delegación y el correspondiente Concejal responsable, sin que sea imposible olvidar el apoyo de todos los sectores de la Corporación, incluido el funcionariado, encabezado por una Secretaría capaz de asimilar técnicas inéditas en la vida local y de abordar problemas de no fácil encaje en la rigidez de viejos preceptos administrativos.

En la vida municipal hay de modo frecuente realizaciones muy positivas que recogen el reportaje, la fotografía y la experiencia personal del vecindario. Pero hay otros aspectos y actividades que tienden a pasar desapercibidos, sencillamente porque se instrumentan en simples hojas de folio.

Este es el caso de la financiación municipal que nos ocupa. No es exhibible en paneles en exposición alguna y hasta quizá el vecindario olvide o no se entere de la novedad de su implantación. Pero ahí debe quedar para los municipalistas como expresión de una fecunda y hasta hemos de atrevernos a decir audaz intervención dentro de la Vida local, puesto que si el crédito internacional no parece apto para pequeñas empresas vecinales, sí que puede ser imprescindible para la realización de grandes empeños como es el que Madrid se propone llevar a cabo con la realización de su ambicioso Plan de Saneamiento Integral, tan costoso como inapla-
zable.

En este sentido debe reconocerse que ni el Ayuntamiento ni el I. C. O., como garante, han podido poner a contribución del éxito de la gestión una mayor flexibilidad, aceptando fórmulas recusables

con la sola interpolación del inciso *to the extent permitted by law*. Pero hay extremos que, salvada la urgencia del caso, obligan a consideraciones inaplazables: así el reconocimiento de la imposibilidad de renuncia al Estatuto personal, en cuanto a la contextura subjetiva de las Corporaciones españolas, y, como consecuencia de ello, la necesidad de purificar el contrato, suprimiendo o modificando cuantas cláusulas se hallan en contradicción irreductible con dicho Estatuto personal, impuesto tanto por el artículo 9.11 del Código civil, como por la normativa internacional universalmente aceptada.

La Administración española —central o local— puede aceptar —y ha aceptado— la contratación bajo el imperio de la *common law* inglesa; pero no puede convertirse en comerciante privado inglés. Ha podido aceptar el *to the extent permitted by law* en un primer contrato de reconocida urgencia; pero el tema, por su evidente importancia, requiere un planteamiento más amplio, propio de un encuentro, conversación, simposio o seminario de carácter internacional, con calificada participación sajona, para depurar un modelo de contrato de préstamo o financiación sindicada internacional en favor de la Administración central, local o regional, sobre la base de reconocer el Estatuto personal de tales Entes en cuanto pueda afectar a su respectiva capacidad, constitución, representación y funcionamiento, eliminando al propio tiempo los pactos y previsiones que, como la cláusula *pari passu* y el embargo y apremio de bienes de los beneficiarios, aparecen como evidentemente contradictorios con el orden público nacional, dentro del cual Organismos públicos atienden el cumplimiento de sus obligaciones con medidas presupuestarias que representan plena garantía para sus acreedores, sin perjuicio de aquellas fianzas que, como la del I. C. O., vienen a robustecer su indiscutible solvencia.

Dentro de lo que son los contratos del momento, hemos de suponer que estos préstamos o financiaciones pueden ser cada vez más frecuentes e importantes. Son nuestros Centros oficiales, nuestros Gabinetes, Institutos y Entidades afectados por el problema, los que parece que, anticipándose a este previsible futuro, deban convocar las reuniones de financieros y de juristas que hayan de proponer las soluciones adecuadas que vengan a sustituir precipitadas normas de emergencia, o salvedades genéricas, como las que hubieron de ser utilizadas —y de ello hay que felicitarse— en el contrato objeto del presente comentario.