

4. ADECUACIÓN DE LAS PRÁCTICAS CONTRACTUALES DESDE EL PUNTO DE VISTA DE SU RECEPCIÓN POR EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.

208. En la perspectiva, por lo demás, muy probable, de que se solicite ante nuestras autoridades el reconocimiento y/o ejecución de una resolución extranjera relativa a un crédito sindicado denominado en euromonedas, varias son las interrogantes que plantea la figura objeto de estudio. Entre otras, se procurará responder a las siguientes.

Primero, aquellas relativas al carácter variable del tipo de interés: a) ¿la estructuración de la operación en diferentes tramos o períodos de interés supone la concesión de un determinado número de créditos sucesivos a corto término o se trata de un único contrato a medio o largo plazo?; b) ¿el carácter variable del tipo supone la indeterminación de un elemento esencial del contrato?; c) ¿las facultades atribuidas al Banco Agente en la determinación del tipo de interés supone dejar en manos de una de las partes el cumplimiento del contrato?.

Segundo, las que se refieren a la instrumentación formal de algunas deudas originadas en relaciones eurocrediticias en *promissory notes* o pagarés.

Tercero, las relativas a las cláusulas de equiparación de rango (*pari-passu*) e interdicción de cargas discriminatorias (*negative pledge*).

Cuarto, aquellas referentes a los posibles desequilibrios de prestaciones existentes en el eurocrédito sindicado, en contraposición con determinados requerimientos tuitivos.

CAPÍTULO SEGUNDO.

INTRODUCCIÓN AL RÉGIMEN INTERNACIONAL-PRIVATISTA DEL EUROCRÉDITO SINDICADO.

209. En esta parte del presente trabajo, la perspectiva de análisis cambia radicalmente. En lugar de describir la figura objeto de estudio se trata, ahora, de analizar su regulación desde el punto de vista del Derecho internacional privado español. Ello obliga a una reflexión introductoria acerca de dos cuestiones fundamentales: primera, si se dan en el eurocrédito las condiciones de relación internacional y privada que justifican la existencia de un subsistema jurídico -el D.i.pr.- cuyo objeto consiste en resolver los especiales problemas que dichas relaciones plantean (I) y, segunda, la repercusión que sobre el régimen internacional-privatista de la operación tiene su complejidad estructural (II).

I. EL EUROCRÉDITO SINDICADO COMO RELACIÓN PRIVADA INTERNACIONAL.

210. Como se ha podido comprobar a través de la descripción del contrato de eurocrédito, éste se caracteriza, frente a una relación crediticia de corte tradicional, por los especiales riesgos que la operación entraña, tanto desde la perspectiva de su dimensión económica o funcional -en mi opinión ya suficientemente explicados- cuanto desde el punto de vista jurídico, que es el que ahora nos toca abordar. Al analizar descriptivamente el contrato, vimos cómo el eurocrédito se presenta como una relación de alto riesgo jurídico: las partes no saben con certeza si sus actos van a ser válidos o no, en función de la multiplicidad de sedes de análisis implicadas y la correlativa diversidad de soluciones. De ahí la práctica, ya examinada, de requerir dictámenes o *legal opinions* a juristas expertos en cada uno de los ordenamientos jurídicos potencialmente interesados en regular la situación concreta.

En suma, estamos ante una figura contractual genuinamente internacional. Si, además, puede calificarse como privada, en el sentido de relación horizontal, al margen de la naturaleza pública o privada de los sujetos intervinientes en ella, nos encontramos ante un tipo de relación que genera unos problemas muy específicos, tanto desde la perspectiva de las partes cuanto desde la especial percepción que de ella tienen los diferentes ordenamientos jurídicos eventualmente interesados en su regulación. De dar respuesta a esos problemas se ocupa una rama del ordenamiento a la cual, a falta de una denominación más precisa, llamamos D.i.pr..

1. EL EUROCRÉDITO COMO RELACIÓN ALTAMENTE INTERNACIONALIZADA.

211. La determinación de los elementos que permiten caracterizar una relación como internacional o heterogénea -en contraposición a las relaciones internas u homogéneas- es uno de los problemas centrales de la disciplina que ocupa al internacional-privatista, por cuanto aparece vinculada al propio objeto del D.i.pr.¹

Por supuesto, ni quien esto escribe está en condiciones de aportar nuevas ideas al respecto, ni parece oportuno aumentar con nuevas aguas la marea de una controversia cuya importancia podría, muy fácilmente, anegar el terreno propio de este trabajo. Además, como gráficamente se ha explicado, "... una definición efectiva de la internacionalidad de una relación no es necesaria ni para la aplicación de las normas de competencia judicial internacional ni para la aplicación de las normas sobre Derecho aplicable"². Se trata, aquí, tan sólo, de exponer el punto de vista del que se parte en la investigación en curso para reclamar la necesaria sujeción del eurocrédito al análisis internacional-privatista. Hecha esta aclaración, conviene "... esforzarse por establecer del modo más preciso posible la frontera entre relaciones heterogéneas y homogéneas, aunque sea para acabar arrojando la toalla y proponiendo desdramatizar tal empresa"³.

La posición que aquí se mantiene tiene como punto de partida la distinción que M. DESANTES REAL realiza entre la calificación de la situación como internacional -*prius* lógico para el segundo paso- y la posterior determinación de la competencia judicial internacional y la subsiguiente delimitación de la norma de derecho aplicable apropiada para resolver el caso⁴. Según el citado profesor, "... desde esta perspectiva, el problema se reduce al primer estadio y se resuelve de modo general a partir de una regla sencilla: la presencia de cualquier elemento de extranjería (*Auslandsberührung*) caracteriza la relación como de tráfico jurídico externo y fuerza la intervención del D.i.pr.⁵. Una norma no escrita ordenaría al juez que, antes de conocer sobre cualquier asunto, revise cuidadosamente el supuesto de hecho -en la práctica la naturaleza internacional de la relación debería alertar al juzgador a primera vista- por si alguno de sus elementos fuera extranjero respecto del resto de la relación"⁶.

Afortunadamente, como hemos señalado hasta la saciedad, la internacionalidad es un factor típico de las operaciones financieras en un mercado globalizado. El eurocrédito nace y se desenvuelve en el seno del euromercado o segmento externo del sistema financiero internacional. En su moderna acepción, los mercados financieros internacionales o mercados externos se caracterizan por el hecho de que, en el marco de un centro financiero determinado, acreditantes extranjeros conceden financiación a acreditados también extranjeros a través de fórmulas operativas que vienen denominadas en una moneda distinta de la que tiene curso legal en el lugar de contratación⁷.

Estamos, en consecuencia, ante una relación susceptible de atraer sobre sí los requerimientos reguladores de varios ordenamientos jurídicos. Pensemos, p. ej. en un contrato de eurocrédito celebrado en Londres, denominado en dólares y concedido por un sindicato internacional a un acreditado español: el Banco Organizador puede ser una sucursal española de una institución neoyorquina; el Banco Agente puede ser una sucursal londinense de una institución financiera española; los bancos participantes pueden ser alemanes, árabes saudíes, canadienses, españoles, estadounidenses, franceses, ingleses y japoneses; en

¹ Vid. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Objeto del Derecho Internacional Privado y especialización normativa», *A.D.C.*, 1993, vol. II, pp. 1.109 a 1.151.

² Vid. M. DESANTES REAL, *Proyecto...*, *op. cit.*, pp. 83 y ss..

³ *Ibid.*, *op. cit.*, pp. 73 y 74.

⁴ *Ibid.*, *op. cit.*, pp. 84 y 85.

⁵ Posición compartida por J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, p. 49.

⁶ Vid. M. DESANTES REAL, *Proyecto...*, *op. cit.*, p. 85. En el mismo sentido, *vid.* A.L. CALVO CARAVACA, «Noción y contenido del Derecho internacional privado», *R.G.D.*, núms. 508-509, 1987, pp. 5 a 31, esp., pp. 7 y 9.

⁷ Vid. R.C. TENNEKOON, *op. cit.*, p. 1.

fin, el contrato puede someterse a la jurisdicción de los tribunales de Londres o del Estado de Nueva York y a la ley inglesa o al Derecho neoyorquino.

Todos y cada uno de tales elementos tendrían, por sí mismos o en unión con otros, virtualidad suficiente para afirmar la internacionalidad del supuesto en que se insertaren. Constatada, en el caso concreto, la existencia de cualquier elemento de extranjería, "el asunto afectaría directamente al D.i.pr. y habría que consultar las normas de competencia judicial internacional y las normas sobre Derecho aplicable; si no, se trataría de un supuesto meramente interno que no merecería mayor interés para los estudiosos de la disciplina"⁸.

Poco cabe decir al respecto que no se haya dicho ya al analizar las características del eurocrédito como relación altamente internacionalizada⁹. No obstante, me gustaría dejar de tratar, siquiera brevemente, una cuestión cual es la del factor objetivo de internacionalidad que implica el recurso al euromercado y la denominación del crédito en las euromonedas o *xenodivisas*. Sin intentar en absoluto mediar en la polémica en torno la internacionalización subjetiva del contrato, si que me parece que, entre los criterios a los que se puede recurrir para apreciar la internacionalidad del eurocrédito reviste especial importancia el objeto del mismo. En este sentido, en el ámbito del comercio internacional, no es del todo descabellado defender la internacionalización de una situación -en principio monoconexa, doméstica o interna- en función de su objeto¹⁰.

Centrándonos en el campo de las operaciones financieras sindicadas, la referencia a la euromoneda como objeto del contrato tendría, en mi opinión, virtualidad por si sola para internacionalizar la operación, aún cuando el resto de sus elementos estuviesen conectados con un único ordenamiento. En cualquier caso, esta aseveración carece por completo de trascendencia práctica, por lo inverosímil del supuesto y por el carácter genuinamente internacionalizado de las relaciones objeto de este trabajo.

⁸*Ibid.*, p. 85.

⁹*Vid. supra*, pp. 88 y 89.

¹⁰*Vid.*, entre otros, A. RODRÍGUEZ BENOT, *Los acuerdo atributivos de competencia judicial internacional en Derecho comunitario europeo*, Madrid, Eurolex, 1994, pp. 112 y ss.; G. SACERDOTI, *Finalità e caratteri generali della Convenzione di Roma. La volontà delle parti come criterio di collegamento*, en G. SACERDOTI y M. FRIGO, *La Convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, 20 ed., revisada y actualizada, Milán, Giuffrè, 1994, pp. 1 a 16; así como la amplia bibliografía citada por ambos autores.

2. EL EUROCRÉDITO COMO RELACIÓN JURÍDICO-PRIVADA.

212. Mayor atención merece, en mi opinión, el análisis del factor de privacidad de las relaciones eurocrediticias. Como vimos al estudiar la evolución histórica del eurocrédito, los orígenes y consolidación del crédito sindicado denominado en euromonedas están presididos por las necesidades financieras de los acreditados de naturaleza pública: Estados u otras entidades vinculadas al mismo, como entes territoriales subordinados, Bancos Centrales, empresas públicas, etc. También en el lado de los suministradores de fondos se da la intervención de acreditantes públicos: entidades financieras -p. ej. el Banco de Pagos Internacionales, etc.- instrumentalizadas por Organizaciones Internacionales, los ya mencionados Bancos Centrales estatales, etc..

La presencia de entidades soberanas plantea no pocos interrogantes. En primer lugar, la propia adecuación de la aplicación del D.i.pr. a una relación jurídica en la que participan entes de naturaleza pública. Si el campo propio del D.i.pr. viene delimitado por los problemas específicos generados por un tipo concreto de relaciones -las relaciones privadas internacionales- ¿cómo puede defenderse su aplicación a un contrato de crédito en el que el acreditado o el acreditante -o ambos a la vez- son sujetos de Derecho público?

El hecho de que el acreditado por excelencia en el eurocrédito sea un ente público y que uno o varios de los acreditantes puedan serlo, no sólo plantea el problema teórico anteriormente señalado, sino que posee una trascendencia práctica innegable: si el acreditado soberano mantiene sus prerrogativas como sujeto de Derecho Internacional Público, no es enjuiciable ni ejecutable por los tribunales estatales. Siendo ello así, ¿quién va a tener interés en contratar con un acreditado que puede incumplir impunemente sus obligaciones?. Por eso es lógico que, entre las preguntas más comunes en los dictámenes requeridos por los acreditantes (*legal opinions*) figuren cuestiones como ¿es válido, vinculante y ejecutable el contrato?. en los casos en que el acreditado sea una empresa pública o con participación pública en su capital, ¿está amparado el acreditado por algún tipo de inmunidad?. ¿puede demandarse al acreditado ante los tribunales elegidos por las partes?. y ante los tribunales del Estado del acreditado?. en la afirmativa, ¿podrá ejecutarse sin problemas la sentencia que condene al acreditado soberano?.

A. Exclusión de las "relaciones verticales" y descenso a la posición de mercado.

213. Tradicionalmente, el ámbito de actuación del D.i.pr. venía limitado a las relaciones entre personas -físicas o jurídicas- privadas. En la actualidad, la decisiva y decidida participación de las personas jurídico-públicas -tanto de Derecho público interno cuanto de Derecho Público Internacional- en el mercado es un hecho que distorsiona los perfiles de la distinción decimonónica entre lo público y lo privado. Si el objeto-función del D.i.pr. consiste en aportar soluciones a los problemas específicos planteados por las relaciones privadas internacionales, parece lógico excluir del mismo todas aquellas en las que predomina su vertiente pública.)Cuál es el criterio que permite diferenciar entre lo público y lo privado?.

Evidentemente, un criterio subjetivo que atribuyese la condición de relación publicitada a todas aquellas en las que uno de los polos de la misma es una entidad de Derecho público poseería la virtud de la sencillez pero, en cambio, no permitiría dar cuenta de un fenómeno cual es el de la intervención de los entes soberanos en el mercado, actuando como un particular más. Fenómeno de indudable trascendencia en el campo concreto del eurocrédito, en el que, como hemos repetido, es más que frecuente encontrar acreditados y acreditantes que son personas jurídico-públicas.

Tampoco sería satisfactorio trazar la divisoria en función de un criterio formalista que partiese de la naturaleza de las normas aplicables a la relación: normas públicas = relaciones públicas; normas privadas = relaciones privadas. Seguir tal criterio equivaldría a publicitar prácticamente todo el tráfico jurídico, habida cuenta del elevado grado de intervencionismo estatal en determinados campos, incluso en los tradicionalmente reservados a la autonomía de los particulares, que, sin embargo, no pierden por ello su naturaleza privada.

Hay que concluir, pues, que la privacidad de la relación no viene determinada por las normas que la regulan, ni por la naturaleza de los sujetos intervinientes, sino por la posición de estos últimos en el seno de la misma¹¹.

¹¹Vid. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, pp. 28 y 29.

Ello supone excluir del campo de actuación propio del D.i.pr. todas aquellas relaciones, que podemos calificar como relaciones jurídico-públicas o "relaciones verticales", en las que uno de sus polos subjetivos está investido de facultades exorbitantes respecto de las habitualmente conferidas a las personas jurídico-privadas. El D.i.pr. se encargaría, por tanto, de regular la vida internacional de los individuos, tanto si se trata de personas privadas cuanto si se trata de personas públicas actuando despojadas de sus facultades exorbitantes; en terminología jurídica clásica, actuando *iure gestionis*. En este mismo sentido se manifiesta el TJCE, al interpretar la expresión "materia civil y mercantil", determinante del ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas (art. 1), excluyendo del mismo las relaciones en las que una entidad pública ha actuado en el ejercicio de su autoridad, es decir, en términos jurídicos clásicos, ha actuado *iure imperii*¹².

Nos corresponde, entonces, analizar si, en el caso concreto de la relación eurocrediticia, se dan las condiciones que permiten considerar que se ha producido el descenso del acreditado soberano a una posición de particular que actúa en los mercados financieros internacionales desprovisto de los privilegios de su especial condición, es decir, nos corresponde determinar si la actividad del acreditado público puede ser calificada como "privada".

B. La renuncia a las inmunidades estatales de jurisdicción y de ejecución.

214. La aparición de los entes públicos en el eurocrédito, centrándonos en su condición de eventual acreditado, implica la aparición de un riesgo específico, el llamado riesgo soberano¹³. Para los acreditantes ello supone la necesidad de evaluar las dificultades que, para la recuperación de su inversión, conllevan el monopolio estatal sobre su legislación, los cambios políticos, económicos y sociales a los que puede estar sometido un determinado país y, en especial, las tradicionales inmunidades que asisten al ente soberano como sujeto de Derecho Internacional Público: inmunidad de jurisdicción e inmunidad de ejecución.

Como ya hemos visto, los contratos eurocrediticios contienen cláusulas especiales que intentan gestionar los riesgos dimanantes de las dos primeras circunstancias¹⁴. Nos centraremos ahora, por tanto, en el análisis de las cláusulas que procuran despojar al sujeto público de las referidas inmunidades, posibilitando así el descenso del Estado al mercado y el acatamiento de sus reglas. Aunque el estudio de la inmunidad de los sujetos públicos es una materia que corresponde al contenido del D.Int.Púb., conviene en esta sede realizar unas breves referencias a la misma pues, de otro modo, un importante aspecto del contrato eurocrediticio, cual es la gestión del riesgo soberano, quedaría sin explicación. Quien desee profundizar en el tema, posee a su disposición una profusa y excelente bibliografía especializada tanto nacional cuanto extranjera¹⁵.

11. Planteamiento general.

215. La inmunidad de jurisdicción supone que los tribunales estatales o internos no pueden ejercer su potestad para conocer y juzgar un litigio en el que esté involucrado un sujeto de Derecho Internacional aunque, en principio, la materia de la controversia no esté sustraída a la competencia del órgano ante el cual se plantea. Este régimen privilegiado tiene su origen en una práctica consuetudinaria que entronca con el reconocimiento de la igualdad e independencia de los Estados: entre iguales puede existir acuerdo, pero nunca sujeción.

En la actualidad, la tradicional concepción absoluta de dicho principio ha dado paso a una formulación relativa del mismo. Formulación que parte de la distinción entre los actos realizados por el ente público en el ejercicio de sus facultades soberanas y aquellos otros que realiza despojado de sus prerrogativas y de los que responde como cualquier particular. Los primeros, *acta iure imperii*, estarían amparados por las antecitadas inmunidades soberanas; los segundos, *acta iure gestionis*, no gozarían de dicha protección.

Sin embargo, el contenido concreto de la distinción varía de país en país, por cuanto responde a la particular visión que en cada uno se tiene de la intervención del Estado -de la organización social, en suma- e incluso hay sistemas jurídicos que no conocen la distinción entre lo público y lo privado, especialmente, aquellos incardinados en la tradición anglosajona del Derecho común o *common law*. Por tanto, es perfectamente posible que ciertos actos, que en un determinado Estado son considerados como de naturaleza pública, sean reputados en otro como de simple gestión particular. De ahí la importancia de consignar con claridad, bien legislativamente, bien por vía jurisprudencial, aquellos actos que, en cada ordenamiento, son considerados como adscritos a una u otra categoría; es decir, distinguir claramente entre actos sometidos al principio general de inmunidad y actos que puedan quedar excepcionados del mismo.

¹²Sentencias del TJCE de 14 de octubre de 1976, asunto 29/76, *LTU/Eurocontrol*, *Rec.* 1976, pp. 1.541-1.560 y de 16 de diciembre de 1980, asunto 814/79, *Pays Bas/Rüffer*, *Rec.*, 1980, pp. 3.807-3.837.

¹³*Vid.* D.W. HELENIAK, "Sovereign Risks", en D.G. PIERCE y otros, *op. cit.*, pp. 85 a 92; J.R. STEVENSON, J.F. BROWNE y L. FISLER DAMROSCH, "United States Law of Sovereign Immunity Relating to International Financial Transactions", en R.S. RENDELL (edit.), *op. cit.*, pp. 97 a 116; J.W. TUDOR, "Sovereign Risk and Immunity under English Law and Practice", en R.S. RENDELL (edit.), *op. cit.*, pp. 79 a 96.

¹⁴Contractualmente, los bancos se reservan el derecho de no verificar su aportación o de reclamar la devolución anticipada de la ya realizada, si las alteraciones sobrevenidas en el marco financiero (*euromarket disaster clause*, *alternative currency clause*, *alternative interest clause*) o jurídico (*supervening illegality clause*) de la operación son de tal magnitud que les resulta imposible o excesivamente oneroso afrontar sus compromisos. *Vid. supra*, pp. 76 y ss..

¹⁵*Vid.*, desde una perspectiva general y sin ánimo de ser exhaustivo, M. ESLAVA RODRÍGUEZ, *Las empresas pública en el comercio internacional: entre la autonomía y la identificación con el Estado*, Cáceres, Universidad de Extremadura, 1992; A. SORIA JIMÉNEZ, *La excepción por actividades comerciales a las inmunidades estatales*, Madrid, Secretaría Gral. Técnica del Ministerio de Justicia e Interior, 1995; L.I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, *Las inmunidades de los Estados extranjeros ante los Tribunales españoles*, Madrid, Civitas, 1990. Desde el punto de vista financiero internacional, *vid.* la bibliografía citada *supra*, p. 105, notas n1 270 y 271.

La excepción que más nos interesa, especialmente en el campo de la financiación internacional, es la llamada excepción por actividades comerciales. Es más, el ámbito de actuación comercial estatal o para-estatal es considerado como el más idóneo para el mantenimiento de una excepción, casi indiscutible, al principio de inmunidad jurisdiccional de los entes públicos, de forma que constituye el núcleo duro de los avances que erosionan la concepción absoluta de la inmunidad del ente soberano, contribuyendo a su relativización¹⁶.

216. Por lo que a la inmunidad de ejecución se refiere, la misma viene definida como el derecho que asiste a un Estado soberano a no ver sometidos sus bienes al ejercicio de los poderes ejecutivos de otros Estados. Inmunidad de jurisdicción e inmunidad de ejecución son, pues, nociones distintas. De ahí que la renuncia a la primera no implique el consentimiento a la ejecución de la resolución que, eventualmente, se obtuviese contra el demandado soberano. La renuncia a la inmunidad de ejecución exige, en suma, un acto propio.

En general, puede afirmarse que todos los sistemas jurídicos están de acuerdo en que existen determinados bienes de los entes públicos que son, en cualquier caso, inembargables. Tras este punto de partida, la afectación de determinados bienes a la realización de las denominadas actividades comerciales del ente público se ha erigido en la cabeza de puente de un tímido avance hacia la posibilidad de someter al sujeto soberano a unas reglas de responsabilidad patrimonial más acordes con su descenso a la condición de actor en los mercados financieros internacionales.

21. Tratamiento de las inmunidades de jurisdicción y ejecución en los ordenamientos inglés, estadounidense y español.

217. En las páginas que siguen vamos a confrontar dos tipos de tratamiento jurídico de la cuestión de las inmunidades. Curiosamente, las reglas comparatistas que identifican el Derecho Común (*common law*) con un derecho de creación jurisprudencial y el Derecho Continental con un derecho codificado sufren una excepcional inversión. Así, los ordenamientos británico y norteamericano, a pesar de su clara incardinación en la tradición del Derecho del caso (*case law*), parten de un instrumento legislativo *ad hoc*. Por contra, en el caso español, no obstante nuestra herencia codificadora, carecemos de tal cuerpo legal y hay que extraer de la labor jurisprudencial las líneas maestras de la regulación de las prerrogativas de los entes jurídico-públicos.

a. Las inmunidades en el Reino Unido. La *State Immunity Act* de 1978.

218. Históricamente, los tribunales ingleses habían seguido la teoría absoluta de la inmunidad tanto del Estado extranjero cuanto de la propia corona. A partir de mediados los años setenta, comienza a abrirse una brecha jurisprudencial en favor de la relativización de dicha concepción. Relativización que se hace definitiva con la entrada en vigor, el 22 de noviembre de 1978, de la *State Immunity Act* (*SLA*). Normativa que es adoptada como consecuencia de la firma por el Reino Unido de la Convención Europea sobre Inmunidad de los Estados, hecha en Basilea el 16 de mayo de 1972.

En lo referente a la inmunidad de jurisdicción, el sistema británico -en esta materia no existen diferencias entre las diferentes unidades territoriales del Reino Unido- parte de la afirmación de la misma como principio que cabe excepcionar en determinadas circunstancias (*Sect. 1*).

El principio de inmunidad ampara tan sólo al Estado como ente de Derecho Internacional y no se extiende a los entes públicos estatales o paraestatales con personalidad jurídica separada, salvo en el caso de que su actuación venga presidida por el empleo de facultades soberanas y éstas sean reconocidas por la ley nacional del ente autónomo (*Sect. 14. 1*). En el caso de los Estados Federales, los privilegios que asisten al Estado Federal no amparan también a los miembros de la federación, que son considerados como entidades separadas (*separate entities*) y siguen el mismo régimen restrictivo de los entes públicos con personalidad distinta de la del Estado, salvo una *Order in Council* que les equipare a este último.

Entre las excepciones que posibilitarían el sometimiento del Estado a los tribunales ingleses destacan: primero, la sumisión a la jurisdicción inglesa (*Sect. 2. 1*); segundo, las transacciones comerciales, entendiendo por tales todo contrato de prestación de bienes y/o servicios, préstamos y operaciones financieras y cualquier otra actividad en la que el Estado no aparezca investido de sus poderes soberanos, aunque la finalidad de la misma no sea comercial (*Sect. 3*); tercero, obligación contractual del ente soberano que se tenga que cumplir total o parcialmente en el territorio del Reino Unido (*Sect. 3*).

Por lo que hace a la inmunidad de ejecución de los bienes del sujeto público, la regla de principio es la negativa de la ejecución (*Sect. 13. 2*). Excepcionalmente, esta última podrá acordarse cuando exista consentimiento expreso, general o limitado, del ente soberano (*Sect. 13. 3*) y cuando el bien o bienes sujetos a ejecución sean de uso o propiedad comercial. Quedan, pues, expresamente excluidos los activos de los Bancos Centrales, aunque sean reputados como de uso comercial (*Sect. 13. 3*).

b. El sistema estadounidense y la *Foreign Sovereign Immunities Act* de 1976.

¹⁶Vid. F.J. GÓMEZ-REY, *op. cit.*, pp. 165 a 169; M. ESLAVA RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 164; A. SORIA JIMÉNEZ, *op. cit.*, pp. 83 a 86, en especial, p. 85.

219. En esta materia, el sistema estadounidense tiene su instrumento jurídico fundamental en la *Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA)*, promulgada en 1976 y que entró en vigor, para todos los Estados de la Unión, el 19 de enero de 1977.

Por lo que hace a la inmunidad de jurisdicción, el punto de partida sigue siendo su mantenimiento como principio general si bien se admiten, entre otras, las excepciones siguientes (*Sect. 1605*): primero, renuncia expresa o tácita del ente amparado por la inmunidad; segundo, actividad comercial con efecto directo en los Estados Unidos o acto que dé origen, en los Estados Unidos, a una transacción comercial; tercero, existencia de derechos de propiedad fundados en una violación de la legislación norteamericana o internacional relacionadas con una actividad comercial. A estos efectos, por actividad comercial hay que entender, "bien el desarrollo ordinario de una ocupación comercial o una determinada transacción o acto comercial. El carácter comercial de una actividad se determinará por referencia a la naturaleza del desarrollo de la ocupación o de la transacción o acto determinado y no por referencia a su finalidad" (*Sect. 1603, pfo. d*). En definitiva, no basta con que la actividad pueda ser reputada como tal actividad comercial sino que, además, ha de presentar un vínculo significativo o sustancial con los Estados Unidos (*Sect. 1603, pfo. e*).

Por lo que a la inmunidad de ejecución se refiere, la *FSIA* parte igualmente del principio de denegación de la ejecución de los bienes del Estado extranjero. Excepcionalmente, podrá acordarse por los Tribunales -tanto federales cuanto de un Estado federado- la ejecución de los bienes utilizados para una actividad comercial en los Estados Unidos, salvo cuando estén afectos al mantenimiento de una misión diplomática o consular o a la residencia del jefe de tal misión (*Sect. 1610*). Están amparados, en cualquier caso, por la inmunidad de ejecución, los bienes de las Organizaciones Internacionales, las cuentas de los Bancos Centrales de otras naciones y los bienes de carácter militar o bajo control de organismos encargados de la defensa (*Sect. 1611*).

c. Las inmunidades soberanas en el Derecho español.

220. El párrafo 21 del art. 21 de la L.O.P.J. de 1985 -sistemáticamente inserto en el Título I del Libro I, "De la extensión y límites de la jurisdicción"- exceptúa del ámbito de actuación de la jurisdicción española "los supuestos de inmunidad de jurisdicción y ejecución establecidos por las normas de Derecho internacional público". Ello supone la integración en nuestro ordenamiento de la norma consuetudinaria internacional que establece el régimen de privilegios o inmunidades del Estado como sujeto soberano, lo cual constituye un avance, sin duda, sobre la situación existente con anterioridad a la citada Ley Orgánica, pero un avance insuficiente.

La doctrina ius-internacionalista española ha señalado repetidamente la necesidad de clarificar un sistema sujeto hasta el momento a los vaivenes de nuestra jurisprudencia. Clarificación que puede llegar bien por la vía de nuestra incorporación a instrumentos convencionales apropiados -Convención Europea sobre Inmunidad de los Estados de 1972- bien por el desarrollo de un instrumento legislativo semejante a los antes examinados en relación con el Derecho inglés o norteamericano¹⁷.

Afortunadamente, los referidos vaivenes jurisprudenciales se han visto mitigados por la doctrina sentada por nuestro T.C. en las Sentencias 107/1992, de 1 de julio y 292/1994, de 27 de octubre, claramente favorables a una interpretación coherente del párrafo 21 del art. 21 de la L.O.P.J. con la teoría de la inmunidad relativa, seguida mayoritariamente por los países de nuestro entorno geo-político. Un breve resumen exegético de la doctrina de nuestra más alta magistratura arroja el siguiente resultado.

i. "(L)la distinción entre actos *iure imperii* y actos *iure gestionis*, por compleja que pueda ser su concreción en casos concretos y por diverso que sea su desarrollo en la práctica de los Estados y en las codificaciones internacionales, se ha abierto paso como norma internacional general"¹⁸. Ello supone, sin duda, la definitiva incorporación a nuestro ordenamiento de la tesis restrictiva en materia de inmunidades estatales.

ii. Las cuentas bancarias y otros bienes de los que sean titulares una Embajada u Oficina Consular o que, siendo de titularidad estatal extranjera, estén "efectiva o presumiblemente destinados al desenvolvimiento de la actividad de las misiones diplomáticas o consulares", se presumen *iuris et de iure* amparados por la inmunidad de ejecución¹⁹.

¹⁷La Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones públicas no regula específicamente esta cuestión, pero sí que puede ayudar -especialmente su art. 5- a clarificar la distinción entre actos del poder público realizados *ex iure imperii* y actos realizados sin imperio. *Vid. B.O.E.* n1 119, de 19 de mayo de 1995.

¹⁸STC 107/1992, de 1 de julio, *B.J.C.*, 1992, n1 135, p. 164; STC 292/1994, de 27 de octubre, *B.O.E.* n1 285 de 29 de noviembre de 1994, Suplemento, p. 35.

¹⁹STC 107/1992, de 1 de julio, *B.J.C.*, 1992, n1 135, p. 166.

iii. Son susceptibles de ejecución forzosa aquellos "bienes que estén inequívocamente destinados por el Estado extranjero al desenvolvimiento de actividades industriales y comerciales en las que no esté empeñada su potestad soberana por actuar conforme a las reglas del tráfico jurídico-privado... sin que, por lo demás, cumplida esta circunstancia sea necesario que los bienes objeto de la ejecución estén destinados a la misma actividad comercial que provocó el litigio"²⁰.

221. De todo lo expuesto podemos concluir que el criterio distintivo básico utilizado por los ordenamientos estudiados para diferenciar actos del ente soberano realizados *iure imperii* y actos realizados *iure gestionis* es el de la naturaleza de la actividad del Estado. Ello facilita su aplicabilidad práctica, pues se trata de analizar una situación que ya se ha agotado o que, cuando menos, ya se ha iniciado antes del eventual proceso.

Sin embargo, en ocasiones, y al objeto de evitar el automatismo del primero, cuya aplicación indiscriminada podría conducir a soluciones inaceptables, dicho criterio es complementado jurisprudencialmente con el de la finalidad de la actuación. El resultado de combinar ambos criterios permite extraer las siguientes posiciones básicas.

Primero, los actos estatales de naturaleza privada y con finalidad de lucro -aquéllos de los que el ente soberano espera obtener un beneficio económico- deben ser calificados como actividades comerciales no amparadas por la inmunidad de jurisdicción.

Segundo, de igual forma que los anteriores, estarían exceptuados los actos estatales de naturaleza pública y con finalidad lucrativa.

²⁰STC 107/1992, de 1 de julio, *B.J.C.*, 1992, n1 135, p. 166.

Tercero, las actividades de naturaleza privada con finalidad no lucrativa pueden presentar dos variantes: las que posean una finalidad privada son actividades comerciales exceptuadas, mientras que el resto de actividades privadas y no lucrativas se entienden inculcadas en una finalidad pública y por tanto deben reputarse inmunes²¹.

En consecuencia, el eurocrédito concertado con un acreditado soberano estaría contemplado en la excepción prevista tanto por la *FSIA* estadounidense cuanto por la *SIA* británica para actividades comerciales del ente público, no sometido, por tanto, a la inmunidad de jurisdicción. Lo mismo cabría esperar de nuestros tribunales, de conformidad con la doctrina sentada por el T.C. en las sentencias arriba reseñadas, al entrar claramente en la categoría de actividad comercial.

Si existieran dudas acerca de la naturaleza comercial de la actividad o, en el caso de la *FSIA* norteamericana, acerca de la conexión con los Estados Unidos, estas deberían quedar disipadas a partir de la cláusula de renuncia expresa a la inmunidad de jurisdicción contenida, de forma invariable, en el contrato de eurocrédito. Dicha renuncia posee efectos enervantes respecto de la inmunidad de jurisdicción lo mismo en el Derecho norteamericano que en el inglés. En cuanto a la respuesta de nuestro ordenamiento, no parece que existan inconvenientes para realizar una interpretación conforme con la anterior, desde el momento que el T.C. asume con rotundidad la concepción relativa de la inmunidad estatal y nuestra legislación autoriza al propio Estado español y a sus organismos autónomos a renunciar a las inmunidades que les competan de acuerdo con el Derecho internacional (art. 102 de la Ley General Presupuestaria de 1977²²).

222. Por lo que a la inmunidad de ejecución se refiere, es constatable también una progresiva tendencia a admitir la ejecución de los bienes utilizados por los entes públicos en el desarrollo de sus actividades comerciales. Obviamente, las posibilidades de efectuar dicha ejecución son mucho más limitadas que las de ejercer funciones jurisdiccionales sobre el Estado o empresa pública concretos; sobre todo, si éstos no poseen bienes fuera de sus límites territoriales.

Reducida así la inmunidad a los bienes utilizados para actividades públicas, se plantea la necesidad de distinguir entre estos bienes y los destinados a las actividades puramente comerciales. A diferencia de lo que exponíamos antes respecto de la inmunidad de jurisdicción, el criterio más comúnmente seguido en los ordenamientos analizados, a efectos de inmunidad de ejecución, es el de la finalidad a la que está destinado el bien. Criterio de muy difícil aprehensión por cuanto se proyecta sobre el destino futuro o el uso probable de los bienes estatales.

En definitiva, sólo los bienes estatales destinados a una finalidad comercial estarían exceptuados del principio de inmunidad de ejecución. La actividad del ente soberano se tiene en cuenta únicamente a efectos de precisar si el bien concreto está o no afecto a dicha finalidad. Consecuentemente, el ejercicio de la jurisdicción sobre las actividades comerciales de un Estado extranjero no otorga automáticamente derecho al foro para ejecutar la sentencia sobre los bienes de dicho Estado. Para que la ejecución sea factible, es preciso que el ente público ejecutado disponga en el foro de bienes adscritos al desarrollo de actividades comerciales.

²¹*Vid.* A. SORIA JIMÉNEZ, *op. cit.*, pp. 154 a 159.

²²*Vid.* B.O.E. de 23 de septiembre de 1988.

Existe, en general, una prudencia extrema a la hora de denegar la excepción de inmunidad de ejecución, que es prácticamente reconocida de forma automática y por sistema. Tan sólo una reducida serie de decisiones jurisprudenciales, concentradas en un escaso número de países industrializados, ha autorizado la ejecución de bienes de Estados extranjeros, no estando ausentes de la motivación de las mismas móviles de tipo político o económico²³. En especial, la inmunidad de los bienes de los Bancos Centrales extranjeros viene determinada por el deseo de atraer hacia el foro las inversiones de otros Estados. Esta es la práctica habitual de los tribunales ingleses y norteamericanos respecto de los activos de Bancos Centrales de otras naciones depositados en su territorio, a partir de los dictados de la *SIA* y *FSIA*²⁴.

²³Sentencia dictada por el Tribunal de Distrito del Distrito de Columbia, asunto *Birch Shipping Corporation* contra *Embassy of the United Republic of Tanzania*; resolución de 1953 del *Privy Council* británico, asunto *Civil Air Transport, Inc.* contra *Central Air Transport Corporation*; sentencia del Tribunal de Apelación de París de 31 de enero de 1984, *Société Air Zaïre* contra *Gauthier et van Impe*; sentencia del Tribunal de Apelación de Londres en el asunto *Hispano Americana Mercantil S.A.* contra *Central Bank of Nigeria*; sentencia de 1981 del Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito en el asunto *Verlinden B.V.* contra *Central Bank of Nigeria*; citadas por A. SORIA JIMÉNEZ, *op. cit.*, pp. 188, 225, 226 y 241, respectivamente.

²⁴*Vid.* J.R. STEVENSON y otros, *op. cit.*, pp. 114 y ss.; W. TUDOR JOHN, *op. cit.*, p. 83.

C. Cláusulas contractuales de renuncia a las inmunidades.

223. Como acabamos de ver, frente la concepción tradicional o absoluta de las inmunidades del Estado, que las considera como cuestiones intangibles del Derecho Internacional ligadas a la soberanía del Estado, las diferentes legislaciones y decisiones jurisprudenciales nacionales han ido relativizando el concepto, al hilo del incremento de la intervención de los entes públicos en el comercio internacional. En la actualidad, se afirma, la soberanía consiste precisamente en poder renunciar y transigir soberanamente respecto de los privilegios tradicionales del Estado²⁵. En los eurocréditos concertados con un acreditado soberano, dicha renuncia es incorporada a los textos contractuales, hasta el punto de convertirse en otra de las cláusulas estandarizadas de los mismos²⁶. Además, dicha cláusula viene reforzada por la declaración solemne del acreditado, realizada en forma de *warranties y/o covenants*, acerca del carácter comercial de la transacción y la irrevocabilidad del compromiso de renuncia asumido²⁷.

224. En cualquiera de los tres ordenamientos estudiados en el apartado anterior, la cláusula de renuncia a la inmunidad de jurisdicción habitualmente inserta en los eurocréditos será considerada como válida. Otra cosa bien distinta es su efectividad. Los avances de la relativización del principio de inmunidad soberana no deben hacernos perder de vista que, aunque el Estado descienda a una posición de simple particular, su actuación siempre vendrá inspirada por su prioritaria labor de defensa del interés público. En última instancia, el carácter soberano de un acreditado siempre deja latente el riesgo del tinte publicista de la relación, en el sentido de que, al final, la soberanía, como tal, es irrenunciable²⁸.

Un ejemplo evidente de ello pudo contemplarse con el desencadenamiento de la primera crisis de la Deuda internacional, a principios de los años ochenta. En ella se puso de manifiesto que no es lo mismo hablar de renuncia a las inmunidades soberanas en un caso concreto o aislado, que discutir la renegociación del total de la deuda externa de un país. Algunos Estados implicados en el proceso de renegociación invocaron limitaciones de carácter constitucional para considerar nula la cláusula de renuncia a las inmunidades soberanas, lo cual obliga a plantearse el problema en términos estrictamente internacional-privatistas.

Analizando la cuestión desde la perspectiva de los foros habitualmente elegidos en los contratos eurocrediticios - tribunales ingleses o del Estado de Nueva York- los acreditantes sostienen que, tanto en el ordenamiento británico cuanto el neoyorquino, la validez de dicha renuncia debe ser tratada como una cuestión procesal y, por tanto, sometida al principio *lex fori regit processum*. Obviamente, ello supondrá, en virtud de las previsiones de la *SIA* o de la *FSLA*, el mantenimiento de la validez de la renuncia. Por contra, los acreditados soberanos alegan que, en realidad, se trata de una cuestión que afecta a la capacidad para contratar y, en consecuencia, según los sistemas de D.i.pr. del foro elegido, deben someterse a la ley del domicilio; conexión

²⁵Vid. B.M. CREMADES, *Conferencias...*, op. cit., p. 161.

²⁶"The Borrower agrees that should the Bank bring legal action or proceedings against it or its assets in relation to any matters arising out of this Loan Agreement, no immunity from such legal action or proceedings (which shall be deemed to include, without limitation, suit, attachment prior to judgment, other attachment, the obtaining of judgment, execution or other enforcement) shall be claimed by or on behalf of the Borrower or with respect to its assets, the Borrower hereby irrevocably waiving such right of immunity which it or its assets now has or may hereafter acquire." Vid. W. TUDOR JOHN, op. cit., p. 85.

²⁷"The Borrower is subject to civil and commercial law with respect to its obligations under this Loan Agreement. The execution, delivery and performance of this Loan Agreement by the Borrower constitutes private and commercial acts rather than governmental or public acts. The Borrower and its properties do not enjoy any right of immunity from suit, set off or attachment or execution on judgment in respect fo the obligations of the Borrower under this Loan Agreement. The waiver contained in this Loan Agreement by the Borrower of any such right of such immunity is irrevocably binding on the Borrower." Ibid., op. cit., p. 86.

²⁸Vid. B.M. CREMADES, *Conferencias...*, cit., pp. 170 y 171; F.J. GÓMEZ-REY, op. cit., p. 142.

domiciliar que es propia de los sistemas anglosajones en materia de estatuto personal.

Desde la perspectiva del foro español, cabría diferenciar entre el problema de validez de la cláusula -que, en mi opinión, debe someterse a la *lex contractus*- y los efectos de la misma, para los cuales la calificación procesal parece la más apropiada. La alegación de la inmunidad estatal ha venido articulada en nuestro Derecho a través de la correspondiente excepción procesal de falta de jurisdicción del art. 533.1 de la L.E.C.. El hecho de que la doctrina internacional-privatista española reclame una reconsideración del tratamiento procesal de la inmunidad estatal hacia la vía del control de oficio no desvirtúa, a mi modo de ver, la naturaleza de la institución²⁹.

225. Por lo que se refiere a la inmunidad de ejecución, obviamente el problema de su efectividad hay que enmarcarlo en el ordenamiento en el cual se solicita la medida concreta: ejecución de sentencia, embargo preventivo, etc.. Solicitada dicha medida en territorio estadounidense o británico, las disposiciones de sus respectivas legislaciones en la materia habilitarían la ejecución de los bienes del acreditado soberano, siempre que estuvieren destinados al desarrollo de actividades comerciales y no se encuentren en el listado de bienes expresamente excluidos. Solicitada en nuestro país, la referencia genérica del párrafo 21 del art. 21 de la L.O.P.J. al D.I.Púb. y el alineamiento de nuestro T.C. con las concepciones restrictivas en la materia podrían fundamentar una solución semejante.

Mayores problemas se plantearían para tomar una medida ejecutiva sobre bienes situados en territorio del propio acreditado soberano, si éste se niega a respetar el compromiso contractualmente asumido. No obstante, hay que tener en cuenta, en el marco de una economía global con base indudablemente fiduciaria, el interés de los Estados en mantener su reputación como tomadores de capitales en el mercado internacional, lo cual debe conducir, inexorablemente, a una renegociación o a su salida del mercado.

²⁹Vid. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, p. 278.

II. PROYECCIÓN DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CRÉDITO SINDICADO DENOMINADO EN EUROMONEDAS SOBRE SU RÉGIMEN INTERNACIONAL-PRIVATISTA.

226. En las páginas de este trabajo dedicadas al análisis descriptivo del eurocrédito se formuló una propuesta de definición cuyo objetivo consistía en describir, en términos estrictamente fácticos, la citada operación financiera³⁰. Dicha propuesta definía el objeto del presente estudio como un acuerdo de voluntades en virtud del cual una pluralidad de acreditantes, organizados en una estructura colectiva mancomunada y no solidaria -el sindicato- se comprometen, en unas mismas condiciones y coordinados por un mandatario especial -el Banco Agente-, a entregar o a poner periódicamente a disposición de una persona -el acreditado- determinados fondos, denominados en una o varias euromonedas, a cambio del compromiso del acreditado de devolver, generalmente a medio o largo plazo, los fondos recibidos y de pagar por su utilización un tipo de interés que varía por referencia a la tasa del euromercado³¹.

227. Inmediatamente surgen los problemas planteados por la complicada configuración estructural del eurocrédito sindicado. Problemas que pueden ser contemplados desde una doble perspectiva: horizontal o cualitativa y vertical o cuantitativa.

Imaginemos un mueble compuesto por diez módulos individuales, cada módulo equivaldría a la participación de cada banco en la operación. La perspectiva vertical, entonces, pone la mira en los efectos que sobre la estructura del eurocrédito provoca la multiplicidad de participaciones individuales. Ahora bien, visto frontalmente, el conjunto aparece como un mueble único, estratificado en tres estanterías horizontales -sindicación, apertura de crédito y mandato de administración al Banco Agente- lo cual implica que, a su vez, cada módulo contenga en su interior tres Aestantes®. La perspectiva horizontal implica, pues, una visión de conjunto que se fija en los diferentes estratos en que la operación parece estructurarse.

A mi modo de ver, cada plano exige un tratamiento separado, teniendo siempre como norte la trascendencia de las conclusiones obtenidas desde el punto de vista del régimen de D.i.pr. del eurocrédito sindicado. El planteamiento puede ser resumido en dos cuestiones básicas. Primera, perspectiva horizontal o cualitativa,)el eurocrédito es una figura contractual unitaria o es una operación compleja constituida por tres negocios jurídicos -contrato previo de sindicación, concesión del mandato al Banco Agente, apertura de crédito- independientemente identificables?. Las palabras claves son Acuál® o Acuáles®.

Segunda, perspectiva vertical o cuantitativa,)el hecho de que la parte acreditante se organice en una fórmula de cooperación empresarial no solidaria -el sindicato- carente de personalidad jurídica distinta y separada de la de cada banco interviniente, no es un índice claro de que, al menos a primera vista, puede defenderse la existencia de tantos contratos de crédito como partes acreditantes intervienen en la concesión de la facilidad financiera?. La palabra clave, en este plano, es Acuántos®.

228. Responder a dichas preguntas, lejos de constituir un alambicado ejercicio de ceterería jurídica, implica una cuestión de indudable repercusión para la regulación internacional-privatista del eurocrédito cual es la de calificar -tanto en el plano de la competencia judicial internacional cuanto desde el punto de vista del derecho aplicable- la relación jurídica objeto de regulación. La cuestión de la unidad o pluralidad de contratos aparece como una de las primeras interrogantes a las que tendrá que responder el juez enfrentado con una operación de gran complejidad estructural como es el eurocrédito sindicado.

A falta de pronunciamientos legales y jurisprudenciales, a continuación se describirán las diferentes concepciones que sobre la unidad o pluralidad de la operación -en su conjunto (perspectiva cualitativa u horizontal)- pueden encontrarse en la práctica financiera internacional y en las diferentes aportaciones de los autores que se han ocupado particularmente del eurocrédito (1.). En segundo término, se estudiará el mismo problema, unidad o pluralidad, pero desde la perspectiva vertical o cuantitativa (2.). En tercer lugar, se expondrá la posición personal acerca de la cuestión teniendo en cuenta especialmente las consecuencias que de las conclusiones obtenidas se derivan para el régimen internacional-privatista del eurocrédito sindicado (3.).

³⁰ *Vid. supra*, pp. 66 y ss..

³¹ *Vid. supra*, pp. 68 y 69.

1. CONCEPCIONES UNITARIAS Y PLURALISTAS. (PERSPECTIVA HORIZONTAL O CUALITATIVA).

229. El análisis horizontal comienza con un estudio de la información que puede extraerse de la práctica contractual de los agentes del euromercado (A.) y prosigue con una panorámica de las principales posiciones doctrinales respecto de la unidad o pluralidad de la estructura eurocrediticia como operación financiera internacional de carácter complejo (B.).

A. Análisis de la práctica contractual.

230. Como es lógico, no hay en la práctica del eurocrédito sindicado pronunciamientos de alcance general acerca de la cuestión que ahora nos ocupa. Consecuentemente, la información que al respecto puede obtenerse debe ser extraída del análisis de la documentación contractual.

En un primer estadio evolutivo, la documentación contractual solía constar de un cuerpo principal y varios anexos. En el texto principal se detallaban las condiciones del crédito denominado en euromonedas y los derechos y obligaciones de acreditantes y acreditado, sin que a dicho documento trascendieran ni el pacto de sindicación, ni la interposición del Banco Agente³². La regulación de estas dos últimas relaciones solía plasmarse en textos separados, incorporados como anexos al acuerdo crediticio principal. Esta forma de proceder, seguida aún por algún banco francés, como Crédit Lyonnais, parece abogar por una concepción trifronte del eurocrédito: pacto previo de sindicación, concesión del crédito sindicado denominado en euromonedas, otorgamiento del mandato de administración al Banco Agente.

Posteriormente -con la salvedad apuntada de los bancos franceses- se observa una decidida tendencia a integrar tanto aspectos propios de las relaciones *ad intra* sindicato -régimen de mayorías, etc.- cuanto los deberes y facultades del Banco Agente en el mismo documento en el que consta el contrato de crédito³³.

231. Esta propensión hacia la unificación es posible que ofrezca mayor sustento a las tesis unitarias de la operación, pero nada definitivo cabe concluir puesto que dos circunstancias aparecen con claridad. Primero, que la técnica de la documentación separada es residual, pero subsiste, lo cual abona la teoría contraria o plural. Segundo, que el eurobono -la otra gran fórmula de financiación disponible en el euromercado- presenta una práctica uniforme e invariable en el sentido de hacer constar los diferentes segmentos en que se estructura en distintos documentos y denominarlos de diferente forma³⁴. *Sensu contrario*, podrían extraerse conclusiones favorables a la unidad de la operación eurocrediticia, pero la opción de las partes por la unidad de documentación puede ser entendida -además de como indicio de una concepción unitaria de la estructura del eurocrédito- como una lógica inclinación hacia la simplificación documental.

En cualquier caso, lo único que cabe inferir de la opción por una u otra fórmula de instrumentación es la intención de las partes. Nada más, nada menos.

³²Vid. F.J. GÓMEZ-REY, *op. cit.*, nota nº 6, p. 19.

³³Vid. L. RADICATI DI BROZOLO, *op. cit.*, nota nº 216, p. 200.

³⁴Jurídicamente, el eurobono, se estructura en torno a tres contratos principales y dos acuerdos accesorios. Los tres contratos principales son el contrato de suscripción (*Subscription Agreement*, también *Underwriting* o *Purchase Agreement*); el contrato entre suscriptores (*Agreement Among Underwriters* o también, *Agreement Between Managers*); el contrato de distribución (*Selling Group Agreement*). Dichos acuerdos serán firmados el mismo día (*signing day*) y con ello, la base jurídica de la emisión de euro-obligaciones ya está delineada en sus trazos fundamentales. Sin embargo, la estructura se complica aún más con la firma de dos importantes acuerdos, uno que regirá las funciones y deberes del agente de pagos o agente fiscal (*Paying Agent Agreement* o *Fiscal Agency Agreement*) y otro que introducirá un mecanismo de representación y defensa de los intereses generales de los obligacionistas: la escritura de constitución del *trust* (*trust deed*), salvo que el emisor sea un ente soberano, en cuyo caso se recurre a la designación de un Agente Fiscal. La firma de estos acuerdos accesorios no se producirá hasta el día del cierre definitivo de la emisión (*closing day*). Vid. bibliografía citada en nota 241, p. 80.

B. Concepciones doctrinales.

232. Hasta donde mi conocimiento alcanza, no se encuentra en la doctrina comparada un análisis particularizado de la estructura del crédito sindicado denominado en euromonedas como operación financiera internacional de carácter complejo. La preocupación principal de los autores que han estudiado el eurocrédito gira en torno a la repercusión de la sindicación sobre la relación estricta de crédito -perspectiva vertical o cuantitativa- que consideraremos más adelante. Si ello fuese consecuencia de una concepción unitaria de la operación, en su conjunto, y estuviese fundamentada en un criterio de discriminación claro entre unidad y pluralidad de contratos, no habría nada que objetar. Sin embargo, las posiciones doctrinales respecto de ambas cuestiones no siempre están claramente explicitadas y la mayoría de ellas hay que deducirlas a partir de determinados datos singulares. Así, es muy frecuente que se señale el carácter previo o independiente del pacto, acuerdo o contrato de sindicación respecto de la relación considerada principal -apertura de crédito- o la necesidad de un tratamiento independiente de las cuestiones relacionadas con el Banco Agente³⁵.

³⁵Vid. P. GABRIEL, *op. cit.*, p. 115 y pp. 151 a 152; F.J. GÓMEZ-REY, *op. cit.*, p. 19.

Lógicamente, esta ausencia de tratamiento se traduce en que, salvo excepciones³⁶, tampoco se procede a una traslación o análisis de las consecuencias de una u otra postura al campo del D.i.pr.. El análisis internacional-privatista suele centrarse exclusivamente en la determinación del juez internacionalmente competente para conocer de las hipotéticas patologías que puedan afectar a las relaciones crediticias y en la individualización de la ley aplicable para resolverlas; sin que se aclare si ello es consecuencia de la concepción unitaria de la operación o de la *vis atractiva* que ejercería la relación principal sobre el resto de las relaciones -pacto de sindicación, concesión de mandato- identificables, al menos a simple vista, en el seno de la operación eurocrediticia.

A continuación, se realiza un sumario repaso de las aportaciones doctrinales más significativas respecto de la cuestión que nos ocupa. Se expondrán, en primer lugar, las posiciones de aquellos autores que comparten una concepción pluralista del eurocrédito sindicado (11.). y, en segundo término, las tesis de quienes lo conciben como una operación mono-estructurada (21.).

11. Concepciones pluralistas.

233. La concepción pluralista de la operación parece ser la dominante entre la doctrina de Derecho Continental, Derecho Codificado o Derecho Civil, si bien el fundamento último de tal visión no aparece claramente expuesto. Quizás ello venga motivado por la preferencia, ya apuntada, del análisis de los problemas vinculados a la concesión del crédito, en sentido estricto, en detrimento del estudio global de la operación.

234. En nuestra doctrina, las posiciones son claramente favorables a las tesis pluralistas, postura que cuenta con el refrendo de una opinión tan autorizada como la de L. DIEZ-PICAZO. Para el citado profesor, es claro que el pacto de sindicación es previo y distinto de la relación de crédito y que dicho pacto exige el nombramiento de un mandatario que canalice la administración de la operación y las relaciones externas del sindicato³⁷. También esa parece ser la concepción de F.J. GÓMEZ-REY, cuando afirma la existencia de dos relaciones jurídicas derivadas de los contratos que componen el conjunto de la operación. Por un lado, el acuerdo de los bancos para sindicarse que, en principio, es un contrato de asociación entre entidades financieras y que implica para ellas la asunción de compromisos concretos. Por otro, el auténtico contrato de crédito, el cual conlleva unas obligaciones de los bancos frente al acreditado³⁸.

Sin embargo, no se encuentra una reflexión específica acerca de las repercusiones de la estructura de la operación sobre la disciplina internacional-privatista de la misma. Si las razones de tal ausencia son evidentes en el caso del ilustre civilista, no lo son tanto en la obra del segundo de los autores citados, centrada en los Créditos y préstamos internacionales³⁹, tal y como reza el título de su obra. Lo máximo que cabe hallar son referencias fragmentarias a la calificación del Banco Agente como mandatario o comisionista mercantil; señalando, a efectos conflictuales, la aplicación del apartado 11 del art. 10 del C.C.³⁹.

³⁶Notablemente, L. RADICATI DI BROZOLO, *op. cit.*, p. 200 y ss..

³⁷*Vid.* L. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial. Las relaciones obligatorias*, vol. II, 50 ed. Madrid, Civitas, 1996, pp. 194 y 195.

³⁸*Vid.* F.J. GÓMEZ-REY, *op. cit.*, pp. 19, 42 a 45 y 62.

³⁹*Vid.* F.J. GÓMEZ-REY, *op. cit.*, nota n1 29, p. 62.

235. La doctrina italiana cuenta con uno de los autores, L. RADICATI DI BROZOLO, que más profundamente han estudiado las operaciones financieras internacionales y para quién está meridianamente claro el carácter separado, instrumental y preliminar del contrato de sindicación respecto de la relación crediticia principal. Además, la obra del estudioso italiano tiene para la investigación en curso el valor añadido de analizar la repercusión de esta afirmación sobre el régimen de D.i.pr. de las operaciones sindicadas, en concreto, sobre el sector del Derecho aplicable, análisis que puede resumirse como sigue⁴⁰.

Del carácter previo, separado e instrumental de un contrato respecto de otro no se deriva, necesariamente, que el primero deba ser sometido a la misma ley que regula el segundo o relación principal. Al contrario, en línea de principio, el D.i.pr. debe tratar independientemente cada uno de los segmentos de las operaciones financieras complejas, por muy interrelacionados que estén desde un punto de vista económico. Ello no es óbice para que el profesor italiano mantenga la conveniencia de asegurar, en la medida de lo posible, la coherencia material y conflictual de la operación compleja, recurriendo al expediente de la elección tácita de ley aplicable.

En este sentido, tras señalar las especiales características y dificultades que plantean las *Aoperazioni consorziali*® -equivalentes a lo que en el presente trabajo se ha venido denominando *Aoperaciones sindicadas*®- el referido autor constata como en la práctica bancaria internacional es cada vez más frecuente incluir el contrato de sindicación en el mismo documento contractual que regula las relaciones estrictamente crediticias. En su opinión, ello debería constituir una señal bastante indicativa en el sentido de que existe intención por parte de los participantes en el sindicato de someter sus relaciones a la misma ley reguladora de la operación principal.

21. Concepciones unitarias.

236. Es la dominante entre la doctrina anglosajona, generalmente a partir de la relevancia del hecho de que las relaciones se documenten en un único instrumento y que la celebración del contrato se lleve a cabo, al contrario de lo que ocurre en los eurobonos, con unidad de acto⁴¹. De todas formas, no puede decirse que dichos planteamientos estén fundamentados en un análisis teórico -que no existe- ni que aparezcan nítidamente expresados. Simplemente, eso es lo que se puede deducir del tratamiento unitario de las cuestiones de D.i.pr., que parecen traducir una concepción también unitaria de la estructura jurídica de la operación. Sin embargo, ello no es inconveniente para que, generalmente al hilo de la exposición del régimen de Derecho material o sustantivo de la actuación del Banco Agente (*Agent Bank*), se haga referencia incidental a la necesidad de un régimen conflictual particularizado⁴².

2. CONCEPCIONES UNITARIAS Y PLURALISTAS (PERSPECTIVA VERTICAL O CUANTITATIVA).

237. En el apartado anterior se expusieron las diferentes posiciones doctrinales que ha suscitado la cuestión de la unidad o pluralidad de relaciones desde una perspectiva horizontal. Se trataba, en suma, de una cuestión cualitativa cual es la de analizar la naturaleza -plural o unitaria- de la operación eurocrediticia en su conjunto. En las líneas que siguen intentaré hacer lo propio, pero desde la perspectiva vertical o cuantitativa.

En el ejemplo del mueble modular -burdo, sin duda, pero a mi entender suficientemente gráfico- se trata de examinar la unidad o pluralidad de la estructura eurocrediticia, contemplando el efecto que sobre la misma provoca la existencia de participaciones -es decir, *Amódulos*®- individuales. El objetivo, ahora, es de tipo cuantitativo: determinar si dichas divisiones implican la fragmentación de la operación -el *Amueble*®- a partir del dato objetivo de la carencia de personalidad jurídica del sindicato y la falta de solidaridad entre los integrantes del mismo.

Persiguiendo dicho objetivo, en primer lugar, se analizan las conclusiones extraíbles del análisis de la práctica (A.); en segundo término, se describen las concepciones doctrinales referentes al problema (B.).

⁴⁰Vid. L. RADICATI DI BROZOLO, *op. cit.*, p. 182 a 196 y pp.199 a 201.

⁴¹Vid. P. GABRIEL, *op. cit.*, pp. 5 a 27; F. GRAAF, *op. cit.*, pp. 359 a 362; R.C. TENNEKON, *op. cit.*, pp. 15 y 16.; G.A. PENN y otros, *op. cit.*, pp. 1 a 9; PH. WOOD, *op.cit.*, pp. 1 a 4.

⁴²Vid. P. GABRIEL, *op. cit.*, pp. 28 a 32.

A. La práctica del euromercado.

238. Para los agentes del euromercado, las relaciones eurocrediticias en modo alguno pueden suponerse entabladas entre el sindicato, por una parte, y el acreditado, por otra⁴³. Como quedó explicado al analizar los principios de regulación del eurocrédito, tanto para los acreditantes cuanto para el acreditado el sindicato es una unidad económica de acción, pero no una unidad en sentido jurídico⁴⁴.

Del lado de las instituciones de crédito, el compromiso de cada entidad se entiende separado del de las demás y limitado a la suma individualmente prometida. De esta forma, en caso de incumplimiento por parte de algún acreditante, el resto de integrantes del sindicato no tiene obligación de incrementar su propia participación para suplir la del incumplidor. Cada banco queda liberado realizando su aportación, sin que el acreditado pueda exigirle más de lo prometido a título individual. Del mismo modo, los actos modificativos o extintivos de la relación crediticia (novación, compensación, fusión o remisión) no pueden referirse más que a la cuotaparte correspondiente a cada banco y sólo serán eficaces respecto de él.

Del lado del acreditado, éste debe a cada banco una deuda independiente que puede ser, al menos teóricamente, reclamada y ejecutada por cada acreditante de forma independiente, sin tener en cuenta la opinión del resto de participantes, ni del Banco Agente. Lo que ocurre es que, de proceder en contra de la decisión mayoritaria, el acreedor minoritario que ejerciera insolidariamente sus derechos, incurriría en violación del contrato de sindicación, pero, ello no obstante, el crédito seguiría siendo individual, independiente y separado⁴⁵.

Consecuentemente, la estructura general del crédito sindicado denominado en euromonedas -el mueble plurimodular en su conjunto considerado- podría desdoblarse en tantas relaciones contractuales como entidades financieras intervienen en la concesión del crédito. El eurocrédito se traduciría, pues, en la aparición de un haz de relaciones contractuales paralelas: una batería de módulos independientes. Una operación eurocrediticia no sería más que una yuxtaposición de créditos individualmente concedidos por cada uno de los participantes a un mismo acreditado y bajo unas mismas condiciones financieras y jurídicas.

⁴³ Vid., entre otros, J.B. BLAISE y PH. FOUCHARD, "Valeur juridique de la syndication", en *Les Euro-crédits. Un instrument...*, op. cit., p. 155; H. FRANÇOIS-MARSAL, "L'ouverture..." op. cit., p. 704; R.C. TENNEKOON, op. cit., p. 45; F. VARGAS y M.D. BEATO, "Los créditos a tipo de interés variable y la experiencia española", *P.E.E., Suplementos sobre el sistema financiero*, n.º 2, 1983, p. 28; PH. WOOD, op. cit., pp. 256 y ss..

⁴⁴ Vid. *supra.*, pp. 78 y 113 y ss.

⁴⁵ Vid. L. Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, op. cit., p. 195.

B. Concepciones doctrinales.

239. Al igual que se procedió al analizar la perspectiva horizontal o cuantitativa, pero esta vez desde la perspectiva vertical o cuantitativa, en esta sección se repasan las opiniones que respecto de la unidad o pluralidad de la operación eurocrediticia pueden recabarse entre los especialistas que del estudio de tal cuestión se han encargado, comenzando por las concepciones pluralistas (11.) y siguiendo por las unitarias (21.).

11. Concepciones pluralistas.

240. Aunque no los únicos, exponentes preclaros de esta concepción son las posiciones de figuras doctrinales como L. DíEZ-PICAZO y L. RADICATI DI BROZOLO⁴⁶. Un rápido vistazo a sus contribuciones permitirá sintetizar la visión pluralista de la estructura eurocrediticia en el plano vertical o cuantitativo.

Para el jurista español, la sindicación es un instrumento de distribución de riesgos. Sin embargo, lo que le diferencia de las fórmulas tradicionales de pluralidad activa no es la motivación económica, sino el modo de organización jurídica. El principio de la unanimidad -propio de la mancomunidad- se sustituye por el de las mayorías: los acuerdos mayoritarios vinculan a todos los participantes. No obstante, el crédito sigue siendo individual, lo que ocurre es que si, pese a la decisión mayoritaria, el acreedor minoritario ejerce sus derechos incurriría en violación del contrato de sindicación⁴⁷.

Lógicamente, el ilustre civilista español no se ocupa de las consecuencias que tal aseveración podría implicar para el régimen de D.i.pr. del eurocrédito.

241. En términos semejantes se manifiesta el profesor italiano, para quien no existen dudas respecto de que las relaciones crediticias no se traducen en una relación contractual única entre el acreditado por un lado y el sindicato acreditante por otro. En el propio clausulado, las partes excluyen la solidaridad entre acreditantes y la intención de los Bancos es clara en el sentido de dar vida a un haz de relaciones paralelas e independientes, que vienen reguladas en un mismo instrumento por razones de comodidad y para asegurar una completa identidad en el tratamiento jurídico de cada acreditante⁴⁸.

Una vez más, la exposición de L. RADICATI DI BROZOLO posee el interés de conectar una determinada concepción de la estructura de la operación con el tratamiento internacional-privatista de la misma, en concreto, respecto del sector del derecho aplicable. Según el autor citado, el reconocimiento de la pluralidad estructural no comporta que, a efectos de su disciplina conflictual, cada uno de los contratos individuales conformadores del haz contractual deba ser tomado singularmente. Ello es así porque un completo paralelismo de regulación material y conflictual es, según sus propias palabras, *aconnatura* a la operación y considerado como irrenunciable por las partes, sobre todo, por los acreditantes.

⁴⁶Otra posición cercana mantiene R.C. TENNEKON, *op. cit.*, pp. 100 y 101. Si bien de ello no deriva consecuencias respecto de los problemas del régimen de D.i.pr. de la operación, tratados unitariamente en las pp. 15 a 42.

⁴⁷*Vid.* L. DíEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 195.

⁴⁸*Vid.* L. RADICATI DI BROZOLO, *op. cit.*, pp. 200 y 201.

21. Concepción unitaria.

242. Viene perfectamente sintetizada por la posición de A. AURIOLES MARTÍN⁴⁹. Al menos eso puede colegirse cuando manifiesta que "...la pluralidad de acreditantes confiere a los elementos personales del contrato un especial significado... que exige el examen... de la constitución de vínculos jurídicos entre ellos por razón de su participación en *un único contrato*"⁵⁰. Siguiendo su discurso, a pesar de que, por el carácter independiente de las obligaciones asumidas por los distintos Bancos, pudiera deducirse una solución contraria, no es predicable la existencia de tantos contratos de crédito como entidades acreditantes intervinientes en la operación. Con el recurso a la técnica de la sindicación, los bancos pretenden, fundamentalmente, la división del riesgo; pero no es menos cierto que lo hacen manteniendo la unidad del vínculo contractual.

Así caracterizada, la relación eurocrediticia no se atomizaría en tantos contratos como acreditantes porque existe unidad de objeto, causa y documentación. El objeto de la operación es único: la concesión conjunta de una facilidad crediticia. La causa también sería unitaria: acuerdo entre el cliente y los Bancos para atender a unas necesidades de financiación determinadas, a cambio de unas prestaciones también concretas. En fin, el acuerdo se plasma en un mismo documento en el que se instrumentaliza un único contrato de crédito con pluralidad, eso sí, de sujetos acreditantes.

Obviamente, al dedicar su estudio a los créditos sindicados celebrados en el mercado interno, el referido profesor no trata las consecuencias que las afirmaciones anteriores poseen desde el punto de vista del D.i.pr.. No obstante, como el propio autor se encarga de recordar, la estructura de estas operaciones domésticas no difiere un ápice de la de sus precedentes internacionales⁵¹.

3. POSICIÓN PERSONAL.

243. A mi juicio, las consecuencias que se pueden extraer, tanto de la práctica contractual cuanto de las posiciones doctrinales analizadas no son concluyentes respecto de la cuestión examinada y ello obliga a realizar el siguiente esfuerzo clarificador.

⁴⁹Vid. A. AURIOLES MARTÍN, *op. cit.*, pp. 36, 37 y 141. En el mismo sentido, CH. AMESTI MENDIZÁBAL, *op. cit.*, p. 244; J.P. MATTOUT, *op. cit.*, pp. 216 y 217.

⁵⁰Vid. A. AURIOLES MARTÍN, *op. cit.*, p. 117. Las cursivas son mías.

⁵¹Vid. A. AURIOLES MARTÍN, *op. cit.*, pp. 51 y ss..

Como ya se adelantó al comentarla, la práctica contractual y su decidida propensión hacia el documento contractual único parece ofrecer mayor apoyo a las tesis unitarias, al menos por lo que atañe a la intención de las partes. No obstante, de dicha tendencia no pueden inferirse conclusiones definitivas. Aunque la evolución general de las técnicas de contratación se oriente hacia la unificación documental, ello puede que constituya un factor más a tener en cuenta a la hora de discernir entre unidad o pluralidad de contratos, pero no creo que constituya un criterio decisivo al respecto⁵². La preocupación fundamental de las partes no se centra en considerar si están ante uno o más contratos, sino en asegurar la consecución de los resultados que pretenden. El hecho de que decidan plasmar sus relaciones en un único texto puede obedecer a razones de simple economía. En cualquier caso, lo que si dejan claro los contratantes es su inequívoca intención de, primero, mantener la independencia de la participación de cada acreditante, necesaria a efectos de la distribución del riesgo de crédito (principio de independencia); segundo, garantizar la igualdad de trato entre acreditantes (principio de igualdad de trato).

244. También el repaso, necesariamente breve, que se ha realizado de las teorías doctrinales más significativas respecto de la configuración estructural del eurocrédito arroja un resultado deficitario, al menos en dos sentidos.

Primero, los criterios para diferenciar entre unidad y pluralidad contractual no están claramente expresados: en unas ocasiones parece que se atiende a un criterio subjetivo como la intención de las partes; en otras, a criterios objetivos como la causa o el objeto del contrato y, sobre todo, a la unidad de documentación como factor determinante.

Segundo, la traslación de las consecuencias de la estructura plural o unitaria de la operación eurocrediticia al campo del D.i.pr. no está suficientemente analizada.

Consiguientemente, es preciso, a mi modo de ver, proceder según el siguiente *iter* lógico: en primer lugar, exposición de un criterio que permita determinar si estamos ante una operación unitaria o plural (A.); a continuación, se aplicará el criterio discriminador escogido a la operación financiera objeto de este trabajo: créditos sindicados denominados en euromonedas (B.). Sólo entonces se estará en condiciones de analizar la repercusión de la solución encontrada sobre el régimen de Derecho aplicable al eurocrédito (C). La reflexión se cerrará con un balance final a modo de recapitulación de todo lo expuesto en relación con la calificación del eurocrédito sindicado (D.).

A. Criterios jurisprudenciales y doctrinales de discriminación entre unidad y pluralidad de contratos.

245. Al intentar aclarar la estructura de una operación altamente internacionalizada, lo primero que cabe plantearse es ¿cuál de los múltiples ordenamientos conectados con ella debe tomarse como referencia?. A esa cuestión se dedican unas breves reflexiones (11.) para, a continuación, exponer los criterios de discriminación entre unidad y pluralidad contractual utilizados más habitualmente por la jurisprudencia (21.) y la doctrina comparadas (31.).

11. Unidad y pluralidad de contratos como problema de calificación.

246. La discriminación entre unidad y pluralidad de contratos es una cuestión de indudable naturaleza calificatoria. En nuestro sistema de D.i.pr. el problema de la calificación ha venido recibiendo una respuesta tradicional que, en términos generales, podemos caracterizar por las siguientes notas: primera, concepción civilista del problema de la calificación; segunda, absolutismo de la solución -calificación *ex lege fori*- aportada por el apartado 1 del artículo 12 del C.C., según el cual, no caben excepciones al principio general.

No obstante, dicha respuesta resulta hoy condicionada, de un lado, por la renovación de los planteamientos científicos en torno al problema (a.) y, de otro, por el impacto que sobre nuestro ordenamiento han tenido instrumentos institucionales, como el Convenio de Bruselas y el Convenio de Roma, e instrumentos convencionales como el Convenio de Lugano, los cuales exigen procedimientos calificatorios especiales (b.).

⁵²*Vid.*, en el mismo sentido, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El contrato...*, *op. cit.*, p. 154, quien caracteriza estos supuestos como contratos coligados extrínsecamente, pero carentes de conexión intrínseca.

a. Renovación de los planteamientos doctrinales en torno a la calificación.

247. Uno de los problemas clásicos del D.i.pr. es el que plantea la subsunción del relato fáctico contenido en la situación privada internacional en las categorías jurídicas utilizadas por el legislador para integrar el supuesto de hecho de las normas que regulan el tráfico externo⁵³. Para resolver este problema se ha recurrido a dos técnicas distintas.

La primera, clásica e identificada como Acalificación del supuesto de hecho⁵⁴ entiende que calificar es, en suma, definir jurídicamente o, en palabras de clara impronta civilista, determinar la naturaleza jurídica del supuesto litigioso.

La segunda, más reciente y construida específicamente desde parámetros internacional-privatistas, es la denominada Ainterpretación de los conceptos empleados por la norma de conflicto⁵⁵. Según ésta, el intérprete no tiene porqué determinar la naturaleza jurídica correspondiente a los hechos -proceder civilista- sino que basta con que compruebe que éstos reúnen los requisitos exigidos para ser considerados como subsumibles en la categoría jurídica empleada por el legislador para conformar el supuesto de hecho de la norma que regula una concreta situación de la vida internacional.

Desde estos últimos parámetros, el tenor literal del supuesto de hecho genérico de las normas institucionales, convencionales y autónomas de competencia judicial internacional y de derecho aplicable de nuestro sistema de D.i.pr.⁵⁴ facilitaría la tarea del intérprete, al que pocas dudas se le suscitarían respecto de la conveniencia de someter a la disciplina prevista para las obligaciones contractuales -que no contratos- el complejo entramado de relaciones que dimanarían de un eurocrédito sindicado.

En primera instancia, ello permitiría superar por elevación el problema de la naturaleza unitaria o plural de la operación y abriría la posibilidad de proceder al análisis independiente de cada grupo de relaciones, *ad intra* y *ad extra* sindicato. No obstante, el eurocrédito es de esas figuras que se encuentran a medio camino entre la unidad y pluralidad de contratos y la indudable unicidad finalística de la operación volvería a plantear la cuestión del fraccionamiento o unidad de su régimen tanto en el campo de la competencia judicial internacional cuanto en el ámbito del derecho aplicable.

248. En el sector de la competencia judicial internacional, la pluralidad de relaciones puede traducirse en una proliferación tanto prospectiva cuanto patológica de los foros hipotéticamente interesados en la regulación del supuesto y en la consiguiente dificultad de los contratantes para prever su situación. Dos ejemplos ayudarán a constatar esta afirmación.

En primer lugar, podemos pensar en las consecuencias que tendría la atomización de la relación crediticia en tantas unidades contractuales como acreditantes (perspectiva vertical o cuantitativa): un sindicato de tipo medio está compuesto por una treintena de bancos que pueden estar establecidos en una decena de Estados distintos.

Supuesto el incumplimiento del acreditado, podrían interponerse contra el mismo más de treinta demandas en una decena de foros diferentes, con el riesgo de que los resultados finales de los distintos procesos fuesen notablemente dispares, en función de las normas de Derecho material reclamadas como aplicables por cada uno de los sistemas de D.i.pr. implicados. Parece poco razonable y, desde luego, contrario al principio de armonía internacional de soluciones que, ante unos mismos hechos, una

⁵³Vid. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Introducción al Derecho Internacional Privado*, Granada, Comares, 1997, pp. 343 a 359; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, pp. 341 a 348 y bibliografía allí citada.

⁵⁴Vid., respecto del sector de la competencia judicial internacional, el Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Bruselas el 27 de septiembre de 1968 (Convenio de Bruselas); el Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano, el 16 de septiembre de 1988 (Convenio de Lugano) y la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (L.O.P.J.). Respecto del sector del derecho aplicable, el Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, hecho en Roma el 19 de junio de 1980 (Convenio de Roma) y el apartado 5 del art. 10 del C.C..

persona pueda ser deudora ante determinadas jurisdicciones y acreedora ante otras.

En segundo lugar, el entendimiento del eurocrédito como operación compleja que integra un contrato de crédito, un pacto de sindicación entre acreditantes y un convenio que atribuye funciones administrativas a un mandatario especial con funciones representativas (perspectiva horizontal o cualitativa), plantea la cuestión de la conveniencia del tratamiento judicial estanco de cada segmento o la oportunidad de examinar la extensión de la competencia de uno de los órganos jurisdiccionales llamados a conocer, respecto de la globalidad de las demandas que tuvieren su origen en la misma transacción.

El problema surgirá cuando se planteen por separado diversas reclamaciones que impliquen a más de una de las relaciones en presencia. Así, supuesto el incumplimiento de alguna de las obligaciones del acreditado, un acreditante singular puede decidir demandarle -sin respetar el régimen de toma de decisiones establecidas en el pacto de sindicación- a pesar de la oposición del resto de acreditantes. Con ello se producirá la quiebra de la relación crediticia y también la del pacto de sindicación; al margen de la multiplicación de procesos resultante del posible desencadenamiento de la cláusula de incumplimiento cruzado (*cross default clause*). Dada la indudable repercusión de unas relaciones sobre otras, parece evidente *que sería oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser inconciliables si los asuntos fueren juzgados separadamente* (art. 22 *in fine* del Convenio de Bruselas y precepto paralelo del Convenio de Lugano). Cuestión resuelta con mayor o menor fortuna cuando las demandas conexas se han presentado ante jueces integrados en el llamado espacio jurídico integrado de Europa Occidental⁵⁵, pero causa de ciertas complicaciones cuando, como es el caso de nuestro sistema autónomo de competencia judicial internacional, el intérprete carece de las denominadas normas de aplicación⁵⁶.

249. Por interesante que pueda ser todo lo anteriormente expuesto en relación con la dimensión procesal del D.i.pr., es en el sector del derecho aplicable donde la asunción de una u otra de las diferentes opciones -unidad *versus* pluralidad contractual- tendrá una mayor repercusión. Ello es fácilmente comprobable si se piensa en el número de ordenamientos nacionales que podrían hipotéticamente ser llamados a resolver la cuestión litigiosa, dependiendo de la opción efectuada al calificarla, y en el consiguiente riesgo que una excesiva parcelación del régimen jurídico de la operación eurocrediticia puede suponer, primero, desde el punto de vista de la previsibilidad de la ley aplicable; segundo, desde la perspectiva de la deseable armonía de las soluciones materiales resultantes y, tercero, para la correcta articulación de las proposiciones internacional-privatistas con los principio de regulación de los eurocréditos sindicados: independencia de las participaciones e igualdad entre acreditantes.

⁵⁵Vid. J.L. IGLESIAS BUHIGUES y M. DESANTES REAL, "Competencia judicial y ejecución de sentencias en Europa", en la obra colectiva dirigida por G.C. RODRÍGUEZ IGLESIAS y D.J. LIÑÁN NOGUERAS, *El Derecho Comunitario Europeo y su aplicación judicial*, Madrid, Civitas, 1993, pp. 1.047 a 1.166.

⁵⁶Vid. J.M0., ESPINAR VICENTE, *Curso de Derecho Internacional Privado Español. Derecho Procesal Civil Internacional*, Madrid, Universidad de Alcalá Henares, 1993, p. 146, y F. GARAU SOBRINO, comentario al art. 22 del Convenio de Bruselas, en A.L. CALVO CARAVACA (ed.), *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Madrid, Universidad Carlos III y BOE, 1994, pp. 412 a 418.

Entendido el eurocrédito como un contrato plurilateral y atípico -"crédito sindicado"- el fraccionamiento del régimen jurídico de la operación será, en principio, sensiblemente menor que si se parte de una configuración pluralista del mismo, como un conglomerado contractual o, siguiendo la terminología de J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, como contrato-grupo⁵⁷. Dentro de esta última visión pluralista, si se entiende que la existencia de un vínculo económico o funcional entre los diferentes segmentos de la operación autoriza la extensión de la ley aplicable a la relación considerada principal al resto de contratos, la parcelación antes apuntada podrá ser sensiblemente atenuada. Por contra, la fragmentación del régimen jurídico de la operación rayará en la atomización si, además de mantener la independencia de cada contrato, se considera que la organización sindicada de las entidades acreditantes difumina las relaciones dimanantes del eurocrédito, tanto *ad intra* cuanto *ad extra*, en un haz de contratos yuxtapuestos e independientes, cada uno regido por su propia *lex contractus*.

⁵⁷Según J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, el contrato grupo no es más que un conjunto de contratos menores que presentan tres características básicas: a) los contratos agrupados persiguen una misma finalidad empírica, un mismo resultado o función global que tiende a la consecución de un mismo objetivo común a todos los contratos agrupados, b) la operación comercial debe manifestar una apariencia única, consecuencia directa de la unidad funcional, c) debe existir un vínculo jurídico entre ellos, un ligamen de naturaleza jurídica. Consecuentemente, la figura se encuentra a medio camino entre la unidad y pluralidad de contratos. La posibilidad de que el juez considere y extienda la ley del contrato principal a los contratos dependientes o trate cada contrato de forma autónoma es, según el autor, una cuestión abierta y el factor de peso a considerar debe ser el de la conveniencia del régimen material. *Vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El contrato internacional. (Fraccionamiento versus unidad)*, Madrid, Civitas, 1992, pp. 148 y ss..

b. Impacto de los instrumentos institucionales y convencionales.

250. Respecto del Convenio de Bruselas, su intérprete último, el TJCE⁵⁸, ha expuesto con nitidez la necesidad de calificar autónomamente las nociones convencionales y ese ha sido su proceder prácticamente invariado⁵⁹. Dicho esto, conviene tener en cuenta que, hasta el momento, el TJCE no ha formulado un criterio que permita discriminar entre unidad y pluralidad contractual. El método adoptado por el TJCE para resolver las cuestiones sometidas a su autoridad está más cerca de la práctica anglosajona de la solución del caso concreto que de la construcción de conceptos o nociones jurídicas abstractas. Consecuentemente, no se ha ocupado de la cuestión que estamos tratando en estas páginas.

Otro tanto puede decirse, en el campo del derecho aplicable, respecto del Convenio de Roma. Aunque los Protocolos de 19 de diciembre de 1988 atribuyen competencia al TJCE para interpretar el citado instrumento conflictual, aún carecemos, por razones bien conocidas, de jurisprudencia comunitaria al respecto⁶⁰. En cualquier caso, no faltan voces que reclaman una metodología interpretativa que de cuenta de la doble condición que el Convenio de Roma reúne como texto jurídico internacional y como instrumento incardinado en la dinámica eurointegradora⁶¹. Expectativas que se verán pronto colmadas una vez que el Tratado de Amsterdam despliegue todos sus efectos comunitarizadores sobre los convenios celebrados entre EE.MM. de las Comunidades al amparo del antiguo art. 220 del TCEE⁶².

Más delicada se presenta la defensa de una calificación autónoma de las categorías contenidas en el Convenio de Lugano. El art. 65 del Convenio de Lugano prevé que se adjunte al texto principal A...*un Protocolo número 2, relativo a la interpretación uniforme del Convenio...* Protocolo cuyo objetivo consiste en lograr un difícil equilibrio entre A... *el pleno respeto a la independencia judicial...* e A... *impedir interpretaciones divergentes y conseguir una interpretación lo más uniforme posible de las disposiciones del presente Convenio...*⁶³.

De acuerdo con el objetivo bifronte antes mencionado, el Protocolo intenta establecer las bases para la formación de un cuerpo de jurisprudencia uniforme que tome como referente la labor desarrollada hasta ese momento por el TJCE. En el propio Preámbulo del Protocolo número 2 se deja constancia de que las partes contratantes son conscientes del hecho de que A...*las negociaciones que condujeron a la celebración del Convenio se fundamentaron en el Convenio de Bruselas interpretado por dichas resoluciones.*⁶⁴.

En fin, los 4 artículos del Protocolo número 2, complementados con dos Declaraciones, una por parte de los Estados Miembros de las Comunidades Europeas y otra por parte de los representantes de los gobiernos de los Estados Miembros de la AELC/EFTA diseñan el mecanismo de interpretación del Convenio de Lugano⁶⁵; mecanismo de cuya eficacia, no sin razón, dudan

⁵⁸El 3 de junio de 1971, los seis Estados signatarios del Convenio de Bruselas de 1968 firmaron el *Protocolo relativo a la interpretación por el Tribunal de Justicia del Convenio de 27 de septiembre de 1968 sobre la competencia judicial internacional y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil*, J.O.C.E. n1 L 204, de 2 de agosto de 1975, pp. 28 a 3 y B.O.E. n1 24, de 28 de enero de 1991.

⁵⁹Salvo en alguna decisión aislada -STJCE de 14 de octubre de 1976, Asunto 29/76, *LTU/Eurocontrol*, Rec. 1976, pp. 1.541 a 1.560- y algunas sentencias referidas a cuestiones procesales, el TJCE ha calificado autónomamente las categorías convencionales, garantizando la igualdad y uniformidad de derechos y obligaciones dimanantes del Convenio para los residentes en territorio comunitario. Vid. M. DESANTES REAL, "El Convenio de Bruselas (competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales) y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: criterios de interpretación y orientaciones metodológicas", *La Ley: Com. Eur.*, vol. IV, 1988, pp. 15 a 39.

⁶⁰Primer Protocolo relativo a la interpretación por el Tribunal de Justicia del Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980, hecho en Bruselas, el 19 de diciembre de 1988, *D.O.C.E.* n1. L 48, de 20 de febrero de 1989, pp. 1 y ss.. Segundo Protocolo por el que se atribuye al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas determinadas competencias en materia de interpretación del Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980, hecho en Bruselas, el 19 de diciembre de 1988, *D.O.C.E.* n1. L 48, de 20 de febrero de 1989, pp. 17 y ss..

⁶¹Vid. L. DANIELE, *Ala Corte di Giustizia comunitaria e le convenzioni di Roma e di Lugano*, *Riv.dir.int.pr.proc.*, 1990, pp. 917 y ss.; A. MINGOLI, *Al'interpretazione della Convenzione di Roma da parte della Corte di Giustizia delle Comunità Europee*, en G. SACERDOTI y M. FRIGO, *La Convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, 20 ed., Milán, Giuffrè, 1994, pp. 229 a 242; A. TIZZANO, *Informe sobre los Protocolos relativos a la interpretación por el Tribunal de Justicia del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales*, firmados en Bruselas el 19 de diciembre de 1988" (en adelante, Informe Tizzano), publicado en *D.O.C.E.* n1 C 219, de 3 de septiembre de 1990, pp. 1 a 19; M. VIRGÓS SORIANO, "La interpretación del Convenio de Roma de 1980 sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", *Not. CEE*, n1 61, VI, febrero de 1990, pp. 83 a 94.

⁶²Tratado de Amsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, firmado en Amsterdam el 2 de octubre de 1997, Vid. Instrumento de Ratificación por parte de España en el *B.O.E.* n1 109, de 7 de mayo de 1999. Sobre el Tratado de Amsterdam, vid. M. OREJA AGUIRRE (dir.), *El Tratado de Amsterdam. Análisis y comentarios*, Madrid, McGrawHill, 1998. Sobre su repercusión sobre el sistema español de D.i.pr. vid., P.A. DE MIGUEL ASENSIO, *AEI Tratado de Amsterdam y el Derecho internacional privado*, *La Ley. Unión Europea*, n1 4510, 30 de marzo de 1998, pp. 1 a 3.

⁶³Vid. el párrafo 61 del Preámbulo.

⁶⁴Vid. los párrafos 41 y 51 del Preámbulo.

⁶⁵En el primer artículo del Protocolo y en las Declaraciones, se establece una directriz metodológica o principio-guía que los tribunales nacionales deben seguir a la hora de interpretar y aplicar el Convenio de Lugano: primero, tener debidamente en cuenta los principios seguidos por los órganos jurisdiccionales del resto de Estados parte en el Convenio al abordar dicha labor (art. 11 del Protocolo); segundo, conveniencia de una toma en

reputados especialistas⁶⁶.

De todo lo expuesto parece lógico concluir, aún con las reservas expresadas respecto del sistema del Convenio de Lugano, que la búsqueda del criterio de discriminación que estamos abordando no debe ceñirse estrictamente al instrumental jurídico nacional, resultando lícito el recurso a nociones positivas, decisiones jurisprudenciales y reflexiones doctrinales originarias de otros ordenamientos del círculo cultural europeo occidental. Con este bagaje y desde estas coordenadas hay que leer las páginas que siguen.

21. Tratamiento jurisprudencial.

251. Por lo que al tratamiento jurisprudencial comparado de esta cuestión respecta, la única característica común que cabe reseñar es lo errático del proceder de los órganos jurisdiccionales. Sólo es prudente afirmar, sin temor a equivocarse, que los tribunales no siempre resuelven de acuerdo con un criterio único y constante. El recurso a la intención de las partes, a la causa del contrato, a las técnicas de documentación, al objeto del contrato, o a una combinación de todos o algunos de estos elementos, están en la base de algunas de las soluciones adoptadas *in casu* por los tribunales alemanes, belgas, franceses o italianos⁶⁷.

Otro tanto cabe afirmar en el caso de nuestro Derecho. El Tribunal Supremo español ha operado, en ocasiones, a partir del concepto de causa contractual, mientras que, en otras, ha recurrido a criterios como la voluntad de las partes, la unidad del objeto o a una ponderación casuística de estos diferentes factores⁶⁸.

Es fácil colegir, pues, que la mutabilidad de las soluciones jurisprudenciales, comprensiblemente condicionadas por las particulares circunstancias del caso, impiden el proponer, a partir de su análisis, un criterio claro y jurídicamente fundado de discriminación entre unidad y pluralidad de contratos. Ello nos lleva a considerar, muy brevemente, algunas posiciones doctrinales al respecto.

31. Posiciones doctrinales.

252. En el plano teórico comparado, destaca el esfuerzo de la doctrina italiana por formular una teoría que permita discriminar entre figuras contractuales unitarias y pluralidad de contratos. Dichos esfuerzos pueden clasificarse, simplídicamente, en teorías subjetivas y teorías objetivas⁶⁹.

consideración de los principios contenidos en la doctrina jurisprudencial resultante de la interpretación y aplicación de un Convenio sobre el proceso de aplicación e interpretación del otro (Declaraciones solemnes que cierran el Protocolo número 2). El resto del articulado del Protocolo número 2 establece el entramado institucional preciso para facilitar el respeto a la directriz metodológica y a los objetivos propuestos: instauración de un sistema de intercambio de información (art. 21.1), a través de un organismo central (el Secretario del TJCE, art. 21.2) y la creación de un Comité Permanente a los fines del Protocolo, integrado por representantes de todos y cada uno de los Estados Contratantes y a cuyas reuniones pueden participar como observadores las Comunidades Europeas y la AELC/EFTA (arts. 31 y 41).

⁶⁶Vid. J.L. IGLESIAS BUHIGUES y M. DESANTES REAL, *op. cit.*, pp. 1.056 a 1.059.

⁶⁷Vid. la jurisprudencia citada por J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El contrato...*, *op. cit.*, p. 153; L. CORNELIS y D. DEVOS (dirs.), en *L'interdépendance des contrats*, Bruselas, Bruylant, 1997; A. LÓPEZ FRÍAS, *Los contratos conexos. Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal*, Barcelona, JMB ed., 1994, pp. 279 y 280; y por M. BACACHE-GIBELLI, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, París, L.G.D.J., 1996, esp., pp. 99 a 142.

⁶⁸Vid. A. LÓPEZ FRÍAS, *op. cit.*, notas 79 a 83, pp. 279 y 280. pp. 276 y ss..

⁶⁹Vid. A. LÓPEZ FRÍAS, *op. cit.*, pp. 276 y ss. y bibliografía allí citada.

Las teorías subjetivas parten del análisis de la voluntad de las partes: existiría un contrato único cuando así lo quieren los contratantes y pluralidad de contratos cuando esa es su intención. Evidentemente, dicha tesis, aún teniendo el mérito de poner el acento en el interés de las partes, no resiste un análisis crítico mínimo. Al margen de la dificultad que supone el tener que investigar el elemento volitivo, la mayoría de las veces las partes ni siquiera se plantean si están celebrando uno o varios contratos; simplemente acomodan sus intereses en función de la finalidad perseguida y, para ellas, con eso basta.

Las teorías objetivas tratan de establecer la distinción en atención a factores externos a la voluntad de las partes. Unas ponen el acento en la relación existente, desde el punto de vista de sus consecuencias económicas, entre las diversas prestaciones establecidas en el caso concreto: si una de ellas prevalece sobre las demás habrá solamente un contrato, en caso contrario, hay que hablar de pluralidad contractual. Otras tienen en cuenta el posible encuadre de los hechos en las diferentes categorías típicas disponibles en el ordenamiento de referencia: cuando, pese a la pluralidad de prestaciones, el negocio sea reconducible a una figura típica unitaria estaremos ante un sólo contrato y viceversa. El problema se presenta si, como ocurre frecuentemente, el supuesto fáctico contiene elementos propios de varios tipos legales y/o elementos atípicos.

Finalmente, hay posiciones doctrinales que señalan a la causa del negocio como el factor que permite discriminar entre unidad y pluralidad de contratos. Estamos ante un único contrato si la causa contractual es única; por contra, cabrá entender que estamos ante un supuesto de pluralidad de contratos cuando concurren varias causas autónomas y distintas. Esta es la solución mayoritariamente seguida por la doctrina española, si bien presenta el inconveniente de la oscuridad del propio concepto de causa⁷⁰.

253. A mi modo de ver, la forma de proceder más adecuada es el análisis caso por caso, presidido, como factor discriminante rector, por el criterio de la causa del contrato, respaldado por otros índices relevantes. En apoyo de este tratamiento hay que señalar, en primer lugar, que, a diferencia de la circunstancialidad del objeto y el consentimiento, la causa permanece como elemento individualizador del negocio (criterio causal que, en nuestro Derecho, tiene un asidero claro en el art. 1.261 del C.C. que señala, como requisitos esenciales del contrato, el consentimiento de las partes, el objeto cierto y la causa de la obligación que se establezca). Efectivamente, es muy fácil que una misma cosa sea objeto de contratos diferentes (venta, depósito, seguro y transporte de una misma mercancía) y también es frecuente que se preste un consentimiento genérico a varios acuerdos de voluntades (venta con financiación de bienes muebles; préstamo hipotecario). En segundo término, aceptar el papel central de la causa en esta sede no significa que se prescindiera del análisis de otros indicios relevantes de la existencia de un único contrato o de una pluralidad de figuras contractuales. Entre otros, pueden ser tenidos en cuenta, especialmente, la unidad de documentación, la posición adoptada por las partes y la intención de éstas al diseñar la operación.

⁷⁰Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El contrato internacional...*, op. cit., p. 154 y bibliografía citada en la nota 14.

254. No este el lugar adecuado para tratar de esclarecer una de las ideas -la de causa- más oscuras y polémicas de la ciencia del Derecho privado⁷¹, pero resulta obligado proporcionar unas líneas generales acerca de la concepción que de tal elemento fundamental del contrato me propongo utilizar aquí.

Unos negocios, se ha dicho, tienen su causa en otros (negocios ejecutivos, *Erfüllungsgeschäfte*) y no plantean problemas, pero otros la tienen en sí mismos (negocios iniciales, *Grundgeschäfte*) y hay que preguntarse por ella. La única respuesta posible es que un negocio se concluye porque se quiere alcanzar un determinado resultado empírico. La causa es el propósito -objetivamente constatable- de alcanzar un resultado, que no hay que confundir con los simples motivos, que pertenecen al ámbito de la más estricta subjetividad. En este sentido, participando de la denominada concepción ecléctica o sincrética de la causa del contrato, entiendo que la misma integra tanto elementos objetivos cuanto subjetivos. Se trata, pues, de armonizar dos esquemas: el determinado por la función socioeconómica del negocio eurocrediticio y el propuesto por la intención de las partes⁷².

B. Aplicación del criterio de discriminación al eurocrédito sindicado.

255. Seguidamente, se aplica el criterio propuesto, tanto desde lo que establecimos como perspectiva horizontal o cualitativa (11.) cuanto desde el plano cuantitativo o vertical (21.).

11. Perspectiva cualitativa u horizontal.

256. Recordemos el planteamiento inicial, se intentará responder a la pregunta: ¿estamos ante una pluralidad de contratos -sindicación, apertura de crédito, comisión o mandato- unidos por una misma finalidad económica o ante un único contrato de concesión de un crédito sindicado?.

Desde el punto de vista causal, tal y como la noción de causa ha sido definida anteriormente, el eurocrédito se presenta como una operación, a mi juicio, unitaria. Aserto que se verifica tanto desde la vertiente objetiva -función socioeconómica- cuanto desde la dimensión subjetiva: propósito de alcanzar un resultado, objetivamente constatable y distinto de los simples motivos.

En la vertiente objetiva del concepto de causa, parece claro que los créditos sindicados denominados en euromonedas cumplen con una función determinada e individualizable: proporcionar grandes volúmenes de recursos crediticios, a largo término, en las condiciones más próximas al corto plazo. De no contar con la fórmula eurocrediticia, el acreditado no tendría más remedio que peregrinar de entidad en entidad bancaria hasta conseguir cubrir sus necesidades financieras, multiplicando esfuerzos estérilmente. Por contra, el crédito sindicado denominado en euromonedas permite alcanzar, cuando menos y en la peor de las hipótesis, el mismo resultado con una mayor economía de costes -financieros, temporales- y una considerable reducción de riesgos jurídicos. Ello implica el recurso a la técnica de la sindicación como único medio de captar los importes reclamados por el acreditado, distribuyendo el riesgo entre los participantes. A su vez, la organización sindicada requiere un canal de comunicación y gestión del complejo entramado de relaciones que del conjunto de la operación se derivan -el Banco Agente- y el establecimiento de unas reglas que mantengan la unidad de acción e impidan la discriminación entre acreditantes.

257. Desde el punto de vista del diseño propuesto por las partes, la unidad de la operación resulta aún más meridiana. Desde el inicio, los contratantes asumen que cada uno de los pactos integrantes de la operación están ordenados a una finalidad concreta: en el caso del acreditado, la obtención de una facilidad crediticia; en el de las entidades financieras, la realización de un negocio que, de no mediar la participación de otros interesados en su celebración, no estarían en condiciones de culminar por sí solas.

Ambos polos de la relación son conscientes de que la única forma de alcanzar el objetivo propuesto, dado lo elevado del

⁷¹Vid. M. ALBADALEJO GARCÍA, *Derecho Civil, t. I, vol. 21*, 110 ed., Barcelona, 1991, pp. 265 y ss.; F. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1985, pp. 163 y ss.; L.H. CLAVERÍA GOSALBEZ, en M. ALBADALEJO GARCÍA y S. DÍAZ ALABART (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, t. XVII, vol 11-B*, Madrid, 1993; L. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, op. cit., pp. 165 y ss.; J.B. JORDANO BAREA, "La causa en el sistema del Código civil español" en AA.VV., *Estudios de Derecho civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo, vol I*, Barcelona, 1992, pp. 457 a 476.

⁷²Vid., L. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, op. cit., pp. 169 y ss..

importe solicitado y la especial mecánica de conversión largo/corto operante en el euromercado, pasa por la independencia de las participaciones. La sindicación no es más que una respuesta técnica a dicha necesidad. No es otro contrato, es la única forma de articular *el contrato*. Si el compromiso de un participante afectase a la posición contractual del resto de integrantes del sindicato no habría gestión eficaz del riesgo.

Corolario del carácter necesariamente mancomunado y no solidario de la relación que une a los miembros del sindicato es el principio de igualdad de trato entre acreditantes. Nadie estaría dispuesto a aportar capitales a una empresa común si, después, sus intereses pueden verse postergados como consecuencia del comportamiento insolidario del resto de participantes o de actitudes discriminatorias por parte del acreditado. A estos efectos, como en su momento se expuso, el clausulado contractual procura que todos los bancos mantengan una posición equidistante respecto del posible incumplimiento del acreditado (cláusula de incumplimiento cruzado, *cross default clause*), a la vez que intenta que este último no pueda discriminar a unas entidades en beneficio de otras en materia de pagos (cláusula de solidaridad o de distribución de pagos a prorrata, *sharing clause*), concesión de garantías (cláusula de interdicción de cargas discriminatorias, *negative pledge clause*) y prelación de créditos (cláusula de equiparación de rango de deudas, *pari passu clause*)⁷³.

258. En suma, sin igualdad de trato no hay división del riesgo y sin ella la operación carece sencillamente de viabilidad y sentido. Los principios de independencia de la participación y de igualdad entre acreditantes se convierten, así, en la clave de bóveda de todo el edificio eurocrediticio. La pregunta, ahora, es ¿qué facilita más el cumplimiento de la función socioeconómica del eurocrédito y la consecución del objetivo propuesto por las partes: su consideración pluralista o conceptuarlo como un único contrato?. Un ejemplo nos ayudará a encontrar la respuesta.

Imaginemos que un Banco participante decide hacerse cobro, a título individual y sin contar con el resto de participantes, de una determinada cantidad que contractualmente le es debida por el acreditado, con cargo a determinados capitales que éste tiene depositados en la entidad. Desde la perspectiva pluralista, el acreditado estaría obligado a tolerar la compensación de deudas, pues él no es parte en el contrato de sindicación. Las consecuencias que de ello se seguirían serían enormemente perjudiciales para el equilibrio de la operación.

Primero, porque el banco insolidario percibiría la integridad de lo adeudado y ello daría lugar a la quiebra del principio de igualdad entre acreditantes, lo cual obligaría al resto de integrantes del sindicato a demandar al banco que ha actuado individualmente por incumplimiento del contrato de sindicación.

Segundo, el acreditado se vería en la difícil situación de no tener nada que oponer a la pretensión individual, mientras que la solución sería radicalmente distinta si el eurocrédito es calificado como una operación contractualmente mono-estructurada. En este caso, el acreditado podría, ante la reclamación individual del participante insolidario, alegar la cláusula de solidaridad o de distribución de pagos a prorrata (*Sharing clause*) que obliga a verificar todo tipo de pagos a prorrata y a través del Banco Agente.

259. En fin, otra serie de índices adicionales pueden traerse a colación en apoyo de la solución adoptada: primero, el acuerdo se fragua en una ceremonia singular a la que asisten todos los participantes; segundo, el convenio final suele plasmarse en un único documento contractual de cuyo alcance y contenido tienen conocimiento todos los participantes; tercero, los supuestos tasados de incumplimiento (*events of default*), las garantías no financieras (*warranties, covenants* y *representations*), las condiciones previas (*conditions precedents*), todos se refieren al conjunto de la operación y no a cada tramo por separado.

⁷³Vid. *supra*, pp. 117 y ss..

21. Perspectiva vertical o cuantitativa.

260. Como ya vimos, existe un acuerdo general en señalar que, en ningún caso, puede predicarse del sindicato el que constituya una entidad colectiva distinta y separada de cada uno de sus integrantes ni, mucho menos, que tenga personalidad jurídica propia⁷⁴. La sindicación se traduce, exclusivamente, en una obligación de carácter mancomunado en la que cada banco asume una posición jurídica individual e independiente de la de los demás. El incumplimiento de las obligaciones de un miembro del sindicato no alcanza, así, al ámbito de la responsabilidad del resto de integrantes de la estructura colectiva. Ahora bien, el hecho de que, evidentemente, no pueda hablarse de un contrato de eurocrédito sindicado concertado entre el acreditado, por una parte, y el sindicato, como ente con personalidad jurídica separada, por otra, no significa que estemos ante tantos negocios crediticios como acreditantes intervinientes.

Aplicando el criterio de la causa para determinar el carácter unitario o plural de la operación, resulta que la relación eurocrediticia no se atomizaría en tantos contratos como acreditantes porque existe unidad de causa: acuerdo entre el cliente y los Bancos para atender a unas necesidades de financiación determinadas, a cambio de unas prestaciones también concretas.

Además, otros índices apoyan dicha conclusión. Primero, existe unidad de objeto: la concesión conjunta de una facilidad crediticia. Segundo, realmente, la única variante significativa que se produce, respecto de un contrato de crédito habitual, es la pluralidad de acreditantes. La estructura del intercambio de prestaciones, sin embargo, no cambia: los bancos ponen a disposición del acreditado determinadas sumas de dinero, mientras que éste satisface los intereses devengados y devuelve el principal⁷⁵.

Al igual que se procedió al analizar la cuestión de la unidad/pluralidad contractual en el plano horizontal⁷⁶, la pregunta que hay que hacer es sencilla: ¿puede el eurocrédito sindicado desplegar toda su potencialidad si se mantiene el carácter pluralista de su estructura?. En mi opinión, es indudable que el funcionamiento de la operación exige el mantenimiento de la unidad del contrato como garantía de la igualdad de trato y no discriminación entre acreditantes. Una vez más, un ejemplo ayudará a comprender las dificultades que plantearía la concepción pluralista de la operación.

Supongamos que un Banco participante decide reclamar, en contra de la decisión de la mayoría de participantes, una determinada cantidad que le es debida por el acreditado en concepto de comisiones, intereses o principal. Desde la perspectiva pluralista, el acreditado está obligado al pago, pues los créditos se entienden individualmente concedidos. Las consecuencias que de ello se seguirían serían doblemente perjudiciales.

Primero, porque el banco insolitario percibiría la integridad de lo adeudado y, obviamente, puesto que ya ha roto el contrato de sindicación al proceder en contra de la decisión del resto de participantes, no respetaría el pacto de división a prorrata de toda cantidad percibida por ejecución del eurocrédito (*sharing clause*). Ello daría lugar a la quiebra del principio de igualdad entre acreditantes y la única salida que quedaría al resto de integrantes del sindicato es demandar al banco que ha actuado individualmente por incumplimiento de contrato de sindicación.

Segundo, el acreditado se vería en la encrucijada de no atender la reclamación individual -lo cual daría como resultado la demanda del banco reclamante por el derecho de crédito insatisfecho y el desencadenamiento de la cláusula de incumplimiento cruzado (*cross default clause*)- o acceder a lo que el acreedor le exige, lo cual supondría incumplir sus obligaciones respecto del resto de participantes e incurrir en un supuesto tasado de incumplimiento del contrato de apertura de crédito (*event of default*), lo que acabaría por situarle en la misma posición anterior: desencadenamiento de la cláusula de incumplimiento cruzado.

La solución sería radicalmente distinta, si el eurocrédito es calificado como una operación contractualmente monoestructurada. En este caso, el acreditado podría, ante la reclamación individual del participante insolitario, alegar la cláusula de solidaridad o de distribución de pagos a prorrata (*sharing clause*) que obliga -tanto a acreditados cuanto a acreditantes- a verificar todo tipo de pagos a través del Banco Agente. Ello supondría, amén de las medidas que el resto de participantes tomasen contra el incumplidor del pacto de sindicación, la continuidad de la operación.

⁷⁴Vid. *supra*, p. 115.

⁷⁵Vid. A. AURIOLES MARTÍN, *op. cit.*, pp. 36 y 141; CH. AMESTI MENDIZÁBAL, *op. cit.*, p. 244; J.P. MATTOUT, *op. cit.*, pp. 216 y 217.

⁷⁶Vid. *supra*, p. 159.

C. Repercusiones de la posición adoptada desde el punto de vista de la disciplina internacional-privatista de las operaciones eurocrediticias.

261. Como decía al iniciar la reflexión en torno a la unidad o pluralidad contractual, dicha cavilación sólo tiene sentido si, de la adscripción a una u otra posición, es posible derivar diferentes consecuencias para la disciplina internacional-privatista de la operación. La mejor forma de apreciar dichas diferencias es contrastar la postura adoptada -favorable a la unidad del contrato- con las consecuencias a que conducirían otras posibles alternativas (11.). En un segundo apartado (21.) se expone, finalmente, la propia posición y sus repercusiones en el plano del Derecho aplicable a la operación eurocrediticia.

11. Posiciones pluralistas y unidad de régimen de derecho aplicable.

262. La mayoría de los partidarios de las teorías pluralistas o bien reconocen la necesidad de someter las diferentes relaciones a una misma ley aplicable⁷⁷ o bien, simplemente, proceden de tal forma sin explicar el porqué de tal posición⁷⁸. En este sentido, el eurocrédito sindicado constituiría una excepción al principio de tratamiento separado de los contratos independientes⁷⁹.

Evidentemente, entre los tres contratos teóricamente integrados en la operación existe una vinculación innegable. En términos causales, si unos negocios tienen su causa en otros negocios (negocios ejecutivos, *Erfüllungsgeschäfte*), éste parece ser el caso tanto del pacto de sindicación cuanto del encargo de la administración de la operación al Banco Agente respecto de la concesión del crédito. Sin embargo, la conexión económica o funcional no tiene por qué implicar unidad de régimen jurídico; el hecho de que las partes persigan un determinado efecto económico no supone que los contratos lleguen a fusionarse para formar un negocio único.

En consecuencia, hay que razonar la conveniencia de apartarse del principio de relatividad de los contratos y encontrar en el Derecho positivo mecanismos técnico jurídicos apropiados para llegar a la solución deseada. Ello supone introducir en el análisis estructural elementos provenientes del régimen internacional-privatista de la operación.

⁷⁷ *Vid.*, por todos, L. RADICATI DI BROZOLO, *op. cit.*, p. 204.

⁷⁸ Así, p. ej., pueden confrontarse las afirmaciones que R.C. TENNEKON, *op. cit.*, vierte en las pp. 100 y 101 de su obra con las que realiza a lo largo de las pp. 15 a 42.

⁷⁹ *Vid.* R. GARCÍA VILLAVERDE, "Tipicidad contractual y contratos de financiación", en A. ALONSO UREBA, R. BONARDELL LENZANO y R. GARCÍA VILLAVERDE (coords.), *Nuevas entidades...*, *op. cit.*, pp. 3 a 19, esp., p. 11.

263. En clave de D.i.pr., la consideración del eurocrédito sindicado como operación plural supondría el análisis independiente de cada segmento. La existencia de vínculos entre las diferentes unidades contractuales no impediría el reconocimiento de su independencia y la necesidad de un tratamiento internacional-privatista separado para cada una de ellas.

Ello se traduciría en un fraccionamiento del régimen jurídico de la operación muy difícil de coherencia con la intención de las partes, manifestada ya desde los inicios de la negociación, de operar en un marco jurídico unitario y determinado. Así, ya en la Carta de Oferta (*Offering Letter*) y en la Circular Informativa (*Information Memorandum*) suelen existir referencias a un determinado ordenamiento como aplicable. De ahí que, tal y como sostienen algunos de los defensores del carácter plural de la operación eurocrediticia, es irrenunciable el buscar una posible vía de escape o atenuación de la referida fragmentación.

En este sentido, cabe reseñar la existencia de una tendencia, al menos doctrinal, cada vez más favorable hacia el sometimiento de las relaciones contractuales a un mismo marco jurídico cuando entre ellas existe una conexión funcional y muy especialmente cuando, por su larga duración, dichas superestructuras contractuales instauran mecanismos duraderos de colaboración para realizar un objetivo común⁸⁰.

⁸⁰Vid. P.A. DE MIGUEL ASENSIO, *Contratos internacionales sobre propiedad industrial*, Madrid, Civitas, 1995, p. 261 y bibliografía allí citada.

264. Sin embargo, no basta con la constatación de la pluralidad de contratos y su conexión funcional: hay que justificar la conveniencia del sometimiento de los distintos contratos a una misma ley y su viabilidad desde el punto de vista del ordenamiento de referencia. En favor del sometimiento de los diferentes relaciones contractuales que integran una operación eurocrediticia a un misma disciplina conflictual jugarían distintos factores.

En primer lugar, dicha solución se adapta mejor a las expectativas, intereses y modo de proceder de las partes que - expresa o tácitamente- trabajan a partir de un determinado marco jurídico. El establecimiento de un horizonte regulador común facilita una mayor previsibilidad del Derecho, lo cual hace posible, de un lado, un mejor aquilatación de los derechos y obligaciones de los intervinientes y, de otro, un cálculo más aproximado de los costes globales de la transacción.

En segundo término, la finalidad global de la operación es objetivamente comprobable y, a partir de las declaraciones y actuación de los contratantes, está claro que es conocida y querida por todos. Así, cada banco asume una participación en el eurocrédito a sabiendas del carácter sindicado de la operación y consciente de que ello supone, a efectos de hacerla viable, la concesión del mandato representativo al Banco Agente. Por su parte, el acreditado acepta, al tiempo que las condiciones jurídicas y financieras de la facilidad crediticia, las reglas de administración del eurocrédito. Ello implica el respeto tanto al sistema de toma de decisiones pactado por los miembros del sindicato cuanto al principio de no discriminación entre acreditantes, cuestiones ambas que acaban por exigir la intervención del Banco Agente como canal de comunicación entre partes y distribuidor de pagos a prorrata. Por lo tanto, el problema de la falta de previsión de la conexión entre los diferentes segmentos de la operación y la eventual extensión del régimen jurídico de unos contratos a otros no existe en el eurocrédito.

En tercer lugar, el propio ordenamiento tiene un interés en no desconocer los vínculos de auxiliariadad, accesoriedad, interdependencia, complementariedad, subordinación, etc., existentes entre los diferentes contratos. Dicha conexión expresa que los distintos elementos singulares están incluidas en un diseño global y, consecuentemente, la idea de conjunto debe ser tenida en cuenta, a fin de evitar los problemas de incoherencias, contradicciones e inadaptaciones normativas que podrían derivar del hecho de someter a distintos ordenamientos -una *lex contractus* para cada contrato- relaciones contractuales que presentan una innegable unidad funcional y económica. Dado que la *lex contractus* no sólo rige aspectos concretos sino que posee una vocación general de aplicación, la multiplicación de tales leyes haría prácticamente imposible su coordinación.

265. Finalmente, desde el punto de vista de la viabilidad jurídico-positiva de la consideración del eurocrédito como operación compuesta por tres contratos funcionalmente conexos o coligados⁸¹, existe un acuerdo general en señalar las posibilidades que, en orden al sometimiento de los diferentes contratos a un mismo ordenamiento, ofrece el desplazamiento de las conexiones rígidas típicas de nuestro sistema autónomo -contenidas en el art. 10.5 C.C.- por los criterios flexibles característicos del Convenio de Roma⁸². El mayor perfeccionamiento técnico-jurídico de la regulación institucional facilita el recurso a expedientes como la teoría de la conexión accesoría (*akzessorische anknüpfung*) o la determinación de la voluntad tácita de las partes.

266. La teoría de la conexión accesoría parte de la identificación de la relación dominante y la posterior extensión de la ley aplicable a la misma a las relaciones subordinadas. En el caso del eurocrédito sindicado, la identificación de la relación crediticia como la principal no ofrece dudas⁸³. Las relaciones de sindicación y mandato mercantil o comisión presentan evidentemente un carácter directa o indirectamente instrumental respecto de la relación crediticia principal. La constitución del sindicato y el nombramiento del Banco Agente no tienen sentido si no son contempladas a la luz de la concesión de la facilidad crediticia.

El Convenio de Roma, ya sea a través de la cláusula de escape del apartado 5 de su art. 4 o por medio de la flexibilidad que ofrece el principio de sometimiento de las obligaciones contractuales a la ley con la cual presentan los vínculos más estrechos del apartado 1 de su art. 4, proporciona al intérprete el instrumental técnico suficiente para dar entrada en nuestro sistema de D.i.pr. a la teoría de la conexión accesoría. Ello permitiría arbitrar una solución acorde con el plan de las partes y salvaguardar la coherencia interna de las relaciones contractuales complejas, como es el caso de la que nos ocupa⁸⁴.

267. Igualmente, la extensión del régimen internacional privatista de la relación principal a las accesorias o instrumentales puede lograrse a través de la investigación de la voluntad tácita de las partes acerca de dicha extensión. Tanto doctrinal como legislativamente, dicha posibilidad tiene refrendo en distintos sistemas de D.i.pr. y, por supuesto, en el nuestro.

Entre la doctrina internacional-privatista comparada hay consenso al señalar a la existencia de una conexión

⁸¹Las categorías utilizadas por los especialistas que se han acercado a las operaciones contractuales complejas no son en absoluto uniformes ni están depuradas. Es fácil encontrar denominaciones diferentes para una misma clase de operaciones -p. ej., contratos complejos y contratos mixtos- y tampoco es extraño comprobar la existencia de desacuerdos en torno a los caracteres básicos de otras categorías. Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 148 y ss.; L. Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, 40 ed., Madrid, 1993, pp. 362 y 363; R. GARCÍA VILLAVARDE, "Tipicidad...", *op. cit.*, pp. 3 y ss.; A. LÓPEZ FRÍAS, *op. cit.*, pp. 273 y ss.; M. VIRGÓS SORIANO, "Obligaciones contractuales", en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *Derecho internacional privado. Parte especial*, 60 ed. rev., Madrid, Eurolex, 1995, pp. 143 a 207, esp., p. 189.

⁸²Vid., por todos, G. CASSONI, "I contratti...", *op. cit.*, p. 31.

⁸³Vid. E. JAYME, *Kollisionsrecht und Bankgeschäfte mit Auslandsberührung*, Berlín, Duncker & Humblot, 1977, pp. 33 y 34; CH. VON DER SEIPEN, *Akzessorische anknüpfung und engste Verbindung in Kollisionsrecht der komplexen Vertragsverhältnisse*, Heidelberg, Carl Winter-Universitätsverlag, 1987, pp. 192 y ss..

⁸⁴Vid. CH. VON DER SEIPEN, *op. cit.*, pp. 141 y ss..

intercontractual como uno de los indicios relevantes de que se ha producido una elección tácita de ley aplicable⁸⁵.

Desde el punto de vista jurídico-positivo, la investigación de la voluntad presunta de las partes viene posibilitada por el párrafo 1 del art. 3 del Convenio de Roma: la elección deberá ser expresa o resultar de manera cierta de los términos del contrato o de las circunstancias del caso.

268. Concluyendo, el recurso a la teoría de la conexión accesoria o a la elección tácita de ley aplicable, como expedientes jurídicos superadores de las consecuencias en ocasiones inaceptables del principio de relatividad contractual, estaría plenamente justificado en el caso de que se entendiese que el eurocrédito sindicado es, en realidad, un conglomerado de contratos unidos por una finalidad económica común.

Ello permitiría conjugar el reconocimiento de la pluralidad de relaciones contractuales en que la operación vendría estructurada con una regulación coherente con la unidad de su función en los mercados financieros internacionales. No obstante, como a continuación se intentará demostrar, el entendimiento del eurocrédito sindicado como relación unitaria posee ventajas notables respecto de ambos expedientes.

⁸⁵Vid. L. RADICATI DI BROZOLO, *op. cit.*, p. 188.

21. Ventajas de la posición personal y sus repercusiones en el plano del Derecho aplicable a las operaciones eurocrediticias sindicadas.

269. Vaya por delante algo que ya quedó establecido en páginas anteriores. A mi modo de ver, la concepción unitaria es la más acorde con el criterio de la causa como factor discriminante entre unidad y pluralidad contractual⁸⁶. Consecuentemente, la consideración del eurocrédito como operación financiera monocausal implica su calificación como contrato único. Caracterización que permite dar cumplida satisfacción a una de las aspiraciones fundamentales de las partes: cohonestar la necesaria división del riesgo con el mantenimiento de la unidad contractual. Sin esta garantía la operación carecería de viabilidad.

La concepción unitaria supone, así, un mayor servicio a la disciplina material del eurocrédito, al asegurar el respeto por los objetivos de las partes y los principios de regulación del contrato: independencia de las participaciones e igualdad de trato entre acreditantes. Pero es que, además, dicha opción presenta, a mi juicio, ventajas no despreciables sobre las otras posibilidades antes manejadas (teoría de la conexión accesoria o recurso a la elección tácita de ley aplicable).

270. En primer lugar, la función del D.i.pr. no puede limitarse a la simple localización del ordenamiento aplicable sino que debe tener en cuenta la determinación de las normas materiales más adecuadas para la correcta regulación de las relaciones privadas internacionales⁸⁷. Desde esta idea rectora, el D.i.pr. -y sobre todo en el campo contractual- debe ser auxiliar de la intención de las partes. La consideración del eurocrédito como contrato plurilateral con unidad de causa permite obtener el mínimo de fraccionamiento jurídico en una disciplina que, inevitablemente, incluye en su propia mecánica de aplicación un grado no desdeñable de fraccionamiento o *depeçage* técnico: tratamiento autónomo de los problemas de capacidad, forma y fondo, consideración separada de las llamadas modalidades de ejecución de las obligaciones contractuales; etc..

271. En segundo lugar, la concepción unitaria presenta ventajas que, al menos desde la dimensión práctica, son apreciadas: mayor sencillez. No es preciso recurrir a soluciones o propuestas doctrinales, como la de la conexión accesoria, no siempre compartidas o conocidas por los tribunales; ni al expediente de la elección tácita o presunta de la ley aplicable que, como se ha señalado, más que una elección *party made* puede esconder una elección *judge made*⁸⁸. Elección judicial que, por otro lado, puede que no coincida con las expectativas de los contratantes.

Afortunadamente, las partes, conscientes de la complejidad de la operación, recurren al ejercicio de la autonomía conflictual de la voluntad para dotar a sus relaciones de un marco jurídico común y, en la medida en que ello es posible en las relaciones privadas internacionales, previsible. La multiplicación de leyes y su consustancial inseguridad horrorizan a los agentes financieros internacionales. Entre los objetivos fundamentales de la inclusión de las cláusulas de ley aplicable figura, en opinión de las voces más cualificadas, la reducción de la multiplicación de ordenamientos potencialmente aplicables a unas operaciones que se caracterizan por su internacionalización⁸⁹.

⁸⁶Vid. *supra*, pp. 158 y ss..

⁸⁷Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El contrato internacional...*, *op. cit.*, p. 356.

⁸⁸Vid., por todos, M. VIRGÓS SORIANO, *Obligaciones contractuales*, *op. cit.*, pp. 155 y 156.

⁸⁹Vid. *infra*, pp. 88, 89 y 131 a 133.

D. Consideración final.

272. Como balance final de todo lo expuesto cabe afirmar que la calificación del eurocrédito sindicado como figura contractual atípica y unitaria es la que mejor sirve a los principios de regulación impuestos por su dimensión funcional: independencia de las participaciones e igualdad de trato entre acreditantes.

Dicha categorización unitaria puede ser mantenida utilizando tanto una concepción funcional de la calificación -como operación propia del D.i.pr.- cuanto partiendo del instrumental jurídico propio de nuestro Derecho.

Desde la primera perspectiva -calificación funcional- la unidad del eurocrédito es la que mejor sirve al interés de las partes en mantener la independencia de la participación y la equidistancia entre las posiciones jurídicas de los acreditantes.

Desde la segunda, proceder a calificar al eurocrédito sindicado como contrato legalmente atípico no requiere forzar en absoluto los parámetros de nuestro ordenamiento. Se trata de una calificación que tiene apoyo en construcciones doctrinales que reclaman el establecimiento de una categoría genérica de contratos de crédito sindicado comprensiva de las operaciones financieras que implican una prestación crediticia facilitada por un sindicato bancario⁹⁰.

La construcción citada es doblemente útil, por lo que a la figura objeto de este estudio respecta. Por un lado, como acabamos de comentar, permite calificar -en términos conflictuales- unitariamente al eurocrédito sindicado, ofreciendo una vía de argumentación subsidiaria para el caso de que el juzgador entienda la calificación en términos tradicionales. Por otro, como es notorio, dicha operación es un *prius* lógico para la determinación de la ley aplicable al contrato, mediante la aplicación de la norma de conflicto del foro.

273. Pero la tarea del juez no puede detenerse en la simple localización del sistema jurídico a aplicar, sino que ha de buscar una respuesta adecuada a la relación privada internacional. El órgano judicial debe proceder, entonces, a una segunda calificación, ahora, de conformidad con las categorías del ordenamiento designado como aplicable (calificación *ex lege causae*), que le permita resolver el problema de fondo.

⁹⁰Vid. CH. AMESTI MENDIZÁBAL, "El contrato de crédito sindicado y el crédito subasta", en E. DE LA TORRE SAAVEDRA y otros (coords.), *Contratos Bancarios*, Madrid, Civitas, 1992, pp. 225 a 257, esp. pp. 240 y 241; J. MUÑOZ VILLALÓN, "La hipoteca en garantía de los préstamos sindicados", en AA.VV., *Jornadas sobre tipos especiales de garantía hipotecaria*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 1993, pp. 176 a 209, esp., p. 182.

En el caso de que la *lex causae* resulte ser la española, el eurocrédito sindicado aparece como una figura atípica, de naturaleza jurídica discutible, que presenta elementos propios de los contratos de préstamo -dar dinero- y de apertura de crédito -ponerlo a disposición de la contraparte-. El análisis de la práctica revela como operaciones inicialmente más cercanas al contrato de préstamo, tienden a estructurarse como apertura de crédito para evitar, así, la rigidez inherente al carácter real y unilateral del primero. Entonces, o bien el contrato de préstamo sindicado denominado en euromonedas se entiende como contrato consensual -se perfecciona con el consentimiento de las partes- y bilateral -surgen obligaciones para ambos contratantes- o bien no cabe hablar de préstamo, tal y como lo entiende la mayor parte de la doctrina mercantilista española⁹¹. Por contra, operaciones próximas a la apertura de crédito presentan elementos que hacen difícil calificarlas como tales. De un lado, si el acreditado no dispone del total de los fondos o no dispone de ellos en absoluto, las entidades acreditantes no perciben la contraprestación característica esperada -el interés- sino el pago de una comisión de disponibilidad; de otro, existen limitaciones cuantitativas, temporales y procedimentales a la facultad de disposición del acreditado que no se cohonestan con la operativa tradicional del contrato de apertura de crédito.

Las partes tampoco ayudan a clarificar la naturaleza jurídica de la figura. No siempre existe coherencia entre las denominaciones (*revolving credit facility*, *term loan facility*, etc.) que las operaciones reciben y el contenido obligacional plasmado en los documentos contractuales. Pese a que el uso de expresiones como Atramos de préstamo® o Aperiodos de disposición® debiera aclarar la calificación de las operaciones, en realidad, dichas menciones tienen el efecto contrario, puesto que su inserción no significa que estén correctamente empleadas. Evidentemente, las cosas, en Derecho, son lo que son y no lo que las partes afirman que son pero, aún procediendo a un análisis caso por caso, es difícil discernir si se trata de una u otra figura contractual.

274. Estas dificultades han llevado a parte de nuestros mercantilistas a proponer, a mi juicio acertadamente, la referida categoría jurídica autónoma Acontratos de crédito sindicado®. Categorización que conduce la reflexión hacia el estudio de las cuestiones relativas a la disciplina de los contratos atípicos.

La atipicidad de esta categoría -créditos sindicados- suscitará dos problemas básicos: primero, dilucidar los límites dentro de los cuales el contrato es admisible y debe considerarse protegido jurídicamente (problema de admisibilidad y validez); segundo, determinar, a falta de normativa legal, la disciplina que regirá tales contratos (problema de disciplina normativa): determinación del contenido obligacional, integración de las lagunas que las partes hayan podido dejar en su regulación, normas interpretativas, etc.⁹².

275. La cuestión de la admisibilidad y validez de los contratos atípicos no se plantea en términos generales, desde el momento en que el principio de libertad contractual reconocido por nuestro ordenamiento permite su existencia (art. 1.255 C.C.). El problema surge respecto de cada supuesto concreto y supone realizar un juicio acerca de la consideración que al ordenamiento merece cada figura atípica, de acuerdo con la función que el contrato pretende desempeñar y con su idoneidad para ser cauce de realización de intereses y fines.

⁹¹Vid. J. ABELLA SANTAMARÍA, "La estructura jurídica de los eurocréditos", *I.C.E.*, n1 608, abril de 1984, p. 148.

⁹²Vid. L. Díez PICAZO, *op. cit.*, p. 255.

Desde esta perspectiva, es evidente que el eurocrédito sindicado cumple una función -acceso a fuentes alternativas de financiación a medio y largo plazo, con un coste cercano al corto término- cuya relevancia y necesidad ya han sido suficientemente comentados en otros pasajes de este trabajo⁹³.

276. Respecto de la segunda de las cuestiones apuntadas, a falta de régimen legal, los contratos atípicos deben disciplinarse según las reglas siguientes.

Primero: primacía de los pactos establecidos por las partes, siempre que sean admisibles, tal y como se desprende del juego combinado de los arts. 1.255 y 1.275 del C.C..

Segundo, normativa general establecida para todas las obligaciones y contratos por los arts. 1.088 a 1.314 del C.C..

Tercero, si aún así quedasen irresueltas cuestiones de interpretación o de colmatación de lagunas, ello plantearía la necesidad de establecer una fuente supletoria de las previsiones de las partes y del régimen general. Para resolver esta última cuestión se han propuesto, básicamente, dos teorías⁹⁴.

La primera, Ateoría de la absorción⁹⁴, defiende que hay que buscar, en el seno del contrato atípico, un elemento preponderante, que se corresponda con el elemento nuclear de algún contrato típico, y aplicar la disciplina de este último como supletoria de la autónoma y de la general. Teoría que puede ser fácilmente aplicada en aquellos supuestos en que la identificación del elemento relevante es sencilla. Este sería el caso de la apertura de crédito respecto del crédito sindicado denominado en euromonedas, objeto del presente trabajo.

La segunda teoría, Ateoría de la combinación⁹⁵ está pensada para superar los obstáculos de la anterior y, como no nos es de utilidad en esta sede, prescindimos de su exposición⁹⁵.

En definitiva, el eurocrédito sindicado, según nuestro Derecho, es un contrato atípico, cuya disciplina material habrá que construir a partir del respeto por lo expresamente dispuesto por las partes complementado, en su caso, con la reglamentación mercantil relativa al contrato de apertura de crédito. Dicho ejercicio de complementación no es probable que sea necesario, dada la minuciosidad con que se redactan estos contratos, de conformidad con sus orígenes anglosajones y con el grado de sofisticación cautelar adquirido en el euromercado tras más de treinta años de práctica contractual.

⁹³Vid. *infra*, pp. 90 y ss..

⁹⁴Vid. L. Díez PICAZO, *op. cit.*, p. 258.

⁹⁵La teoría de la combinación es de suma utilidad cuando todos los elementos pertenecientes a diferentes los diferentes tipos contractuales son igualmente relevantes. Constatado este dato, que no es comprobable en el eurocrédito, se mantiene la necesidad de reconstruir el régimen supletorio de la figura atípica, a partir de la coordinación de las normas correspondientes a cada uno de los contratos típicos que la integran.