

CAPÍTULO TERCERO.

RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL EUROCRÉDITO SINDICADO.

277. El abandono del estudio jurídico de los mercados financieros internacionales es, en general, una de las circunstancias más comúnmente predicadas de este singular bazar mundial del dinero. Desde la particular perspectiva del D.i.pr., si en el terreno del Derecho aplicable a las operaciones financieras internacionales contamos con destacables aportaciones monográficas⁹⁶, no puede decirse lo mismo respecto del sector de la competencia judicial internacional donde las carencias resultan especialmente acusadas⁹⁷. De ahí que, a mi juicio, convenga realizar un esfuerzo por examinar algunas cuestiones referidas a este sector concreto del D.i.pr., teniendo como referente la figura contractual objeto de la investigación en curso: el eurocrédito sindicado.

No obstante, el presente análisis supera el ámbito estricto de la determinación del órgano internacionalmente competente, para situarse en la perspectiva más amplia de los mecanismos previstos por los contratantes para la solución de controversias. Dos razones fundamentales están en el fondo de tal opción.

En primer lugar, esa es la perspectiva más coherente con el planteamiento metodológico -problemático e inductivo- seguido a lo largo de este trabajo. La cláusula de prorrogación de fuero es un estándar contractual en el eurocrédito y es a su estudio al que se dedicará la mayor parte de la exposición. Ello no quiere decir que se prescindiera del examen de la determinación objetiva del órgano competente o de las referencias a otras materias como la adopción de medidas cautelares; examen circunscrito, eso sí, a las coordenadas metodológicas antes aludidas. En segundo término, el ampliar la perspectiva en el sentido apuntado permitirá dar cuenta de una característica particular de la contratación financiera internacional, cual es la del rechazo prácticamente unánime de las grandes entidades bancarias transnacionales a la denominada justicia arbitral; circunstancia que la aleja de las prácticas más comúnmente seguidas en otros sectores del comercio transfronterizo.

A los efectos señalados, las páginas que siguen tratan de responder a dos preguntas fundamentales: primera, ¿qué hacen habitualmente los contratantes?; segunda, ¿porqué lo hacen?. Cada una de estas interrogantes se corresponde con las dos primeras de secciones de este capítulo. En la primera se describen las prácticas del euromercado respecto del tópico elegido (I.). A continuación, se evalúan tales decisiones analizando las motivaciones y condicionamientos de las partes (II.). Finalmente, en un tercer apartado se estudia otro grupo de problemas relativos a la solicitud de medidas cautelares y provisionales (III.).

⁹⁶Vid. R.M. AUERBACK, *Governing Law Issues in International Finance Transactions*, en J.J. NORTON, *International banking...*, op. cit., pp. 169 a 187; F. BONELLI, *La Convenzione di Roma del 19 di giugno 1980 e la legge applicabile alle operazioni bancarie*, en T. TREVES, *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, Padua, Cedam, 1983, pp. 115 a 134; G. CECCHINI, *Le operazioni bancarie fra Convenzione di Roma e lex mercatoria*, en AA.VV., *L'unificazione del diritto internazionale privato e processuale. Studi in memoria di M. Giuliano*, Padua, Cedam, 1989, pp. 281 a 312; G. VAN HECKE, *Crédits bancaires internationaux et conflits de lois*, *Dr.Pr.Comm.Int.*, 1977, pp. 497 a 505; E. JAYME, *Kollisionsrecht und Bankgeschäfte mit Auslandsberührung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1977; L. RADICATI DI BROZOLO, *Operazione...*, op. cit.; J. STOUFFLET, *Les conflits de lois en matière de crédits bancaires*, *Tr.Com.Fr.Dr.Int.Pr.*, 1966-1969, Paris, Dalloz, 1970.

⁹⁷Vid. L.C. BUCHHEIT, "Negotiating the submission to jurisdiction clause", *I.F.L.R.*, n1 11, vol. XII, noviembre de 1993, pp. 27 a 29 y G.D. SESSER, *Choice of Law, Forum Selection, and Arbitration Clauses in International Contracts: The Promise and the Reality, a US View*, *I.B.L.*, n1 8, vol. 20, 1992, pp. 397 a 401.

I. POSICIÓN DE LAS PARTES Y DESCRIPCIÓN DE LAS CLÁUSULAS.

278. Para responder a la primera de las cuestiones adelantadas -) cuáles son las prácticas más habitualmente seguidas por los participantes en las operaciones eurocrediticias a la hora de prever mecanismos para la solución de sus eventuales controversias?- se describen, en primer lugar, las posiciones negociadoras o estratégicas de las que parten los contratantes (1.) y, en segundo término, se exponen algunos ejemplos de cláusulas contractuales resultantes del proceso negociador (2.).

I. POSICIONES ESTRATÉGICAS DE LAS PARTES.

279. Lógicamente, las posiciones estratégicas de las partes acerca de un posible acuerdo relativo a la determinación de una sede de resolución de controversias no son las mismas antes de surgir el conflicto que tras su aparición. En este último caso, el principal interés de las partes está en ganar el pleito o perder en él lo menos posible. En el primer supuesto, por contra, la cláusula de elección de foro cumple una función eminentemente prospectiva en relación con el marco legal en el que los contratantes se van a desenvolver.

Obviamente, hay contratos internacionales que pueden desempeñar con perfección sus funciones sin ninguna referencia previa a los tribunales competentes y/o al Derecho aplicable. Baste pensar en la operativa comercial habitual donde dichos pactos no suelen aparecer -si es que lo hacen- hasta que las relaciones se formalizan, tras un período más o menos largo de contratación telefónica, electrónica, etc.. Ese no es el caso de operaciones tan complejas como las eurocrediticias donde, sin un horizonte jurídico nítido -lo cual pasa por la previa designación del tribunal competente- las partes no pueden precisar el alcance de sus derechos y obligaciones. Consecuentemente, las siguientes reflexiones se abordan desde esta particular visión preventiva o prospectiva. A partir del común deseo de subsanar las incertidumbres derivadas del carácter internacional de su relación, los intereses contrapuestos de las partes -acreditantes (A.) y acreditado (B.)- en las operaciones financieras internacionales se traducen en distintas posiciones de principio en la mesa negociadora.

A. Objetivos de las entidades financieras.

280. Con la inclusión de una cláusula de elección de tribunales competentes las entidades financieras pretenden alcanzar dos clases de objetivos: unos, que se podrían denominar generales, por cuanto son más o menos comunes a todos los contratos internacionales; otros, de carácter mucho más específico, que tienen que ver con la especial mecánica transaccional de los mercados financieros internacionales.

Entre los objetivos generales destaca la elusión de las hipotéticas prácticas dilatorias de la contraparte. En efecto, una de las primeras reacciones del acreditado -sobre todo cuando nos encontramos ante un demandado soberano- es la discusión acerca de la competencia del tribunal ante el cual se intenta que comparezca.

En el espacio judicial integrado europeo occidental, una vez que el acreditado ha manifestado, con todas las garantías que rodean a la prestación del consentimiento en este campo⁹⁸, su sometimiento a una determinada instancia jurisdiccional, las posibilidades de discusión en torno a este punto se ven muy reducidas. Según el art. 17 de los Convenios de Bruselas y de Lugano: A...dichos tribunales serán los únicos competentes.@

No tan clara es la respuesta en otros sistemas de D.i.pr. de importancia significativa en el campo financiero internacional -el del Estado de Nueva York es un claro ejemplo- muy condicionados por vaivenes jurisprudenciales que oscurecen la aparente claridad de los preceptos legales⁹⁹.

Pasando a los objetivos específicos de la esfera financiera internacional, dos preocupaciones básicas de las entidades acreditantes destacan como condicionantes de toda la negociación.

La primera es lograr el aislamiento del acreditado respecto de su jurisdicción nacional. Cuando éste es un ente soberano, el riesgo que corren los suministradores de fondos es evidente. Pensemos en una hipotética declaración de moratoria por parte de las autoridades locales: aún mediando un pacto de aplicación de una ley neutral, los tribunales del Estado que decide incumplir sus compromisos no tendrían más remedio que aplicar la decisión, a título de norma de policía o disposición imperativa del foro.

El otro de los polos sobre los que gira la presión negociadora de los bancos es la persecución de los activos del acreditado, allí donde se encuentren. Por ello, las cláusulas de prorrogación de fuero no suelen atribuir exclusividad al tribunal elegido como primera opción, sino que procuran reservar a los acreditantes la posibilidad de demandar al acreditado en cualquier otro foro en el que éste pudiera poseer bienes.

⁹⁸Vid. *infra*, pp. 218 y ss..

⁹⁹En principio, el Estado de Nueva York admite la sumisión a sus tribunales siempre que la transacción implique un montante mínimo de un millón de dólares y venga sometida a la ley de ese Estado (' 5- 1402 de la *New York General Obligations Law*). Además, cuando la elección del foro neoyorquino viene acompañada de la designación -subjettiva u objetiva- de la ley del Estado de Nueva York como aplicable y la transacción supera el millón de dólares, se prohíbe a los tribunales recurrir a la doctrina del *forum non conveniens* para rechazar su propia competencia (*Rule 327 (b)* de la *New York Civil Practice Law and Rules*). Dados los importes habitualmente manejados en el mundo eurocrediticio y la tendencia general a hacer coincidir *forum* y *ius*, no parece que debieran existir excesivos problemas al respecto. Sin embargo, decisiones tanto del Tribunal Supremo cuanto de las instancias estatales -*vid.*, entre otros, casos como *Leasewell, Ltd. c. J. Shelton Ford, Inc.*, 423 F. Supp. 1011 (S.D.W.Va. 1976); *Union Ins. Soc. of Canton, Ltd. c. S.S. Elikon*, 642 F. 2d 721 (4th Cir. 1981); *Hoffman c. Minuteman Press Int'l Inc.*, 747 F. Supp. 552 (W.D.Mo. 1990); *Crédit Français International, S.A. c. Sociedad Financiera de Comercio, C.A.*, 3491/84, 490 NYS 2d 670 (Sup.Ct.NY. 1985)- han generado dudas acerca de la efectividad de las cláusulas de prorrogación de fuero ante los tribunales neoyorquinos. Línea jurisprudencial, por otra parte, fuertemente criticada por la doctrina norteamericana que reclama, incluso, una regulación federal apropiada de esta cuestión. *Vid.*, por todos, Y. LEE, *A Forum Selection Clauses: Problems of Enforcement in Diversity Cases and State Courts*, *Col.J.T.L.*, Vol. 35, n1 3, 1997, pp. 663 a 695.

B. Objetivos del demandante de fondos.

281. A primera vista, el acreditado estaría en una situación diametralmente opuesta a la descrita para su contraparte. Sin embargo, la posición negociadora más fuerte siempre corresponde a las entidades financieras y el prestatario suele plegarse a las pretensiones de éstas.

Los mercados financieros internacionales son un ámbito donde la confianza entre los contratantes lo es todo y la defensa a ultranza de posiciones nacionalistas por parte del demandante de fondos conllevaría el encarecimiento de los términos financieros del acuerdo o incluso la negativa de los acreditantes a concertar la operación. En el peor de los casos, tal contumacia podría acarrear la exclusión de la parte recalcitrante de los circuitos internacionales de financiación. En definitiva, la oposición en esta materia no suele ser tan frontal como en principio cabría esperar. De hecho, la elección de tribunales competentes ya viene indicada en la fase precontractual o de montaje del eurocrédito. Tanto la Carta de Oferta (*Offering Letter*) -que el Banco Líder u organizador de la operación envía en respuesta al primer requerimiento del solicitante de fondos- cuanto la Circular Informativa o *Information Memorandum* -que la misma entidad cursa a las otras instituciones financieras hipotéticamente interesadas en participar en el negocio- ya contienen prescripciones relativas a la sede jurisdiccional de resolución de controversias.

2. DESCRIPCIÓN DE LAS CLÁUSULAS MÁS FRECUENTES EN LA PRÁCTICA CONTRACTUAL EUROREDITICIA.

282. Las cláusulas de prorrogación de fuero, auténticos estándares contractuales en las operaciones eurocrediticias sindicadas, suelen ser clasificadas, atendiendo a los objetivos que persiguen, en cláusulas de objetivo doble y cláusulas de objetivo único.

Las cláusulas de objetivo doble pretenden asegurar que el acreditado no presentará objeciones a la interposición por parte de los acreditantes de dos tipos bien distintos de actuaciones: primero, una demanda sobre el fondo del asunto ante los tribunales expresamente designados en la cláusula; segundo, una solicitud de adopción de medidas cautelares o provisionales para asegurar la eficacia de una futura decisión sobre una reclamación del primer tipo.

Las cláusulas de objetivo único tan sólo hacen referencia a la cuestión de fondo y no contienen prescripciones contractuales referentes a las medidas cautelares¹⁰⁰.

Dejando, por razones sistemáticas, el análisis de las cláusulas de objetivo doble para más adelante¹⁰¹, a continuación se exponen dos ejemplos de las cláusulas de objetivo único más comúnmente utilizadas en los contratos de eurocrédito sindicado. El primero está pensado desde la perspectiva inglesa¹⁰² -en tanto que Estado contratante del Convenio de Bruselas- lo cual haría extensible el ejemplo al tantas veces mencionado espacio judicial integrado de Europa Occidental; mientras que el segundo es paradigma de la práctica neoyorquina¹⁰³.

Tal y como ya se ha advertido en otros pasajes de este trabajo, aunque la coincidencia entre los ejemplos que aquí se exponen y una cláusula real es más que probable, es preciso tener muy presente que intentar describir los formularios contractuales seguidos en el euromercado supone congelar en el tiempo una actividad siempre en evolución¹⁰⁴. No obstante, los ejemplos proporcionados pueden considerarse como referentes válidos para proceder al análisis subsiguiente acerca de las motivaciones y condicionamientos de la práctica contractual.

283. De la observación de las cláusulas contractuales se desprenden una serie de elementos comunes a las mismas, unos implícitos y otros explícitos.

De forma implícita, resulta evidente que las cláusulas están pensadas para operar siempre desde la perspectiva del incumplimiento por parte del acreditado como supuesto de base. En la mayoría de los casos eso será lo común, puesto que el incumplimiento de una entidad financiera es, generalmente, inmediatamente cubierto por el resto de integrantes del sindicato.

Aunque la comunidad bancaria internacional parece confiar más en sus propia capacidad para llegar a acuerdos y evitar el recurso a medios heterónomos de resolución de controversias¹⁰⁵, la escasa jurisprudencia existente en el campo financiero

¹⁰⁰ *Vid.*, L.C. BUCHHEIT, *cit.*, pp. 27; G.K. CROZER y D.D. WALL, *The Eurodollar Market: Loans and Bonds*, en R.S. RENDELL, *op. cit.*, pp. 63 a 78, esp. p. 76; G.A. PENN, A.M. SHEA y A. ARORA, *op. cit.*, pp. 28 y 29 y pp. 448 y 449; PH. WOOD, *Law and Practice of International Finance... Vol. 3...*, *op. cit.*, pp. 70 a 75.

¹⁰¹ *Vid. infra*, pp. 230 y ss..

¹⁰² (i) *For the benefit of the Agent Bank, each Manager and each Bank, all the parties irrevocably agree that the courts of England are to have jurisdiction to settle any disputes which may arise out of or in connection with this Agreement and that accordingly any suit, action or proceedings arising out of or in connection with this Agreement may be brought in such courts.* (ii) *Without prejudice to sub-clause (i), the Borrower further irrevocably agrees that any suit, action or proceedings arising out of or in connection with this Agreement may be brought in the courts of the State of New York or of the United States for the Southern District of New York or in the courts of (jurisdiction of the Borrower if such jurisdiction is not a Contracting State) and submits to the non-exclusive jurisdiction of each such court.* (iii) *The Borrower irrevocably waives any objection which it may have now or hereafter to the laying of any suit, action or proceedings in any such court as is referred to in this Clause and any claim that any suit, action or proceedings have been brought in an inconvenient forum and further irrevocably agrees that a judgment in any suit, action or proceedings brought in any court as is referred to in this Clause shall be conclusive and binding upon the Borrower and may be enforced in the courts of any other jurisdiction.* (iv) *Nothing contained in this clause shall limit the right of any Bank to take suit, action or proceedings against the Borrower in any court of competent jurisdiction, nor shall the taking of any suit, action or proceedings in one or more jurisdictions preclude the taking of any suit, actions or proceedings in any other jurisdiction whether concurrently or not.*

¹⁰³ *The borrower irrevocably submits to the non-exclusive jurisdiction of the courts of the State of New York and of the United States sitting in the Borough of Manhattan in respect of any action or proceeding against the borrower relating in any way to this Agreement (a Proceeding). The borrower irrevocably appoints -which currently maintains a New York City office situated at as its agent to receive service of process or other legal summons for purposes of any Proceeding. So long as the borrower has any obligation under this Agreement, it will maintain a duly appointed agent in New York city for the service of such process or summons and, if it fails to maintain such an agent, any such process or summons may be served on it by mailing a copy thereof by registered mail, or a form of mail substantially equivalent thereto, addressed to the borrower at its address as provided for notices hereunder. Any Proceeding may be brought and enforced in the courts of or any other jurisdiction where the borrower or any of its property may be found, and the borrower irrevocably submits to the jurisdiction of each such court in respect of any Proceeding. The borrower irrevocably waives, to the fullest extent permitted by applicable law, any objection that it may now or hereafter have to the laying of venue of any Proceeding in the Supreme Court of the State of New York, county of New York, or the United States District court for the Southern District of New York, and any claim that any Proceeding brought in any such court has been brought in an inconvenient forum.*

¹⁰⁴ *Vid. supra*, p. 64.

¹⁰⁵ Es común la referencia a estos acuerdos como ADR (*Alternative Dispute Resolution*). *Vid.* R.M. AUERBACK, *op. cit.*, pp. 183 y 184.

internacional corrobora este planteamiento de partida: sentencia del asunto *Crédit Français* contra *Sociedad Financiera de Comercio*¹⁰⁶ y sentencia del caso *Allied Bank International* contra *Banco Crédito Agrícola de Cartago*¹⁰⁷ (reclamación típica:

¹⁰⁶Se trata del caso *Crédit Français International, S.A. contra Sociedad Financiera de Comercio, C.A.*, 3491/84, 490 NYS 2d 670 (Sup. Ct. NY, 1985). *Crédit Français International (CFI)*, un banco francés, planteó ante el Tribunal Supremo (*Supreme Court*) de Nueva York una demanda contra *Sociedad Financiera de Comercio (SFC)*, institución financiera venezolana, para recuperar dos millones de dólares que constituían la participación de *CFI* en un crédito sindicado por total de veinticinco millones de dólares, concedido a *SFC* por un sindicato bancario internacional. Debido a la imposición de medidas restrictivas de control de cambios por parte del gobierno venezolano, el acreditado incurrió en impago de intereses y argumentó en su defensa que el demandante no estaba legitimado para interponer una reclamación contra él, puesto que no representaba al sindicato y ni siquiera poseía una participación mayoritaria en el mismo.

¹⁰⁷Sentencia del caso *Allied Bank International* contra *Banco Crédito Agrícola de Cartago*, 566 F Supp 1440 (SDNY, 1983) *affd.* 733 F 2d 23 (2nd Circ, 1984). Varios bancos agrupados en un sindicato internacional interpusieron una demanda, ante los tribunales de Nueva York, para recuperar los capitales y los intereses correspondientes a sendos eurocréditos concedidos a tres bancos costarricenses. Tras la celebración de los contratos, las autoridades monetarias de Costa Rica impusieron una serie de disposiciones restrictivas en materia de control de cambios, motivadas por una situación de crisis económica. Según dicha normativa, era preciso recabar la autorización del Banco Central para cualquier transacción financiera que implicara movimientos transfronterizos de divisas. Solicitados los correspondientes permisos, éstos fueron denegados y los acreditados se ampararon en tal negativa para rehusar el cumplimiento de sus obligaciones. El asunto se planteó, en la primera instancia, ante el *US District Court* del *Southern District of New York*, presidido por el juez GRIESA, cuya decisión recurrió a la Doctrina del Acto de Estado (*Act of State Doctrine*). Según la misma, las autoridades judiciales del sistema federal norteamericano no pueden enjuiciar las decisiones de autoridades públicas extranjeras reconocidas por los EE.UU. -aunque éstas impliquen efectos expropiatorios como, *de facto*, sucedía en el caso- siempre que las propiedades estén situadas dentro del territorio soberano de la autoridad que adopta la medida. En segunda instancia, el caso llegó ante el *Court of Appeals for the Second Circuit*, dando lugar a la sentencia *Allied Bank International* contra *Banco Crédito Agrícola de Cartago* 757 F 2d 516 (2d Circ, 1985), 77 ALR Fed 281. El tribunal de apelación determinó que, estando fijado el lugar de pago en la ciudad de Nueva York, el *situs* de la deuda estaba fuera de la jurisdicción de Costa Rica y no podía darse efecto a la decisión expropiatoria de las autoridades monetarias costarricenses. La decisión, que ha sido posteriormente considerada como el *lead case* en la materia, seguía el mismo razonamiento de un tribunal inferior, enfrentado a unos hechos similares a los relatados antes. Se trata de la sentencia *Libra Bank Ltd* contra *Banco Nacional de Costa Rica*, pronunciada por el *US District Court for the Southern District of New York*, 570 F Supp 870 (SDNY, 1983). *Libra Bank* era el Banco Agente de un eurocrédito que un sindicato bancario internacional había concedido por importe de 40 millones de dólares USA a un banco costarricense, propiedad del Banco

acreditantes contra acreditado).

Sin embargo, ello no excluye la posibilidad de que surjan otros conflictos distintos del prototípico: conflictos interbancarios -el llamado caso *Colocotronis* es exponente de ellos¹⁰⁸- o demandas del acreditado contra alguna entidad bancaria. La dinámica operatoria de los mercados financieros internacionales está cambiando, tanto desde la perspectiva de los acreditados, con la sustitución del prestatario público tradicional por empresas privadas, cuanto desde la parte acreditante, con fenómenos como la desintermediación o el desarrollo de los mercados secundarios. Estas transformaciones del marco financiero tienen efectos multiplicadores sobre las posibilidades de que surjan conflictos en el marco de las relaciones financieras que superan el ámbito doméstico.

Entre los elementos explícitos destacan: primero, la preferencia por la solución jurisdiccional frente a la arbitral; segundo, la designación subjetiva del concreto órgano jurisdiccional internacionalmente competente y la preferencia por unas determinadas organizaciones jurisdiccionales estatales; tercero, el carácter prioritariamente no exclusivo de la competencia del tribunal elegido.

Conforme con el plan trazado, una vez descrito el comportamiento habitual de las partes, es momento de dar cuenta del porqué de las prácticas descritas. En las páginas siguientes se analizarán los motivos y condicionantes que llevan a las partes a optar por un modelo de cláusula tan determinado.

Lógicamente, entre dichos condicionantes destacan aquellos referidos a la regulación de la competencia judicial internacional en los diferentes sistemas de D.i.pr. A este respecto, la reflexión girará en torno al sistema español de D.i.pr., con alguna referencia de contraste a aquellos otros ordenamientos más frecuentemente involucrados en las transacciones eurocrediticias: el de Inglaterra y el del Estado de Nueva York.

Central del país centroamericano. El pago de las cantidades correspondientes a capital e intereses debía verificarse en las oficinas de *Libra Bank* en Nueva York. El tribunal rechazó la alegación del precedente constituido por la decisión del juez GRIESA en el caso *Allied Bank International* contra *Banco de Credito Agrícola* afirmando la extraterritorialidad de la decisión del Banco Central de Costa Rica, puesto que la deuda está situada, según las normas de conflicto del Estado de Nueva York, en el lugar en el cual el acreedor tiene derecho a reclamar el pago; en el caso, las oficinas de *Libra Bank* en la ciudad neoyorquina.

¹⁰⁸ *Colocotronis Tanker Securities Litigation*, 420 F. Supp., 998 (S.D.N.Y. 1976). En el otoño de 1974, un sindicato de acreditantes liderado por un consorcio bancario denominado *European-American Banking Corporation (EAB)* -que agrupaba al *Deutsche Bank*, el *Midland Bank*, la *Société Générale de Banque* y el *Amre Bank*- y que integraba a otras entidades norteamericanas y europeas de menor rango, había organizado la concesión de un crédito a un grupo de empresas -*Colocotronis Shipping Group*- controladas por el naviero griego *Colocotronis*. En mayo de 1976, ante el incumplimiento de las obligaciones del acreditado, cinco pequeños bancos americanos participantes demandaron, ante los Tribunales de Nueva York, al *EAB*, en su calidad de organizador de la operación, por los daños y perjuicios que les habían sufrido por participar en la concesión del crédito (11.7 millones de dólares). Antes de que el tribunal pronunciase su decisión se llegó, en noviembre de 1977, a una solución extrajudicial.

II. ANÁLISIS DE LAS MOTIVACIONES Y CONDICIONANTES DE LAS CLÁUSULAS ESTANDARIZADAS.

284. El estudio de la práctica contractual pretendía responder a la pregunta ¿qué hacen habitualmente las partes respecto de la resolución de controversias?. La respuesta pasaba por la descripción de un modelo de cláusula de prorrogación de fuero con unos elementos muy determinados. Partiendo de dicho modelo, la pregunta, ahora, es ¿porqué lo hacen así y no de otro modo?. Las páginas que siguen se centran, entonces, en la exposición de los motivos y condicionantes que llevan a los contratantes a preferir una solución jurisdiccional frente a la justicia arbitral (1.), a optar por la designación subjetiva de un concreto órgano jurisdiccional (2.) y a pactar el carácter prioritariamente no exclusivo de la competencia del tribunal elegido (3.). Un análisis crítico personal cerrará este apartado (4.).

1. PREFERENCIA POR LAS SOLUCIONES JURISPRUDENCIALES FRENTE A LA JUSTICIA ARBITRAL.

285. Como ya se adelantó, una peculiaridad propia del espacio financiero internacional la constituye el hecho de que el recurso al arbitraje internacional de derecho privado, como método heterocompositivo de arreglo de controversias, es ciertamente excepcional¹⁰⁹. A continuación, se exponen los motivos de tal proceder, ciertamente divergente del normalmente constatable en otras áreas del comercio internacional.

¹⁰⁹Vid. P. BERNARDINI, "Clausole arbitrali e di deroga alla giurisdizione nell'attività bancaria", *Dir. Com.Int.*, n1 6.1, 1992, pp. 3 a 15, esp., pp. 4 a 7; C.T. EBENROTH y T.J. DILLON, "Arbitration Clauses In International Financial Agreements", *J.Int.Arb.*, n1 10, 1993, pp. 12 a 24, esp. p. 21; F. J. GÓMEZ REY, *op. cit.*, p. 157; J. P. MATTOU, *op. cit.*, p. 225; W.W. PARK, "When the borrower and the banker are at odds: The interaction of judge and arbitrator in trans-border finance", *Tul.L.R.*, n1 65, 1991, pp. 1.323 a 1.341, esp. p. 1.323; L. RADICATI DI BROZOLO, *op. cit.*, p. 4, nota n1 4; C. VISCO, "Il Project Finance e le convenzioni arbitrali", *Dir. Com.Int.*, n1 8.1, enero-marzo de 1994, pp. 131 a 163, esp., p. 157. En favor de una mayor utilización del arbitraje, *vid.* W.W. PARK, *International Forum Selection*, La Haya, Kluwer, 1995, p. 66 y O. SANDROCK, *Als International Arbitration Inept to Solve Disputes Arising Out of International Loan Agreements*, *J.Int.Arb.*, Vol. 11, n1 3, 1994, pp. 33 y ss..

A. Motivaciones.

286. Tres tipos de razones suelen esgrimirse para fundamentar el rechazo de los agentes que operan en el euromercado respecto de la denominada justicia arbitral.

Primera, los grandes protagonistas de los mercados financieros internacionales -los bancos- gozan de una posición negociadora fuerte que les permite imponer la competencia de aquellas jurisdicciones que estiman más adecuadas para la defensa de sus intereses (11).

Segunda, muchas de las ventajas propias del arbitraje son vistas por los bancos como irrelevantes y otras son contempladas incluso con auténtico recelo¹¹⁰ (21).

Tercera, la volatilidad de los activos financieros hace imprescindible el acordar medidas cautelares que aseguren la efectividad de una hipotética sentencia. El arbitraje se enfrenta, en este campo, con uno de los escollos más importantes de cara al cumplimiento de su relevante función en el seno de las relaciones comerciales internacionales (31).

11. La preeminencia negociadora de los acreditantes.

287. El primero de los motivos aludidos, la posición negociadora privilegiada de las entidades financieras transnacionales, trae su causa del imparable proceso de internacionalización de la actividad bancaria; fenómeno que ha conducido a una creciente concentración subjetiva y al consiguiente aumento de poder de las nuevas entidades que resultan de las continuas fusiones¹¹¹. El aumento de poder de los bancos se traduce, inexorablemente, en la reducción de la capacidad de negociación de su clientela. Circunstancia que alcanza su máxima expresión en operaciones como el eurocrédito, consideradas de alto riesgo, en las que la estrategia negociadora de las entidades financieras suele ser maximalista: esto o nada. Los representantes de las grandes instituciones bancarias transnacionales repiten, una y otra vez, el mismo planteamiento: usted tiene nuestro dinero y nosotros sólo un trozo de papel¹¹².

Según esta peculiar filosofía, el papel del futuro acreditado debe limitarse a aceptar las condiciones fijadas por los eurobancos. Entre éstas, suele figurar el sometimiento del cliente a los tribunales del Estado en el que está emplazado el Banco Agente -que suele coincidir con el centro de negociación- amén de la posibilidad de ser demandado en prácticamente todas y cada una de las jurisdicciones nacionales de las diferentes entidades financieras participantes. Partiendo del principio de que *Home town jurisdiction is always the best*, los bancos no sienten la necesidad de residenciar los litigios que eventualmente les pueden enfrentar al cliente ante una sede arbitral, cuando cuentan con la posibilidad de imponer la propia jurisdicción.

21 Irrelevancia de las ventajas de la justicia arbitral.

288. La segunda causa del escaso recurso al arbitraje en la contratación financiera internacional se refería a la irrelevancia e incluso desconfianza con que los grandes bancos transnacionales contemplan las pretendidas ventajas de la justicia arbitral sobre la ordinaria.

¹¹⁰Una excelente síntesis de las ventajas del arbitraje puede consultarse en A.L. CALVO CARAVACA y L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *El arbitraje comercial internacional*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 38 a 43 y en M.J. SPECTOR y E. ORDWAY, *International Arbitration*, I.F.L.R., suplemento especial, septiembre de 1991, pp. 3 a 6.

¹¹¹*Vid. supra.*, pp. 93 y 94.

¹¹²*Vid. PH. WOOD, Law and Practice... Vol. 3..., op. cit.*, p. 30.

Entre las ventajas del arbitraje que resultan irrelevantes para las entidades financieras transnacionales destaca aquella que alude a la especialización del órgano arbitral. En efecto, la especialización de los árbitros constituye una de sus virtudes capitales frente al saber genérico del juez estatal, cuando las diferencias entre las partes tienen un referente fáctico. Por contra, esos conocimientos técnicos específicos no son percibidos como necesarios en las relaciones financieras internacionales. En éstas, se afirma, las diferencias entre acreditantes y acreditado se centran e individualizan fácilmente en cuestiones de derecho y no de apreciación de los hechos. Según las entidades que lideran el euromercado no hay nada que arbitrar en materia financiera internacional¹¹³.

289. Respecto de las características especiales del arbitraje que son desfavorablemente contempladas por las grandes entidades financieras transnacionales destacan las siguientes.

En primer lugar, la carencia de publicidad del procedimiento arbitral, por cuanto priva a los bancos del factor de presión que supone la difusión entre la comunidad financiera internacional de las dificultades del acreditado. Tal y como acaba de señalar el Director Gerente del F.M.I., M. CAMDESSUS, los mercados financieros internacionales precisan de la transparencia como condición indispensable para su correcto funcionamiento y esta necesidad se cohesiona mal con la confidencialidad arbitral¹¹⁴.

En segundo término, otro tanto cabe decir de la tendencia de los árbitros hacia lo que se conoce, en terminología anglosajona, como *split the difference*; justicia salomónica o tendencia hacia las soluciones más simétricas que justas.

La dependencia de los bancos respecto del proceso de refinanciación hace poco atractivas soluciones transaccionales de esa naturaleza. De hecho, todo un complejo entramado de cláusulas contractuales está específicamente pensado para que los acreditantes perciban exactamente aquello que esperan: *effective currency clause*, *increased cost clause*, *currency indemnity clause*, *tax indemnity clause* y *grossing up clause*¹¹⁵.

En tercer lugar, puede añadirse otro inconveniente, en este caso, específicamente ligado al crédito sindicado denominado en euromonedas: el arbitraje no resulta funcional en caso de relaciones plurilaterales, característica fundamental de una operación sindicada.

En estos supuestos, se multiplican las dificultades para obtener el consentimiento de todos y cada uno de los contratantes -miembros del sindicato, acreditado- para constituir un único procedimiento arbitral con pluralidad de partes y conseguir que el laudo obtenido en una decisión relativa a dos participantes sea extensible al resto.

Aún obtenido el consentimiento global al arbitraje (*multi-party arbitral proceeding*) será muy costoso o complejo llegar a acuerdos relativos a la designación de los árbitros y a las normas de procedimiento¹¹⁶.

31 Dificultades del arbitraje para articular una justicia cautelar efectiva.

¹¹³Vid. A.O. ADEDE, *op. cit.*, pp. 72 y 73.

¹¹⁴Vid. M. CAMDESSUS, *op. cit.*, pp. 177 y 179.

¹¹⁵De su juego combinado puede establecerse un resultado final: el principal, los intereses, las comisiones y los gastos deben ser satisfechos íntegramente, en la moneda pactada y libres de toda carga fiscal.

¹¹⁶Vid. B. HANOTIAU, *Complex -Multicontract Multiparty- Arbitrations*, *A.I.*, Vol. 14, n1 4, 1998, pp. 369 a 394; A. REINER, *Les mesures provisoires et conservatoires et L=Arbitrage international, notamment L=Arbitrage CCI*, en *Journ.Dr.Int.*, 1998, n1 4, pp. 853 a 904; W.W. PARK, *International...*, pp. 97 y ss..

290. Otra de las razones que fundamentan este frontal rechazo de los eurobancos respecto del arbitraje comercial internacional como mecanismo de resolución de controversias radica en los inconvenientes prácticos que limitan la posibilidad de que los jueces ordinarios reconozcan y/o ejecuten medidas cautelares acordadas por un árbitro.

En toda medida cautelar pueden distinguirse dos aspectos: uno declarativo (competencia para acordar la adopción de las medidas) y otro ejecutivo (competencia para practicar la medida concreta adoptada)¹¹⁷. La competencia de los árbitros para adoptar medidas cautelares depende, obviamente, del marco legislativo de referencia; es decir, del llamado estatuto arbitral. En este sentido, si bien algunos ordenamientos reconocen a los árbitros tal competencia (Suiza), en otros no se les concede tal facultad (Italia, Alemania), con lo que los bancos se ven privados de una importante recurso de cara a garantizar la recuperación de su inversión¹¹⁸.

Pero es que, aún admitida la posibilidad de la competencia declarativa de los árbitros, resulta evidente que éstos no tienen el respaldo de un aparato coactivo que les permita imponer sus decisiones sobre el patrimonio o la persona del juzgado, con lo cual, resulta obligado que la ejecución de las medidas sea llevada a cabo por una autoridad judicial estatal. Teóricamente, nada impide, en línea de principios, que un árbitro acuerde una medida cautelar o provisional y recabe la colaboración de las autoridades estatales para su efectiva realización.

En nuestro sistema de D.i.pr. tal cuestión carece de regulación expresa y clara. Si bien la Ley de Arbitraje de 1988 parece excluir dicha posibilidad, puesto que sus arts. 30 a 37 y 53 sólo se refieren a laudos definitivos; los arts. IV y V del Convenio de Nueva York de 1958¹¹⁹ no contemplan el carácter provisional o cautelar de una decisión como motivo de denegación de su reconocimiento y/o ejecución.

En cualquier caso, aún admitiendo teóricamente la posibilidad de que los jueces españoles procediesen a la ejecución de una decisión arbitral extranjera que acordase una medida cautelar, en el plano práctico, surgen grandes obstáculos para que la institución arbitral pueda desarrollar eficazmente su función en este ámbito. La celeridad precisa para que las medidas cautelares o provisionales cumplan su función en el campo financiero internacional se compadece muy mal con el trámite necesario de obtener el *exequatur* del laudo que las acuerde ante el T.S. y el iter procedimental fijado en la L.E.C.¹²⁰.

B. Condicionantes.

291. Pueden venir de la mano del rechazo de algunos prestatarios soberanos a someterse a otra jurisdicción estatal, por razones obvias de conexión entre jurisdicción y soberanía; pruritos que no suelen aducirse frente a la justicia arbitral.

¹¹⁷Vid. F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *op. cit.*, p. 199 y 200.

¹¹⁸Vid. C. VISCO, *op. cit.*, p. 160.

¹¹⁹Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958, *B.O.E.* n.º 164, de 11 de junio de 1977; en adelante, Convenio de Nueva York. Vid. el comentario de E. ARTUCH IRIBERRI al Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz de 12 de junio de 1992, en *R.E.D.I.*, vol. XLVI-1994, n.º 1, pp. 393 a 395.

¹²⁰Vid. F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *op. cit.*, p. 186.

En estos supuestos, son dignas de mención las posibilidades que abren dos instrumentos convencionales suscritos por nuestro país: el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, hecho en Washington el 18 de marzo de 1965¹²¹ y el Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961¹²².

El Convenio de Washington de 1965 sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, que vincula a más de 90 Estados, ofrece una alternativa arbitral no desdeñable para la resolución de conflictos derivados de operaciones financieras internacionales en los que esté involucrada una entidad pública. Empero, el Convenio no define que deba entenderse por inversión, lo cual deja las puertas abiertas a considerar como tal los supuestos típicos de la actividad bancaria tradicional que estamos examinando¹²³.

Por su parte, el artículo II del Convenio europeo de Ginebra, de 1961, contempla específicamente las facultades de las personas morales de derecho público de someterse al arbitraje.

Este instrumento, tal y como fue concebido en el momento de su negociación, representa un complemento al Convenio de Nueva York de 1958, con el cual puede ser aplicado simultáneamente. Complementariedad especialmente necesaria en tanto en cuanto el Convenio de Nueva York no regula expresamente la cuestión de la capacidad de los entes soberanos para suscribir un convenio arbitral; motivo por el cual la mayoría de especialistas concluye que no cabe presumir que el texto de Nueva York obligue a sus Estados contratantes a admitir la validez de tales compromisos.

No obstante, la aludida función complementaria queda muy reducida en razón del ámbito de aplicación estrictamente *inter partes* de dicho instrumento convencional, que cubre un espectro subjetivo, desde el punto de vista de Estados tomadores de capitales en los mercados internacionales, ciertamente limitado.

2. PREFERENCIA POR LA DESIGNACIÓN SUBJETIVA DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL COMPETENTE Y POR UNAS DETERMINADAS ORGANIZACIONES JURISDICCIONALES ESTATALES.

292. Al analizar el clausulado tipo y la estrategia negociadora de las partes se pudo comprobar como la previsión contractual de una sede jurisdiccional ante la cual fijar la resolución de las eventuales controversias constituye una cláusula de obligada inclusión en los contratos de eurocrédito. Varias razones abogan en favor de esta práctica, unas responden a necesidades comunes de las partes y otras son exponentes de intereses particulares de cada contratante.

¹²¹Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, hecho en Washington el 18 de marzo de 1965, *B.O.E.* n.º 219 de 13 de noviembre de 1994.

¹²²Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961, *B.O.E.* n.º 238, de 4 de octubre de 1975, en adelante, Convenio de Ginebra.

¹²³Sobre el citado convenio, *vid.* A.L. CALVO CARAVACA y L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *op. cit.*, pp. 44 y ss.; así como la completa reseña bibliográfica incluida en la nota a pie n.º 1, pp. 44 a 46.

Los contratantes tienen un interés común en reducir, en la medida de lo posible, las incertidumbres derivadas del carácter internacional de sus relaciones. La cláusula de prorrogación expresa de fuero -sobre todo cuando, como es habitual en el eurocrédito, va acompañada de un pacto de ley aplicable¹²⁴- permite conferir a una relación altamente internacionalizada un grado de previsibilidad aceptable.

Sin elección pactada de la sede de resolución de controversias, surgen las complicaciones propias de la determinación objetiva de la misma -p. ej., en materia contractual, alternativa entre domicilio del demandado y lugar del cumplimiento de la obligación litigiosa- y, con ellas, la posterior identificación del Derecho aplicable -a partir de las normas de conflicto del foro- se complica y se dificulta el aquilatamiento de los derechos y obligaciones de las partes y el cálculo de los costes definitivos de la operación. En suma, la falta de certeza acerca de la sede de resolución de controversias genera inseguridad; es decir, expresado en términos económicos, genera riesgos y éstos, en el euromercado, tienen una traducción inmediata en el aumento de los costes de las transacciones: *Agreater risks must be justified by greater returns*¹²⁵.

No obstante este consenso de principio en torno a lo indispensable del pacto atributivo de jurisdicción, ello no significa que la evaluación prospectiva de la sede objetivamente resultante en defecto de elección expresa carezca de interés. Lo tiene y en dos dimensiones distintas. Estratégicamente, dicha evaluación es irrenunciable: nadie se va a empeñar en negociar -intercambiar concesiones- si, finalmente, el resultado de la negociación va a ser el mismo que el que se produciría de no mediar ésta. Preventivamente, el conocimiento exacto de las consecuencias a las que abocaría la imposibilidad de llegar a un acuerdo al respecto resulta capital para sopesar la relación coste-beneficio de la inclusión de la cláusula atributiva de jurisdicción. Sólo una vez realizado el ejercicio de simulación de foro objetivamente competente se puede valorar su idoneidad, pasándolo por el prisma de las necesidades de las partes: previsibilidad acerca de la sede de resolución de controversias, neutralidad e inspiración técnica de las soluciones, eficacia de las eventuales sentencias.

A. Motivaciones.

293. Entre los factores determinantes de la negociación del tribunal o tribunales que serán designados para conocer de cualquier litigio relacionado con una operación eurocrediticia sindicada destacan: el especial conocimiento que el órgano elegido posee en materia de operaciones financieras internacionales (11); la imparcialidad del tribunal designado (21); la correspondencia de la jurisdicción pactada con la ley elegida para regular el contrato (31). La evaluación final, acerca de la inclusión de la cláusula atributiva de jurisdicción, pasa por la confrontación de todos los requisitos antecitados con la posición del tribunal que resultaría competente de no proceder a la determinación subjetiva del mismo (41).

11. El conocimiento específico de la materia por parte del órgano designado.

294. Uno de los rasgos distintivos del eurocrédito sindicado es su complejidad; característica predicable tanto desde la perspectiva económica cuanto desde el punto de vista jurídico, que es el que aquí nos interesa particularmente. Las partes son muy conscientes de la conveniencia de que las eventuales controversias que de estas operaciones puedan surgir sean resueltas por órganos jurisdiccionales especialmente conocedores y sensibles a tales complejidades. Los tribunales correspondientes a los dos principales centros financieros internacionales -Londres y Nueva York- son considerados, en términos generales, como los más idóneos para conocer de un litigio relacionado con las figuras financieras internacionales en torno a las que gira la presente reflexión. Varios argumentos abonan tal aseveración.

En primer lugar, si Londres es la cuna del euromercado, el andamiaje jurídico del eurocrédito se apoya, fundamentalmente, en las prácticas desarrolladas en el mercado financiero doméstico estadounidense. Las entidades financieras londinenses, ligadas desde antiguo al comercio exterior imperial, dominan la protohistoria del euromercado. Después, la consolidación definitiva de éste, en los años setenta, viene de la mano del desembarco masivo de bancos de negocios (*merchant banks*) de Nueva York en la *City*. Las firmas financieras neoyorquinas fueron pioneras en estructurar operaciones sindicadas, debido a la magnitud de las inversiones estructurales a realizar en una economía de la escala de la norteamericana. La impronta de ese origen y de esas prácticas permanece incluso en el lenguaje de los créditos sindicados concluidos en otros mercados domésticos y, por supuesto, en el propio euromercado que, invariablemente, se expresa en inglés.

En segundo término, la tradición jurídica anglosajona se ha mostrado siempre poseedora de una especial sensibilidad

¹²⁴*Vid. supra*, pp. 262 y ss..

¹²⁵*Vid. R. GERSTENHABER, "Freezer Burn: United States Extraterritorial Freeze Orders and the Case for Efficient Risk Allocation", U.P.L.R.*, n1 140, 1992, pp. 2.333 a 2.375.

para responder a los desafíos planteados por la creciente complejidad de los mercados financieros internacionales. Ambas jurisdicciones hacen gala de un exquisito respeto por la voluntad contractualmente expresada, cuando la relación se entabla entre sujetos altamente sofisticados y a los que se presupone una igualdad de poder negociador. Respeto que es vital en el marco financiero internacional, en el que las partes procuran fijar con toda precisión el alcance de sus derechos y obligaciones. Se trata, en suma, de jurisdicciones orientadas hacia el respeto de las prácticas financieras internacionales o, lo que es lo mismo, hacia la regulación autónoma material de las operaciones.

En tercer lugar, tanto los tribunales ingleses cuanto los neoyorquinos están auxiliados por un sistema procesal flexible y expeditivo que permite la pronta satisfacción de los intereses de los litigantes. Aunque la vía judicial siempre es contemplada en el mundo financiero internacional como la última solución posible, no hay que despreciar, a efectos de una eventual renegociación de los términos de la relación, la fuerza que confiere al agraviado el saberse respaldado por un poder sancionador que puede actuar eficazmente y sin dilaciones.

Por todos los factores anteriormente citados, las partes suelen someterse a los tribunales ingleses o a los del Estado de Nueva York para dirimir sus eventuales diferencias. Dentro de dichas organizaciones judiciales, obviamente, no todos los órganos que las integran poseen el grado de conocimiento y familiaridad necesario para tratar con las complejidades propias de los mercados financieros internacionales. Cualquiera que haya visitado el *South Bronx* o *Brixton* sabe a lo que me refiero. Por tanto, con casi total seguridad, al hablar de sumisión a las citadas jurisdicciones se está haciendo referencia a la Sala de lo Mercantil (*Commercial Court*) del Tribunal Superior de Justicia (*High Court of Justice of England*) y al *Southern District Court of New York*, especialmente a su Segundo Circuito (*Second Circuit*).

295. Este aparente oligopolio anglosajón, no obstante, debe ser situado en su justo término. Como ya se adelantó y posteriormente se estudiará con mayor detalle¹²⁶, la cláusula estándar de prorrogación de fuero en los eurocréditos posee como notable peculiaridad su carácter no exclusivo. Por tanto, la predilección por las jurisdicciones inglesa o neoyorquina debe ser entendida en clave de primera opción. Consecuentemente, el recurso a ese especial tipo de cláusula multiplica notablemente las posibilidades de que otras organizaciones judiciales resulten competentes. Entre ellas, no cabe descartar, sino todo lo contrario, a la española, dada la activa presencia tanto de acreditados cuanto de acreditantes establecidos en nuestro país en los mercados financieros internacionales.

21. La imparcialidad del órgano jurisdiccional elegido.

296. Las entidades financieras internacionales y sus clientes suelen cruzarse mutuas y agrias acusaciones respecto de la innata parcialidad de los tribunales de sus respectivas nacionalidades, al tiempo que argumentan en torno a la conveniencia de encontrar un foro neutral.

Por parte de las instituciones financieras se pone de manifiesto el riesgo que supone litigar en el país del acreditado, especialmente cuando éste es una entidad soberana estatal o instrumental. La participación de los entes públicos en un eurocrédito sindicado implica la aparición de un riesgo específico, el llamado riesgo soberano. 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; la posibilidad de 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, aspecto este último ya desarrollado en otras páginas del presente trabajo¹²⁷.

Desde la otra perspectiva, la de los entes públicos y empresas privadas que acuden al euromercado en busca de financiación, también se manifiestan ciertos reparos a la práctica general de sometimiento a los tribunales impuestos por los acreditantes. Las objeciones que los acreditados privados suelen plantear respecto de su sometimiento a la jurisdicción del Estado de los acreditantes se reducen habitualmente a denunciar el presunto nacionalismo de tales tribunales. Por parte del acreditado soberano se hace referencia, además, al desprestigio implícito que para su propia organización jurisdiccional supone la sumisión del Estado o de sus entidades subordinadas a una jurisdicción extranjera.

297. Para situar la reflexión en el campo de lo jurídico y superar argumentaciones de carácter más apasionado que razonable, es preciso distinguir dos dimensiones en la noción de neutralidad: política y procesal.

Se habla de carencia de neutralidad política para denunciar la tendencia de ciertas jurisdicciones a proteger los intereses de sus nacionales o de las empresas establecidas en su jurisdicción con prioridad sobre la imparcialidad a la hora de impartir justicia. En realidad, el elegir un foro neutral, en el sentido de ajeno o tercero respecto de la nacionalidad o domicilio de las partes, tampoco garantiza la imparcialidad de la decisión. Lo que realmente asegura la neutralidad del juzgador, es decir, la certeza de que sus decisiones no se verán afectadas por factores nacionalistas, tiene más que ver con su orientación comercial, con la sensibilidad que su comportamiento tradicional manifiesta hacia el respeto de las prácticas del mercado, que con la equidistancia geográfica. En este sentido, el prestigio del *English Commercial Court* es muy superior al de sus homólogos

¹²⁶ *Vid. infra*, pp. 220 y ss..

¹²⁷ *Vid. supra*, pp. 133 a 143.

neoyorquinos, dada la subordinación de éstos al ejecutivo federal -*Act of State Doctrine*- en todas aquellas materias en las que se vea implicado un acreditado soberano, supuesto, por lo demás, fácilmente verificable en el campo financiero internacional¹²⁸.

¹²⁸Vid. W.W. PARK, *International...*, *op.cit.*, pp. 18 y 19, 159 y ss., PH. WOOD, *op. cit.*, p. 58.

La falta de neutralidad procesal es equivalente a lo que, siguiendo a M. VIRGÓS y F. GARCIMARTÍN¹²⁹, podemos denominar como coste procesal de internacionalidad; es decir, aquél derivado de tener que litigar en un idioma y de acuerdo con prácticas procesales que no son las propias. Descartada la justicia arbitral, la imparcialidad procesal es consustancial a la fragmentación del mundo en organizaciones estatales independientes que, a falta de una utópica jurisdicción universal, son las únicas que pueden aportar una solución a las controversias derivadas de las relaciones privadas internacionales. Consecuentemente, poco cabe decir al respecto, al menos en este tiempo histórico.

31. Coincidencia entre tribunal elegido y derecho aplicable.

298. Aunque, en principio, nada obsta a que el tribunal designado por las partes resuelva de acuerdo con un Derecho que no es el propio, existen varias razones que impulsan a los contratantes en un eurocrédito sindicado a hacer coincidir *forum* y *ius*¹³⁰.

En primer lugar, si uno de los factores más considerados para atribuir competencia al tribunal elegido radica en el especial conocimiento que éste posee acerca de las operaciones financieras internacionales, naturalmente ello será, en no poca medida, consecuencia de la sofisticación e idoneidad de su ordenamiento jurídico. Por consiguiente, es lógico que a la designación contractual de los tribunales ingleses o del Estado de Nueva York se corresponda la elección de la ley inglesa o del derecho del referido Estado de la unión norteamericana para regular el contrato en el que se inserta el pacto de prorrogación de fuero.

En segundo término, la coincidencia entre *forum* y *ius* garantiza que el tribunal elegido opera en el ámbito jurídico que le es natural, el que mejor conoce. Ello es fuente de ahorro tanto desde una perspectiva puramente económica cuanto desde un punto de vista procesal, aligerando a las partes de la carga de probar el contenido, vigencia e interpretación del Derecho extranjero alegado y al juzgador de la tarea de familiarizarse con él.

En tercer lugar, la identidad entre tribunal competente y ley aplicable optimiza el grado de previsibilidad alcanzable en una relación tan altamente internacionalizada. Con ella se eliminan los subterfugios, más o menos evidentes, y los variados mecanismos de huida, supuestamente legales, a los que ciertos tribunales recurren para eludir las consecuencias de la aplicación del método conflictual, cuando su resultado es la remisión a un derecho extranjero. Manifestaciones, en última instancia, de la no siempre disimulada *homeward trend* de ciertas organizaciones jurisdiccionales estatales¹³¹.

¹²⁹ Vid. M. VIRGÓS SORIANO y F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "El Convenio de Bruselas y las propuestas para su reforma: una crítica radical. Arts. 5.1.I, 21, 24 y 27.2", en A. BORRÁS RODRÍGUEZ (ed.), *Revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales: una reflexión preliminar española. Seminario celebrado en Tarragona, 30-31 de marzo de 1997*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 1998, pp. 77 a 135, esp., pp. 84 y 85.

¹³⁰ Sobre este particular *vid.*, J.D. GONZÁLEZ CAMPOS: "Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé", *R. des C.*, t., 156 (1977-II), pp. 236-376.

¹³¹ *Vid.*, sobre esta cuestión, J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, pp. 367 y ss.; A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 403 y ss..

41 Evaluación prospectiva de la jurisdicción objetivamente competente.

299. La evaluación prospectiva de la sede objetivamente competente presenta un evidente interés, desde una doble perspectiva. Primera, la derivada de confrontar las características del órgano que resultaría legalmente llamado a resolver con el prototipo buscado por las partes. Segunda, la resultante de evaluar las consecuencias que se siguen del hecho de no poder o no querer alcanzar un acuerdo acerca de la prorrogación expresa de fuero. Desde ambas, las variables que se abren ante las partes son múltiples.

En primer lugar, habrá que evaluar la posibilidad de plantear la demanda dentro del llamado Aespacio judicial integrado europeo occidental¹³² -territorios de los Estados miembros de la U.E. y de la A.E.L.C.- o fuera de él. Obviamente, esta última elección llevaría al análisis de todos los sistemas de competencia judicial internacional hipotéticamente involucrados en un eurocrédito sindicado, tarea difícilmente abordable dentro de los límites de una investigación que centra el enfoque en el sistema español de D.i.pr..

En segundo término, supuesta la interposición de una demanda relativa a una operación eurocrediticia dentro del espacio judicial integrado europeo occidental, los instrumentos que regulan la competencia en el orden internacional de las jurisdicciones en él integradas -Convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988¹³³- establecen una clara división entre aquellos supuestos en los que el demandado está domiciliado en territorio convencional (a.) y aquellos otros en los que tal circunstancia no se produce (b.).

a. Demandado domiciliado en el espacio judicial integrado europeo occidental.

300. En el caso de que el demandado esté domiciliado en territorio de un Estado contratante de los Convenios de Bruselas o Lugano, la evaluación prospectiva de la sede de resolución de controversias debe barajar dos opciones fundamentales. Primera posibilidad: demandar ante los tribunales del Estado en el cual el demandado está domiciliado (i). Segunda posibilidad: optar por interponer la reclamación ante alguno de los foros especiales por razón de la materia establecidos en el art. 5 de ambos Convenios (ii) o ante alguna de las jurisdicciones competentes en virtud de las denominadas Acompetencias particulares o derivadas¹³⁴ del art. 6 de ambos instrumentos (iii).

¹³²Vid. J.L. IGLESIAS BUHIGUES y M. DESANTES REAL, "Competencia judicial y ejecución de sentencias en Europa", e *El Derecho Comunitario Europeo y su aplicación judicial*, Madrid, Civitas, 1993, pp. 1.047 a 1.166.

¹³³El paralelismo existente entre ambos textos permite realizar un tratamiento conjunto de los problemas de competencia judicial internacional dentro del denominado Aespacio judicial integrado europeo occidental¹³², sin desconocer la posibilidad de que surjan eventuales divergencia en las soluciones jurisprudenciales que tienen como referente uno u otro instrumento. Posibilidad que, como ya advertimos en las pp. 143 y ss., no ha sido eliminada por el *Protocolo número 2, relativo a la interpretación uniforme del Convenio*, adjunto al Convenio de Lugano. Vid. J.L. IGLESIAS BUHIGUES y M. DESANTES REAL, "Competencia...¹³², *op. cit.*, pp. 1.057 a 1.059.

i. Posibilidad de demandar en el foro general del domicilio del demandado.

301. Al analizar anteriormente los elementos implícitos en las cláusulas de prorrogación de fuero habitualmente incluidas en los eurocréditos sindicados se pudo comprobar como éstas parten siempre del incumplimiento por parte del acreditado como supuesto de base¹³⁴. Con los matices allí señalados, el mismo punto de vista será el adoptado en las líneas que siguen, destinadas a comprobar como la prospección de la sede objetivamente competente es uno de los factores que los bancos transnacionales, especialmente, tienen en mente a la hora de la previsión contractual de un mecanismo de resolución de eventuales controversias.

A falta de pacto expreso atributivo de jurisdicción -y excluidas las posibilidades de concurrencia de competencias exclusivas del art. 16, prorrogación tácita del art. 18 y fueros de protección de los arts. 13 a 15 de los Convenios de Bruselas y Lugano, que serán analizados en otras secciones del presente apartado¹³⁵- el criterio que atribuye competencia a los tribunales del domicilio del demandado, *ex art. 2* de los Convenios de Bruselas y Lugano, plantea dos dificultades principales, que justifican la habitual derogación de tal foro general por medio del recurso a la autonomía de la voluntad: la falta de neutralidad de la jurisdicción resultante y la llamada genérica que el art. 2 realiza a todos los órganos en ella integrados.

302. En primer lugar, el recurso al foro general situaría a las entidades acreditantes en la nada cómoda situación de tener que litigar en casa de su contraparte: desconocimiento del idioma y de las prácticas y normas procesales, aumento de los costes de información, etc.. Como se explicó en su momento, uno de los principales objetivos que los acreditantes persiguen con la inclusión de la cláusula de elección de tribunales competentes es aislar al acreditado respecto del plus de protección que -tanto en términos procesales cuanto políticos- implica que el eventual litigio sea resuelto por la jurisdicción en la cual este último está domiciliado¹³⁶.

En segundo lugar, el art. 2 conduce a la designación de la jurisdicción competente en términos genéricos: tribunales españoles, suizos, ingleses, etc.. A partir de ahí, es a las normas de reparto territorial de la organización jurisdiccional concernida a quienes corresponde designar el órgano concreto ante el cual residenciar la reclamación. Al margen de las dificultades que ello implica, en términos de previsibilidad, esta llamada indiscriminada presenta el problema de que el conocimiento de un asunto de gran complejidad, como todos los relativos a las relaciones financieras internacionales, puede ser atribuido a un juez o tribunal ordinario que no tiene por qué poseer la sensibilidad y los conocimientos específicos precisos para resolver adecuadamente; cuestión cuyo estudio ya se abordó con anterioridad¹³⁷.

A dichas dificultades se añade otro factor nada despreciable: la ventaja principal que, para el actor, supone plantear la reclamación en el domicilio del demandado -*sic*. la facilidad de ejecución- no es tal en las relaciones eurocrediticias, debido a una razón de índole jurídica y genérica y a otra específica de los mercados financieros internacionales. Por una parte, en un espacio judicial como el europeo occidental, en el que las resoluciones provenientes de un tribunal de un Estado contratante son ejecutadas, en otro Estado contratante, cuasi-automáticamente, la aludida ventaja no posee el peso específico que puede tener en otras situaciones¹³⁸. Por otra, la facilidad con que actualmente pueden moverse los capitales a través de las fronteras nacionales hace que no siempre coincidan domicilio del acreditado y lugar de posesión de sus activos principales.

303. Finalmente, es preciso dejar constancia del proceso de modificación en que están inmersos los Convenios de Bruselas y Lugano. Las causas a las que obedece la anunciada revisión son varias y complejas -entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, problemas de aplicación práctica de los Convenios, necesaria modernización de algunas de sus disposiciones, coordinación con las disposiciones del Convenio de Roma- y no es esta la sede apropiada para su tratamiento¹³⁹. No obstante, una referencia a las perspectivas de futuro inminente que dicho proceso implica para la resolución de controversias relativas al eurocrédito sindicado se hace inevitable y se procurará cerrar cada uno de los epígrafes con unas breves reflexiones al respecto.

La idea de revisión parte de la delegación alemana, en el seno de la tercera reunión del Comité permanente del Convenio de Lugano, celebrada en septiembre de 1996, y el proceso no ha concluido, por el momento, con la adopción de ningún texto jurídico-positivo. Sin embargo, tras ser puestas en conocimiento de la U.E. las conclusiones del mencionado Comité, el 22 de diciembre de 1997, la Comisión presentó la Propuesta de Acto del Consejo por el que se establece el Convenio relativo a la competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en los países miembros de la Unión Europea¹⁴⁰.

¹³⁴*Vid. supra*, pp. 175 y ss..

¹³⁵*Vid. infra*, pp. 216 y ss.

¹³⁶*Vid. supra*, pp. 184 y ss..

¹³⁷*Vid. supra*, pp. 163 y 164.

¹³⁸*Vid. J.L. IGLESIAS BUHIGUES y M. DESANTES REAL, op. cit.*, pp. 1.102-1.117.

¹³⁹Un completo estudio doctrinal de este proceso puede consultarse en A. BORRÁS RODRÍGUEZ (ed.), *Revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales: una reflexión preliminar española. Seminario celebrado en Tarragona, 30-31 de marzo de 1997*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 1998.

¹⁴⁰Propuesta de Acto del Consejo por el que se establece el Convenio relativo a la competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en los países miembros de la Unión Europea®, presentada por la Comisión el 22 de diciembre de 1997, *D.O.C.E. C 33*, de 31 de enero de 1998, pp. 20 a 36. En adelante, Propuesta de la Comisión.

La entrada en vigor del Tratado de Amsterdam de 2 de octubre de 1997 supondrá un cambio de perspectiva notable en la labor de las Comunidades en el ámbito del D.i.pr. y en el proceso de revisión del Convenio de Bruselas¹⁴¹. Por primera vez se incluye en el texto de los Tratados Constitutivos (TCE) una referencia expresa a las normas..., sobre conflictos de leyes y de jurisdicción (art. 65 del TCE). La nueva posibilidad que el Tratado de Amsterdam abre es la llamada Acomunitarización de dichas normas, con lo que ello implica en materia de reservas a los Convenios o de interpretación por parte del TJCE, sin necesidad de recurrir a la firma de Protocolos anexos¹⁴². Fruto de este nuevo tratamiento es la APropuesta de Reglamento (CE) del Consejo relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil¹⁴³. Documento que, junto con la Propuesta de la Comisión y algunas aportaciones doctrinales notables, como la del denominado AGrupo Europeo de Derecho internacional privado, servirá de referencia básica para las reflexiones apuntadas¹⁴⁴.

304. Por lo que al art. 2 de ambos Convenios respecta, el proceso de revisión parecía abocado a concluir con la sustitución de la noción de Adomicilio por la de Aresidencia habitual, como criterio atributivo de jurisdicción independiente de la materia litigiosa¹⁴⁵. Referir el foro general a la residencia habitual -noción profusamente utilizada por la Conferencia de La Haya de D.i.pr.- permitiría solucionar las dificultades planteadas por la disparidad de sentidos que el domicilio posee en los distintos derechos de los Estados contratantes¹⁴⁶. Conocidas son, especialmente, las particularidades del Derecho anglosajón en este campo, cuyos presupuestos tuvieron que ser modificados, para acercarlos a los continentales, con motivo de la adhesión del Reino Unido

¹⁴¹ Vid. P.A. DE MIGUEL ASENSIO, *AEI Tratado...*, *op cit.*, pp. 1 a 3.

¹⁴² Vid. M0.J. LUNAS DÍEZ, *AEI principio de primacía comunitario y el Derecho Internacional Privado*, *R.D.C.E.*, n14, julio-diciembre de 1998.

¹⁴³ Documento 599PC0348, obtenido en http://europa.eu.int/eur-lex/es/com/dat/1999/es_599PC0348.html, visitado el 21 de marzo de 2000. En adelante Propuesta de Reglamento.

¹⁴⁴ Vid. las conclusiones de este grupo de expertos en Doc. UE núm. 7430/97 del Consejo, Justciv 32, de 17 de abril de 1997.

¹⁴⁵ Vid. A. BORRÁS RODRÍGUEZ, *Ala revisión de los Convenios de Bruselas y Lugano: una reflexión preliminar española*, en A. BORRÁS RODRÍGUEZ (edit.), *Revisión...*, *op. cit.*, pp. 11 a 27, esp., p. 21.

¹⁴⁶ Vid. el comentario de I. GUARDANS CAMBÓ al art. 2 del Convenio de Bruselas en, A.L. CALVO CARAVACA (edit.), *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. 61 a 67.

al Convenio de Bruselas¹⁴⁷.

Ahora bien, si esta y otras ventajas de la anunciada sustitución resultan, con carácter general, innegables, es preciso señalar que, en la contratación financiera internacional, la utilización de la residencia habitual plantearía ciertas dificultades. Como es obvio, dicha categoría -de naturaleza evidentemente fáctica- no resulta operativa respecto de las personas morales, cuya localización espacial implica el recurso a nociones jurídicas. A este respecto, una elemental consulta al plano del Derecho comparado permite constatar las divergencias existentes entre los ordenamientos de los Estados contratantes de ambos Convenios. La búsqueda de una solución única o aceptable, que supere dicho fraccionamiento, no parece sencilla y, en un ámbito como el eurocredito, cuya escena está prácticamente vedada a las personas físicas, ello no deja de suscitar inconvenientes.

Por eso, parece oportuno saludar positivamente el que la Propuesta de Reglamento mantenga el art. 2 del Convenio tal y como lo conocemos, es decir, estableciendo como foro general el domicilio del demandado¹⁴⁸. Y ello a pesar de que la Propuesta de la Comisión incluía un segundo apartado en el mencionado art. 2, que permitiría, en cierta medida, sortear tales dificultades: AA efectos de aplicación del presente Convenio, el lugar de la administración central de las sociedades y demás personas jurídicas o, en su defecto, su sede estatutaria, se asimilará a la residencia habitual de las personas físicas¹⁴⁹.

305. Como consideración final, puede afirmarse que -al menos desde la perspectiva acreditante- la posibilidad de tener que plantear la demanda en el domicilio -o administración central o sede estatutaria- del acreditado es una de las circunstancias que aconsejan llegar a un acuerdo acerca de una sede de resolución de controversias. Falta de neutralidad e indeterminación relativa al concreto órgano juzgador llamado a resolver, dentro del organigrama de la jurisdicción genéricamente competente, señalada por el art. 2 de los Convenios de Bruselas y Lugano son factores que refrendan la afirmación anterior.

¹⁴⁷ Vid. una explicación exhaustiva de las modificaciones necesarias en el Informe del Profesor P. SCHLOSSER sobre el *Convenio relativo a la adhesión de Dinamarca, Irlanda y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte al Convenio relativo a la competencia judicial internacional y a la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil*, así como al *Protocolo relativo a su interpretación por el Tribunal de Justicia*, firmado en Luxemburgo el 9 de octubre de 1978 (*Informe SCHLOSSER*), en *D.O.C.E.* n1. C 189, de 28 de julio de 1990, pp. 184 a 256.

¹⁴⁸ La Propuesta de Reglamento incorpora dos nuevos apartados al art. 2. El apartado tercero tiene como objetivo garantizar una mayor transparencia del texto, remitiendo al art. 57 para la definición autónoma de la noción de domicilio de las personas jurídicas. El apartado cuarto procura aclarar el concepto de "Estado miembro" como el Estado miembro sujeto al futuro Reglamento. Como el art. 4 de la Propuesta de Reglamento indica, aunque sus normas no serán, en principio, de aplicación ni a Dinamarca, ni al Reino Unido ni a Irlanda, se trata de Estados miembros cuya situación no puede asimilarse a la de terceros países. Consecuentemente, si el demandado estuviere domiciliado en el territorio de un Estado miembro no sujeto al presente Reglamento, la competencia judicial se regirá por el Convenio de Bruselas en su versión en vigor en este Estado miembro.

¹⁴⁹ Vid. el art. 2 de la Propuesta, *doc. cit.*, p. 21.

Invirtiendo los términos de la demanda prototípica, es decir, suponiendo que sea el acreditado el que interpusiese una reclamación contra uno o más bancos, tampoco parece que sea muy halagüeña la perspectiva de pleitear en el terreno -al menos *a priori*- más favorable al otro contendiente. En el supuesto de que la demanda se interpusiese contra una sola entidad financiera, subsisten para el acreditado, al igual que para los acreditantes, las cuestiones de la indeterminación del tribunal concreto y de la falta de neutralidad en el sentido ya analizado. En el caso de que la demanda se dirigiese contra más de un banco, se abrirían, prospectivamente, las posibilidades que ofrece el apartado 1 del art. 6 de ambos Convenios, a tenor del cual, las personas domiciliadas en territorio convencional podrán también ser demandadas, si hubiere varios demandados, ante el tribunal del domicilio de cualquiera de ellos. Precepto muy criticado por la doctrina internacional-privatista¹⁵⁰ y que añade complejidades a la cuestión que estamos examinando; complicaciones que constituyen un argumento más en favor de la determinación subjetiva de la sede de resolución de controversias.

Con estos presupuestos, la alternativa posible a la cláusula de prorrogación de fuero pasa, indefectiblemente, por el examen de las consecuencias del planteamiento de las reclamaciones en alguno de los fueros materiales especiales establecidos en el art. 5 de los Convenios de Bruselas y Lugano. De ello nos ocuparemos a continuación, para cerrar con el examen de un supuesto específico, de cierta trascendencia en la contratación financiera internacional, cual es el de los efectos de la compensación de deudas sobre la competencia judicial internacional.

ii. Posibilidad de demandar en los foros especiales materiales del art. 5 y 6 de los Convenios de Bruselas y Lugano.

306. En principio, el complejo entramado relacional a que da lugar la celebración del contrato de eurocrédito sindicado, puede dar lugar a demandas judiciales que traigan su causa tanto del propio contrato (ii.i) cuanto de la obligación de reparar un daño derivado de un hecho distinto de la inejecución o ejecución defectuosa de una obligación contractual (ii.iii). La discriminación de supuestos incardinables en una u otra sede pasa por el análisis de la denominada responsabilidad precontractual, categoría de difícil encaje y fuente de eventuales controversias (ii.ii).

ii.i. Reclamaciones en materia contractual.

307. El apartado 1 del art. 5 de los Convenios de Bruselas y Lugano proporciona un foro de ataque al actor (*forum executionis*) que cuenta, así, con la posibilidad de evitar tener que litigar en el foro del demandado, establecido, como criterio general, en el art. 2 de ambos Convenios. Para evaluar prospectivamente las consecuencias a las que conduce la aplicación del *forum executionis*, las partes deben observar el siguiente *iter* lógico: primero, comprobar que estamos ante materia contractual; segundo, identificar la obligación litigiosa; tercero, precisar el lugar de ejecución de dicha obligación.

308. El primer aspecto no es el más conflictivo en el campo eurocrediticio debido, sobre todo, a la actividad cautelar de los propios contratante. La complejidad del contrato que venimos denominando eurocrédito sindicado obliga a fijar claramente en el clausulado qué se haya de entender como incumplimiento del mismo. De lo contrario, las disputas sobre la existencia del propio incumplimiento se harían interminables y es preciso tener presente que, en la mayoría de las jurisdicciones involucradas en estas

¹⁵⁰Al menos cuatro aspectos principales resultan criticables en el art. 6.1: a) la vaguedad en la que viene redactado el supuesto de hecho de la norma, b) la defectuosa traducción al español de la versión francesa original, c) su falta de coordinación con nuestro ordenamiento jurídico procesal, d) las excesivas prerrogativas que ofrece al actor el criterio de competencia o conexión establecido (domicilio de uno de los demandados a elección del demandante). Dos opciones se presentan frente a tales disfuncionalidades: a) la sustitución del foro del art. 6.1 por una regulación general de la conexidad, b) una opción menos radical, que pasa por el mantenimiento del precepto, al que habría que añadir claridad en su supuesto de hecho y unos requisitos de admisibilidad estrictos que restrinjan su aplicación a aquellos supuestos en los que los co-demandados estén vinculados por vínculos solidarios o mancomunados (tal y como ocurriría entre los participantes en un sindicato bancario internacional en el campo eurocrediticio). Vid. A. QUIÑONES ESCAMEZ, *El foro de la pluralidad de demandados en los litigios internacionales*, Madrid, Eurolex, 1996; J. KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht Kommentar zu EuGVÜ und Lugano-Übereinkommen*, 40 ed., Heidelberg, 1993, pp. 120 y ss..

operaciones, tal cuestión requeriría un pronunciamiento judicial previo a la reclamación de la deuda propiamente dicha.

Habida cuenta de la talla de las entidades participantes, el incumplimiento voluntario u ordinario de las obligaciones de los acreditantes no es una hipótesis frecuente en el euromercado¹⁵¹. Perspectiva que se traslada al contrato, en el cual no se menciona para nada la posibilidad de que un banco incumpla sus compromisos, mientras que los eventuales incumplimientos del acreditado suelen estar previstos de una forma detallada y minuciosa: son los *events of default*¹⁵².

¹⁵¹Distinto es el caso, ya avanzado al tratar de las obligaciones de los acreditantes, de imposibilidad de cumplimiento por "desecamiento" del euromercado -cuyos efectos están contractualmente previstos en las cláusulas de desastre (*euromarket disaster clause*), de divisa alternativa (*alternative currency clause*) y de fijación alternativa del tipo de interés (*alternative interest rate clause*)- o por imposibilidad jurídica sobrevenida (*supervening illegality clause*). *Vid. supra*, pp. 87 y 88.

¹⁵²En el lenguaje financiero internacional, la expresión *event of default* o *technical default* implica la construcción de un complejo sistema de cautelas protectoras de la posición acreedora de los bancos, cuyo quebrantamiento es configurado como causa de vencimiento anticipado de las obligaciones del acreditado. Cualquier desviación de la conducta de este último respecto de la pactada en el contrato se entenderá como incumplimiento de sus obligaciones, habilitando a los acreditantes para ejercitar las acciones legales o tomar las medidas que estimen pertinentes: compensación de la deuda con los haberes del acreditado que existan en su poder; ejecución de las garantías, si existen; amortización anticipada del crédito; cancelación de las aportaciones pendientes y renegociación; etc.. *Vid.* R.G.A. YOUARD, @Default@, en D.G. PIERCE y otros, *Current Issues...*, *op. cit.*, pp. 278 a 290.

Dentro de los supuestos tipificados como *events of default* suele distinguirse entre aquellos derivados de las obligaciones financieras del acreditado (*automatic defaults*)¹⁵³ y aquellos otros que tienen su causa en las denominadas obligaciones formales o de aseguramiento (*technical defaults*)¹⁵⁴. La principal diferencia entre unos y otros supuestos radica en que los *automatic defaults* acarrearán automáticamente la declaración de incumplimiento, mientras que los llamados incumplimientos técnicos (*technical defaults*) son susceptibles de subsanación dentro de un período de gracia¹⁵⁵.

Este amplio elenco de supuestos puede dar lugar a una gran variedad de hipotéticas reclamaciones fundamentadas en las relaciones eurocrediticias que encajarían, sin mayores dificultades, en la categoría *Amateria contractual*¹⁵⁶ que constituye el supuesto de hecho del *forum executionis*: acciones de cumplimiento, de exoneración de responsabilidad, indemnizaciones por incumplimiento contractual, indemnizaciones por resolución abusiva de contrato, restitución por nulidad o inexistencia contractual, acciones relativas a la validez, nulidad o inexistencia del contrato¹⁵⁷.

309. Calificada la materia como contractual, los fundamentos procesales -principios de proximidad y eficacia- y materiales -conexión con el derecho subjetivo del actor- del *forum executionis* justifican que sólo se tenga en cuenta, para su aplicación, la obligación que sirve de base a la demanda¹⁵⁸.

Ahora bien, este aislamiento de la obligación litigiosa podría conducir a una contraproducente multiplicación de foros, ante reclamaciones por incumplimiento de diferentes obligaciones que traen su causa de un mismo contrato. El TJCE ha recurrido a diversos criterios para mitigar las consecuencias negativas de dicho fenómeno: si hay varias obligaciones autónomas derivadas directamente de la relación contractual, se aplica el principio de separabilidad y sólo se toma en consideración aquella que se debe cumplir en el territorio del tribunal ante el cual se plantea la demanda; por contra, cuando unas obligaciones aparecen como principales y otras subordinadas, rige el principio de que lo secundario sigue a lo principal¹⁵⁹.

A la luz de dicha doctrina jurisprudencial, la identificación del *locus executionis* no resulta especialmente dificultosa en el campo eurocrediticio. No cabe duda de que las demandas fundamentadas en el incumplimiento de las obligaciones financieras del acreditado -devolución del capital, pago de los intereses, comisiones y gastos- priman, a efectos de identificar la obligación litigiosa, sobre el incumplimiento de otros compromisos contractualmente adquiridos, tales como los referidos a la veracidad, exactitud o complitud de la información aportada sobre sus *ratios* financieros.

Por lo que respecta a determinadas obligaciones de abstención -como las establecidas en la *pari passu covenant* o en la *negative pledge covenant*- o las referidas al control de la actividad financiera del acreditado¹⁶⁰, hay que pensar que la contravención de tales obligaciones no serán motivo principal de reclamación sino que constituirán tan sólo un simple reflejo de

¹⁵³ Así, en principio, cualquier irregularidad o retraso en el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias concede a los bancos la posibilidad de declarar la existencia de un supuesto de los que dan derecho a acelerar la amortización del crédito. Para atenuar el excesivo rigor de los efectos automáticos de estos supuestos, el contrato suele especificar taxativamente los casos en que cabrá otorgar un período de gracia muy breve: dificultades temporales de tesorería, errores de administración, fallos en la red bancaria internacional de telecomunicaciones, etc.. De todos modos, resulta evidente que si la incapacidad del acreditado para cumplir en tiempo y forma es debida a razones económicas de fondo, es muy difícil que, en el breve plazo de quince o veinte días, pueda remediar la situación de insolvencia. Además, se corre el peligro de que, en el transcurso del período de gracia, otros acreedores traben embargo contra los bienes del acreditado. Si éste no remedia el incumplimiento, los bancos participantes en el sindicato se encontrarán con la única alternativa de acelerar el eurocrédito, para encontrarse, finalmente, con que los activos del acreditado ya no garantizan su inversión, sino que deben concurrir con otros acreedores. *Vid.* G.A. PENN, *op. cit.*, p. 174; PH. WOOD, *Law and Practice...*, *op. cit.*, p. 165.

¹⁵⁴ Básicamente, existen dos tipos de supuestos. Unos, referidos a la obtención de información relativa a la situación patrimonial y jurídica del acreditado, que pretenden una exacta evaluación de su solvencia: informes contables internos y auditorías externas, certificados de las autoridades fiscales, etc.. Otros intentan establecer los mecanismos de protección adecuados para reducir al mínimo los riesgos derivados del deterioro de la situación financiera del acreditado, tal y como fue considerada a la hora de conceder la facilidad crediticia. *Vid.* A. MAZZONI, "Les clauses d'exigibilité anticipée et de paiement tardif", en *Les euro-crédits: expériences...*, *op. cit.*, pp. 153 y ss..

¹⁵⁵ *Vid.* J.P. MATTOU, *op. cit.*, pp. 217; R.C. TENNEKON, *op. cit.*, pp. 98 y 99; PH. WOOD, *op. cit.*, p. 164.

¹⁵⁶ Conforme a su proceder habitual, el TJCE no ha ofrecido una definición general y abstracta de la noción *Amateria contractual* sino que se ha limitado a afirmar que la misma debe ser objeto de una interpretación autónoma y estricta, referida principalmente al sistema y a los objetivos convencionales. *Vid.* STJCE de 6 de octubre de 1976, asunto 14/76, *De Bloos c. Bouyer*, *Rec.* 1976, pp. 1.497 a 1.520; STJCE de 17 de enero de 1980, asunto 56/79, *Zelger c. Salitrini I*, *Rec.* 1980, pp. 89 a 102; STJCE de 4 de marzo de 1982, asunto 38/81, *Effer c. Kautner*, *Rec.* 1982, pp. 825 a 840; STJCE de 22 de marzo de 1983, asunto 34/82, *Peters c. Zuid Nederlandse*, *Rec.* 1983, pp. 987 a 1.012; STJCE de 8 de marzo de 1987, asunto 9/87, *Arcado c. Haviland*, *Rec.* 1988, pp. 1.539 a 1.556; STJCE de 27 de septiembre de 1988, asunto 189/87, *Kalfelis c. Schröder*, *Rec.* 1988, pp. 5.565 a 5.588; STJCE de 17 de junio de 1992, asunto 26/91, *Jakob Handte/Mecano-Chimiques (TMCS)*, *Rec.* I-1992, pp. 3.967 a 3.996.

¹⁵⁷ STJCE de 4 de marzo de 1982, asunto 38/81, *Effer/Kautner*, *Rec.* 1982, pp. 825 a 840.

¹⁵⁸ *Vid.* el comentario de J. CARRASCOSA GONZÁLEZ al apartado 1 del art. 5 del Convenio de Bruselas, en A.L. CALVO CARAVACA (edit.), *Comentario...*, *op. cit.*, pp. 77 a 101, esp., pp. 87 y ss.; M. VIRGÓS SORIANO y F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Al Convenio de Bruselas y las propuestas para su reforma: una crítica radical*. Arts. 5.1.I, 21, 24 y 27.2", pp. 77 a 135; en A. BORRÁS RODRÍGUEZ (edit.), *Revisión...*, *op. cit.*, pp. 77 a 135, esp., pp. 86, 87 y 90.

¹⁵⁹ STJCE de 15 de enero de 1987, asunto 266/85, *H. Shevanai c. K. Kreischer*, *Rec.* 1987, pp. 239 a 258.

¹⁶⁰ *Vid. supra*, pp. 122 a 124.

la incapacidad del acreditado para cumplir sus compromisos. En caso contrario, es decir, cuando el defecto sea simplemente técnico, lo más frecuente es que el mismo sea dispensado (*waiver of default*) o se conceda un período de gracia para subsanarlo y, por consiguiente, no habrá lugar a demanda alguna.

Será, en definitiva, la jurisdicción del lugar donde las obligaciones principales del acreditado debieran ser cumplidas la que resultará internacionalmente competente para conocer de las eventuales reclamaciones a que, normalmente, la inexecución o ejecución defectuosa de un contrato eurocrediticio puede dar lugar. Todo ello nos lleva al examen del siguiente paso lógico en la aplicación del apartado 1 del art. 5 de los Convenios de Bruselas o Lugano: la determinación del lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda.

310. Es práctica habitual en los eurocréditos consignar el establecimiento del Banco Agente como lugar en el cual se han de cumplir las obligaciones de las partes. En su calidad de intermediador en los pagos, el Banco Agente debe centralizar en una cuenta especial los movimientos de capitales derivados de la operación. En ella se consignarán los apuntes contables referidos a la distribución entre los participantes de las cantidades recibidas como pagos del acreditado en concepto de intereses, comisiones, gastos y amortización del principal¹⁶¹.

Es pues ante los tribunales del Estado en el cual está establecido el Banco Agente donde habrá que plantear las demandas que traen causa del eurocrédito sindicado. Dos cuestiones aparecen íntimamente ligadas a esta: primera, la evaluación de la validez de la cláusula que fija el lugar de cumplimiento de las obligaciones; segunda, la situación en caso de que tal lugar esté situado fuera del espacio convencional.

¹⁶¹"Each payment by the Borrower shall be made in US\$ in funds settled through the New York Clearing House Interbank Payments System by 11.00 a.m. New York City time on the date such payment is due to the Agent by deposit to the Agent's account". Vid. P. GABRIEL, *op. cit.*, pp. 104 y ss.; G.A. PENN, *op. cit.*, p. 407.

311. Según el TJCE, corresponde a las normas de D.i.pr. del juez ante el que se plantea la reclamación la identificación del ordenamiento de referencia para determinar el lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda¹⁶². Es la *lex contractus* la que determina, entonces, el marco jurídico dentro del cual las partes pueden moverse para fijar el lugar de cumplimiento de sus obligaciones y también el llamado a suplir su eventual falta de claridad respecto de tal designación. La amplia admisión que el principio de autonomía de la voluntad disfruta en los principales derechos nacionales relevantes en el campo financiero internacional -inglés, suizo, Estado de Nueva York- acaba por conferir al acuerdo entre las partes una gran esperanza de vigencia.

Supuesta, dentro de los parámetros señalados, la validez de la cláusula por la cual las partes fijan el *locus executionis*, es posible afirmar que, en el sistema de los Convenios de Bruselas/Lugano, la determinación del lugar de ejecución de las obligaciones equivale, indirectamente, a una designación de la jurisdicción competente, descartada antes la alternativa del art. 2.

Obviamente, los requisitos y garantías que ambos Convenios y la jurisprudencia del TJCE exigen a una cláusula directamente atributiva de jurisdicción no tienen por qué coincidir con los que la *lex contractus* requiere, si es que impone alguno, a los pactos para fijar el lugar de ejecución de las obligaciones de las partes. Consecuentemente, el discernir cuando nos encontramos ante uno u otro caso resulta de suma importancia. Es indudable que existen puertas abiertas al fraude y, de ahí, que parte de la doctrina haya defendido la necesidad de exigir una conexión efectiva entre el *locus executionis* y el órgano judicial hipotéticamente competente¹⁶³. En el mismo sentido ha ido evolucionando la jurisprudencia del TJCE en las sentencias *Zelger/Salitrini*¹⁶⁴, *Custom Made*¹⁶⁵ y *Mainschiffahrts-Genossenschaft c. Gravières Rhénanes SARL*¹⁶⁶.

Dicha conexión aparece con meridiana claridad en los eurocréditos sindicados, pues toda la administración de la operación en materia de gestión, pagos y comunicaciones entre las partes se canaliza a través del Banco Agente y, por tanto, no hay que temer una contravención de la doctrina del TJCE en este particular¹⁶⁷.

312. Por lo que hace a la segunda cuestión apuntada -*locus executionis* situado fuera del espacio judicial integrado europeo occidental- es preciso recordar que el tribunal designado por el apartado 1 del art. 5 no precisa determinación posterior por las normas de competencia internas. El precepto indica de modo directo el órgano judicial internacionalmente competente. Si tal órgano está situado fuera del territorio convencional -eventualidad no descartable en los eurocréditos cuyo centro de negociación sea el Estado de Nueva York- no existe posibilidad de que una jurisdicción contratante asuma competencia por este criterio, teniendo que estar a lo dispuesto en los arts. 2, 17 y 18¹⁶⁸.

313. Como balance final, antes de entrar en las perspectivas de modificación o, incluso, supresión del art. 5.1, cabe realizar varias afirmaciones de base.

Primera, que las cuestiones habitualmente señaladas como problemáticas en relación con el citado precepto -la calificación de la noción materia contractual, la identificación de la obligación que sirve de base a la demanda, la concreción del lugar de ejecución de dicha obligación- no lo son tanto en el campo del eurocrédito sindicado, merced a la labor de ingeniería jurídica cautelar característica de estos contratos financieros internacionales.

¹⁶²STJCE de 6 de octubre de 1976, Asunto 12/76, *Tessili c. Dunlop, Rec.*, 1976, pp. 1.473 a 1.495.

¹⁶³*Vid.*, sobre este particular, A. RODRÍGUEZ BENOT, AAcerdos para la determinación del lugar de ejecución de las obligaciones contractuales y acuerdos atributivos de competencia en los Convenios de Bruselas y de Lugano®, en A. BORRÁS RODRÍGUEZ (edit.), *Revisión...*, op. cit., pp. 165 a 197.

¹⁶⁴STJCE de 17 de enero de 1980, asunto 56/79, *Siegfried Zelger c. Sebastiano Salitrini I, Rec.* 1980, pp. 89 a 102. En esta decisión, el TJCE dejó sentado que si el lugar de ejecución de una obligación contractual ha sido designado por las partes mediante una cláusula válida, según la *lex contractus*, los Tribunales de dicho lugar son competentes para conocer de los litigios relativos a dicha obligación, en virtud del art. 5.1.I del Convenio, sin necesidad de respetar los requisitos de forma previstos en el art. 17. Para fundamentar su decisión, el tribunal afirma que el art. 5.1.I es un fuero que expresa una estrecha conexión entre el litigio y el Tribunal que resulta competente y ello justifica la alteración de la regla de base del art. 2, mientras que, por lo que al art. 17 respecta, tal conexión carece de relevancia, cediendo ante el principio de autonomía.

¹⁶⁵STJCE de 29 de junio de 1994, asunto C-288/92, *Custom Made Commercial/Stawa Metallbau, Rec.*, I-1994, pp. 2.913 a 2.960. El TJCE admitirá que es posible que exista un tribunal más estrechamente vinculado con el litigio que el del lugar de ejecución de la obligación. No obstante, en aras de la seguridad jurídica, mantendrá una presunción *iuris et de iure* de que el criterio del *locus executionis* es, en la mayoría de los casos, el que mejor responde al principio de proximidad.

¹⁶⁶STJCE de 20 de febrero de 1997, asunto C-106/95, *Mainschiffahrts-Genossenschaft c. Gravières Rhénanes SARL, Rec.*, I-1997, pp. 911 a 946. El problema es dilucidar cuando un acuerdo tiene por objeto fijar el lugar de cumplimiento de las obligaciones y qué valor poseen los denominados pactos abstractos. El TJCE responde desde los mismos parámetros adelantados en su jurisprudencia anterior: relación de proximidad entre el tribunal y el asunto. Un acuerdo de designación del lugar de ejecución sería abstracto (motivo 31) cuando su única finalidad consiste en señalar un tribunal competente siempre que dicho tribunal no posea conexión efectiva con la realidad del contrato y el cumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo fuese imposible en dicho lugar. Si un pacto responde a tales características, el TJCE afirma que no se trata de un acuerdo sobre el lugar de cumplimiento de las obligaciones sino de un pacto atributivo de jurisdicción y, consecuentemente, sometido a los requisitos del art. 17.

¹⁶⁷*Vid. supra*, pp. 84 y ss..

¹⁶⁸*Vid.* el Informe del Profesor P. JENARD sobre el *Convenio relativo a la competencia judicial internacional y a la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil*, firmado en Bruselas el 27 de septiembre de 1968 (en adelante, *Informe JENARD*) en *D.O.C.E.* n1. C 189, de 28 de julio de 1990, pp. 122 a 179, esp., p. 142.

Segunda, que ello proporciona al actor un fuero de ataque que equilibra el principio convencional de sumisión de las controversias a los tribunales del domicilio del demandado y evita desplazamientos oportunistas de éste.

Tercera, en los supuestos de que el lugar de ejecución de las obligaciones de las partes esté situado fuera del espacio judicial europeo integrado -Estado de Nueva York- y el demandado domiciliado en el mismo, el *forum executionis* no constituye una alternativa eficaz a la cláusula atributiva de jurisdicción. Prorrogando la competencia en favor de una jurisdicción de un Estado contratante en los Convenios de Bruselas y Lugano, utilizando el art. 17 de ambos instrumentos, los acreditantes se ahorran los costes del posterior reconocimiento y ejecución de la eventual sentencia extra-convencional en aquellos Estados integrados en el espacio judicial europeo occidental en los que el acreditado posea activos financieros con los que responder patrimonialmente.

Así, ni desde la perspectiva de las entidades acreditantes ni desde el punto de vista del acreditado el art. 5.1 hace desaparecer la necesidad de recurrir al pacto directo atributivo de jurisdicción.

Para los acreditantes, porque, como ya se ha señalado, su interés principal, además de aislar al acreditado de su jurisdicción domiciliar, pasa por tener a su disposición el mayor número posible de foros abiertos a la persecución de los activos de su contraparte. Es evidente que el *forum executionis* limita tal espectro a la jurisdicción del lugar del domicilio de Banco Agente, que no tiene por qué coincidir con aquél en el cual el demandado posee activos con los que satisfacer la ejecución de una eventual resolución condenatoria.

Para el acreditado, la virtualidad del art. 5.1 como semillero del *forum actoris* es vista con lógica prevención. Estadísticamente, el apartado 1 del art. 5 de los Convenios de Bruselas/Lugano conduce, en el 60% de los casos, al foro del actor, *forum actoris*¹⁶⁹. Aún estando de acuerdo en que el hecho de que el *forum executionis* acabe por conferir competencia a los tribunales del domicilio del demandante es sólo una circunstancia y no la *ratio* del precepto¹⁷⁰, lo cierto es que tal efecto se produce y, desde la perspectiva del demandado prototípico en el eurocrédito, constituye un argumento más para procurar un acuerdo que confiera competencia a una jurisdicción neutral.

¹⁶⁹Vid. G.A.L. DROZ, *La mise en oeuvre de la Convention de Bruxelles par les juridictions nationales*, en A. BORRÁS MARTÍNEZ, *Revisión...*, *op. cit.*, pp. 31 a 39, esp. p. 37.

¹⁷⁰Vid. A. BORRÁS RODRÍGUEZ, *La revisión...*, *op. cit.*, p. 22.

314. El análisis de la prospección de la sede objetivamente competente como condicionante de las partes contratantes en un eurocrédito sindicado no estaría completo sin una referencia a las perspectivas de futuro que se abren en relación con el *forum executionis*. Es más, el apartado 1 del art. 5 ha sido uno de los preceptos que mayor debate han suscitado en el marco de la revisión de los Convenios de Bruselas y Lugano.

Dejando aparte los contratos individuales de trabajo -que no poseen especial relevancia en esta sede- tres posiciones principales se han defendido, respecto de este foro. La primera parte de la supresión de la regla, por reputarla conflictiva, generadora de inseguridad y propiciadora del *forum actoris*. La segunda, propone el mantenimiento del precepto, pero condicionado a la calificación autónoma de la noción Alugar de ejecución¹⁷¹. Una tercera que condiciona el mantenimiento del fuero de ejecución a la identificación de la prestación característica¹⁷¹.

Todas ellas han sido rebatidas por distintos autores que estiman que las propuestas de modificación no poseen la fuerza suficiente como para avalar la supresión de un precepto, cuyas dificultades de aplicación pueden ser razonablemente solucionadas tanto por la vía de una adecuada actuación preventiva de las partes cuanto a través de los cánones hermenéuticos utilizados por la jurisprudencia del TJCE¹⁷².

315. En la Propuesta de la Comisión, el fuero de ejecución del apartado 1 del art. 5 es, por lo que aquí interesa, objeto de una modificación sustancial: la conexión Alugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirve de base a la demanda¹⁷³ desaparece y el foro especial en materia contractual se reduce a los contratos relativos a la venta de bienes, claramente fuera del campo eurocrediticio¹⁷³. Desde este estado de cosas, la perentoriedad del pacto atributivo de jurisdicción resulta aún más acusada. Si la supuesta revisión del art. 5.1 sigue el camino apuntado, se priva al actor de un fuero de ataque, lo que, en el ámbito financiero internacional, supondría una reducción notable de la prospección de la sede objetiva de resolución de controversias. Los bancos no tendrían más alternativa, frente al art. 2, que hacer de la inclusión del acuerdo atributivo de jurisdicción un punto innegociable o, en su defecto, incrementar los costes del eurocrédito de acuerdo con el aumento de riesgos que implican tanto el tener que reclamar en el domicilio del acreditado cuanto la llamada genérica que a todos los órganos del sistema jurisdiccional designado como competente hace el fuero general.

Afortunadamente, en la Propuesta de Reglamento, la reforma del apartado 1 del art. 5 se dirige más hacia una precisión autónoma del *locus executionis* -cuando se tratare de una prestación de servicios, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser prestados los servicios- que hacia la apuntada supresión¹⁷⁴.

Calificado el contrato eurocrediticio como una prestación de servicios¹⁷⁴, en el sentido de la redacción de la Propuesta de Reglamento, el *locus executionis* -y, por ende, el tribunal competente- queda identificado, a salvo pacto en contrario, con el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser prestados los servicios. En el caso del eurocrédito sindicado, tal lugar coincidirá, sin lugar a dudas con el establecimiento del Banco Agente, dando plena satisfacción a los intereses de los acreditantes, desde el momento en que se les abre un foro de ataque que equilibra la ventaja con que cuenta el demandado merced al foro general del art. 2.

Por todo lo expuesto, es fácil colegir que el balance final establecido pocas líneas más arriba, respecto de la virtualidad del art. 5.1 para servir de alternativa al pacto de prorrogación de fuero, no se verá sustancialmente alterado por la comunitarización del Convenio de Bruselas.

ii.ii. El problema de la responsabilidad precontractual.

316. Como quedó expuesto en otras páginas de este trabajo, el eurocrédito sindicado se desdobra en dos fases: una primera, de negociación previa, que gira en torno a la figura del Banco Organizador y sus funciones como encargado del diseño y montaje de la operación, y una segunda fase, presidida por la actuación del Banco Agente, en la que el contrato ya despliega todos sus efectos vinculantes¹⁷⁵. Nos detendremos ahora en el análisis de los problemas que las relaciones entabladas en la fase de montaje plantean en el sector de la competencia judicial internacional. Problemática que se reduce, fundamentalmente, a una cuestión de calificación.

¹⁷¹Vid. M. VIRGÓS SORIANO y F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *op. cit.*, pp. 93 y ss..

¹⁷²Vid. A. BORRÁS RODRÍGUEZ, *La revisión...*, *op. cit.*, pp. 22 y 23; M. VIRGÓS SORIANO y F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *op. cit.*, p. 102.

¹⁷³Artículo 5.1. A las personas que tuvieren su residencia habitual en un Estado contratante podrán ser demandadas en otro Estado contratante: 1) en materia de contratos relativos a la venta de bienes, ante el tribunal del lugar en el que se hubiere efectuado o debiere haberse efectuado la entrega, salvo si los bienes hubieren sido entregados o debieren haberse entregado en lugares diferentes;...¹⁷⁴ Vid. Propuesta, *doc. cit.*, p. 21.

¹⁷⁴Artículo 5. Las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro:

1. a) en materia contractual, ante el tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda

b) salvo pacto en contrario, dicho lugar será:

- cuando se tratare de una compraventa de mercaderías, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser entregadas las mercaderías

- cuando se tratare de una prestación de servicios, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser prestados los servicios.

c) cuando la letra b) no fuere aplicable, se aplicará la letra a).

Vid. http://europa.eu.int/eur-lex/es/com/dat/1999/es_599PC0348.html, visitado el 21 de marzo de 2000.

¹⁷⁵Vid. *supra*, pp. 72 y ss..

317. Existe un acuerdo doctrinal general en señalar a los supuestos de responsabilidad precontractual como los de más dudoso encaje dentro del tenor literal de los foros materiales especiales de los Convenios de Bruselas y Lugano¹⁷⁶. Para despejar las incógnitas apuntadas, el análisis que sigue toma como referente inevitable la jurisprudencia del TJCE, si bien las conclusiones que del mismo se sigan pueden ser extendidas -con las prevenciones ya expresadas en otra sección de este trabajo- al Convenio de Lugano¹⁷⁷.

En su sentencia de 27 de septiembre de 1988, asunto 189/87, *Kalfelis c. Schröder*, el TJCE se pronunció en favor de una caracterización residual y negativa de la materia delictual o cuasidelictual: puede entenderse por tal, toda demanda dirigida a exigir la responsabilidad de un demandado y que no esté incardinada en la materia contractual¹⁷⁸. A partir de dicha decisión, y al margen de lo criticable que sea¹⁷⁹, si la llamada responsabilidad precontractual no es reconducible a la noción *materia contractual*, cualquier demanda relacionada con el período de montaje del eurocrédito parece que debe someterse -siempre al margen de las posibilidades que ofrecen los arts. 18, 17 y 2- al tribunal del lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso, fijado por el art. 5.3, y no al determinado de conformidad con el art. 5.1. Desde luego, precontractual no es lo mismo que contractual, pero el propio *nomen iuris* *responsabilidad precontractual* evoca algo más cercano a lo contractual que a lo delictual y aconseja analizar, siquiera posibilísticamente, la conveniencia del sometimiento de tales supuestos al *forum executionis*.

318. En primer lugar, el TJCE tampoco ha definido la noción *materia contractual*, sino que ha venido señalando, caso a caso, si una determinada relación puede o no considerarse incluida en dicha materia. Del conjunto de decisiones hasta ahora pronunciadas sobre la noción *materia contractual*, parece desprenderse una concepción amplia de la misma, determinando la puesta en funcionamiento del art. 5.1 siempre que se trate de obligaciones derivadas de una relación voluntariamente establecida entre las partes, más allá de los deberes generales del tráfico¹⁸⁰.

Nada habría que objetar a tal proceder si no fuese por el hecho de que el Tribunal comunitario, a la hora de pronunciarse acerca de la noción *materia delictual* o *cuasidelictual*, lo ha hecho, como se acaba de referir, configurándola como una categoría residual que engloba todo lo que no es contractual. Definir el contenido de una noción -*materia delictual* o *cuasidelictual*- por contraste negativo con otra -*materia contractual*- cuyo sentido no ha sido aclarado por el propio autor de la definición no parece ser un proceder metodológico que contribuya a incrementar la seguridad de las personas establecidas en los territorios de los Estados contratantes. Valor que constituye uno de los objetivos centrales tanto del Convenio de Bruselas cuanto del convenio

¹⁷⁶En el mismo sentido, *vid.* P. BLANCO-MORALES LIMONES, *Comentario al art. 5.3 del Convenio de Bruselas*, en A.L. CALVO CARAVACA (edit.), *op. cit.*, pp. 119 a 130, esp., p. 124; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Comentario al art. 5.1...*, *op. cit.*, p. 83; G. PALAO MORENO, *La revisión del Convenio de Bruselas de 1968: el caso del art. 5.3*, en A. BORRÁS RODRÍGUEZ, *Revisión...*, *op. cit.*, pp. 317 a 323, esp., p. 321.

¹⁷⁷*Vid. supra*, pp. 155 y 156.

¹⁷⁸STJCE de 27 de septiembre de 1988, asunto 189/87, *Kalfelis c. Schröder*, *Rec.* 1988, pp. 5.565 a 5.588.

¹⁷⁹*Vid.* la nota de H. GAUDEMET-TALLON a la STJCE de 27 de septiembre de 1988, en *Rev.cr.dr.int.pr.*, 1989, pp. 112 a 123, esp., p. 121.

¹⁸⁰STJCE de 17 de junio de 1992, asunto C-026/91, *Jakob Handte/Mecano-Chimiques (TMCS)*, *Rec.* 1-1992, pp. 3.967 a 3.996.

paralelo de Lugano, según el Preámbulo de ambos instrumentos.

En segundo término, un argumento relevante que puede esgrimirse en favor del sometimiento de los supuestos de responsabilidad precontractual a las reglas de competencia judicial internacional en materia de obligaciones contractuales es el paralelismo existente entre el Convenio de Bruselas y el Convenio de Roma de 1980¹⁸¹. La necesaria coherencia en los criterios interpretativos por parte del mismo órgano¹⁸², el hecho de que el propio TJCE haya tenido en cuenta las soluciones previstas para el Convenio de Roma al interpretar el Convenio de Bruselas¹⁸³ y la generalmente deseable correlación entre *forum-ius*¹⁸⁴ abogarían por una calificación de las cuestiones precontractuales, en el campo de la competencia judicial internacional, que tuviese presente la correspondiente en el plano del Derecho aplicable. Y, a este respecto, son varias las opiniones doctrinales que se manifiestan favorables al sometimiento de los problemas de responsabilidad contractual a la *lex contractus*¹⁸⁵.

Consecuentemente, no sería descabellado proponer la sumisión de los supuestos de responsabilidad precontractual al fuero especial material del apartado 1 del art. 5 de los Convenios de Bruselas y Lugano. No obstante, la evolución de la doctrina del TJCE hace obligado contemplar la posibilidad de una tercera vía a la hora de calificar los supuestos de responsabilidad precontractual.

319. A partir de su sentencia en el caso *Handte* el Tribunal de Luxemburgo parece reconocer una tercera posibilidad calificatoria; una suerte de *tertium genus* entre la responsabilidad contractual y extracontractual que rompería la tradicional dicotomía de impronta civilista¹⁸⁶.

Doctrina confirmada posteriormente en la sentencia *Reichert (II)*⁹² en la que el TJCE desarrolla la definición negativa pronunciada en la sentencia *Kalfelis* y reconoce ya sin ambages la existencia de una tercera categoría convencional -desde luego no contemplada legislativamente, ni definida en sede jurisprudencial- y que vendría sometida a lo dispuesto por el art. 2⁹³.

La adscripción de los supuestos de responsabilidad precontractual a este nuevo cajón de sastre innominado tendría, al menos por lo que a las relaciones eurocrediticias respecta, consecuencias menos atractivas que cualquiera de las anteriores, por cuanto obligaría a plantear las reclamaciones ante los tribunales del domicilio del demandado. Como ya se ha señalado, ni del lado de las entidades acreditantes, ni desde la particular percepción del acreditado, parece que plantear la demanda ante los tribunales del domicilio de su contraparte sea la mejor opción y, además, el art. 2 de ambos Convenios presenta el problema añadido de no permitir prever con facilidad el tribunal concreto ante el cual residenciar la demanda, sino que conduce, en bloque, a la jurisdicción del domicilio del demandado, precisando de una posterior concreción por parte del ordenamiento procesal de la organización jurisdiccional genéricamente competente.

320. Todas las opciones analizadas presentan, como se ha podido comprobar, luces y sombras, sin que se pueda optar indubitadamente por cualquiera de ellas. Compartiendo, en este sentido, una opinión cualificada, el planteamiento correcto parece estar, más que en la búsqueda de una fórmula general, en la solución caso a caso⁹⁴. La calificación de los supuestos de responsabilidad precontractual que se dan en la fase de montaje del eurocrédito ha de realizarse a partir del análisis casuístico de las diferentes relaciones y no por aplicación de una solución general.

La fase de montaje del eurocrédito sindicado se inicia con los primeros contactos entre el futuro acreditado y el posible Banco Organizador o Banco Líder (*Lead Bank, Arranger Bank*) y finaliza con la firma del contrato. Entre ambos momentos, la entidad finalmente seleccionada como Banco Organizador habrá desarrollado una intensa actividad consistente, por un lado, en negociar los términos generales de la operación con el demandante de la facilidad crediticia y, por otro, en procurar captar la participación de otras entidades financieras eventualmente interesadas en aportar fondos (futuros Bancos Directores y Bancos Participantes).

¹⁸¹En palabras de E. JAYME, ambos Convenios "aparecen ligados hasta el punto de constituir el germen de un futuro Derecho Internacional Privado Europeo". Vid. E. JAYME, "The Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations (1980)", en P. SARCEVIC (ed.), *International Contracts and Conflicts of Laws*, Londres, Graham & Trotman, 1990, p. 38.

¹⁸²En el mismo sentido, J.H.C. MORRIS y D. MCCLEAN, *The Conflict of Laws*, 40 ed., Londres, Sweet & Maxwell, 1993, p. 463.

¹⁸³Vid. 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", *Noticias CEE*, n.º 61, VI, febrero de 1990, pp. 83 a 94, esp., p. 90.

¹⁸⁴Vid. J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, "Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé", *R. des C.*, t. 156 (1977-II), pp. 236-376.

¹⁸⁵Vid. S. ALVAREZ GONZÁLEZ, "La ley aplicable a la responsabilidad precontractual en el D.I.Pr. español", *R.E.D.I.*, 1990, n.º 1, pp. 125 a 152., esp., pp. 141 a 149; J.A. PÉREZ BEVIÁ, "Las obligaciones contractuales", en *Lecciones de Derecho civil internacional*, Madrid, Tecnos, 1996, pp. 257 a 292, esp., p. 263.; M. VIRGÓS SORIANO, "Obligaciones contractuales", en *Derecho internacional privado. Parte especial, op. cit.*, pp. 143 a 207, esp., p. 195.

¹⁸⁶STJCE de 17 de junio de 1992, asunto C-026/91, *Jakob Handte c. Mecano-Chimiques (TMCS)*, Rec. I-1992, pp. 3.967 a 3.996.

⁹²STJCE de 26 de marzo de 1992, asunto C-261/90, *Reichert c. Dresdner Bank (II)*, Rec. I-1992, pp. 2.149 a 2.186.

⁹³Vid. P. BLANCO-MORALES LIMONES, *op. cit.*, pp. 124 y 125.

⁹⁴Vid. G. PALAO MORENO, *op. cit.*, p. 321.

Así, el Banco Organizador será uno de los polos siempre presentes en los dos tipos de relaciones básicas que se entablan en la fase de negociación de la operación: relaciones *ad extra*, que vinculan a las entidades financieras -Banco Organizador, Bancos Codirectores- con el acreditado; relaciones *ad intra*, que ponen en contacto al encargado del diseño de la transacción con el resto de futuros integrantes de la estructura sindicada en la que se organizan los bancos.

321. A salvo de las relaciones entre los Bancos simplemente participantes (*Participant Banks*) y el acreditado, el resto de relaciones *ad extra* sindicado en la fase de montaje del eurocrédito deberían calificarse como de naturaleza contractual. Al igual que en esta materia, y a diferencia de lo que ocurre en la denominada responsabilidad extracontractual, existe una relación previa que antecede al conflicto. La aceptación de los términos de la Carta de Oferta (*Offering Letter*) por el demandante de fondos implica la concesión de la Carta de Mandato o de Mediación (*Mandate Letter*) al banco ofertante y son más que evidentes, por un lado, la concurrencia de una conexión causa-efecto entre ambos documentos y, por otro, el surgimiento, a partir de dicha aceptación, de relaciones jurídicas entre el Banco Organizador y el futuro acreditado.

La calificación de esta clase de relaciones como contractual, y la consiguiente apertura del foro de ataque del art. 5.1 al demandante, no puede considerarse como imprevisible. La imputación del riesgo de internacionalidad al demandado, es decir, el posibilitar que tenga que litigar fuera de su domicilio, es coherente con la circunstancia de que ambas partes son conscientes de estar inmersos en una situación internacional, generada por su propia conducta. Además, no puede decirse que calificar estos supuestos como materia contractual, esté fuera de las pautas hermenéuticas habitualmente manejadas por el TJCE. Siguiendo el listado ejemplificativo del art. 10 del Convenio de Roma, el TJCE ya ha considerado como materia contractual a las relaciones que tienen su origen en los contactos previos destinados a crear un vínculo contractual⁹⁵.

El balance final que el análisis anterior permite establecer, desde la perspectiva de la prospección de la sede de resolución de controversias objetivamente competente, como motivación de la inclusión de la cláusula de prorrogación de fuero, es idéntico al que ya se efectuó al considerar el planteamiento de las reclamaciones en el *forum executionis* del apartado 1 del art. 5 de los Convenios de Bruselas y Lugano y, por tanto, nada nuevo cabe añadir a lo allí manifestado⁹⁶.

⁹⁵ Vid. M. VIRGÓS SORIANO y F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *op. cit.*, p. 88, con una argumentación sustentada en la STJCE de 8 de marzo de 1987, asunto 9/87, *Arcado/Haviland*, Rec. 1988, pp. 1.539 a 1.556.

⁹⁶ Vid. *supra*, pp. 195 y 196.

322. Situación distinta es la de la relación entablada entre el futuro acreditado y los Bancos simplemente participantes (*Participant Banks*). Éstos no intervienen en ningún momento en la negociación de los términos del futuro contrato. Su única participación en esta fase se limita a contestar al télex de invitación que les es dirigido bien por el Banco Organizador, bien por alguno de los Bancos Directores.

Consecuentemente, en mi opinión, no puede hablarse de relaciones precontractuales entre los *Participant Banks* y el futuro acreditado. Cualquier reclamación que las entidades financieras simplemente participantes intentasen contra el acreditado por el perjuicio que les haya causado la ruptura de negociaciones por parte de este último debería canalizarse a través del apartado 3 del art. 5 de los Convenios de Bruselas/Lugano, cuestión de la cual se tratará con posterioridad⁹⁷.

323. Las relaciones *ad intra* sindicato presentan una problemática similar al último supuesto examinado. Parece obvio que la decisión de una entidad financiera de participar en la operación tendrá como base el contenido de la Circular informativa o *Information Memorandum*, el prestigio del Banco Organizador y la especial relación que une a éste con el demandante de fondos.

Apreciada la falsedad, incorrección o parcialidad de las informaciones contenidas en la Circular informativa, todos los ojos se volverán hacia el Banco Organizador, pero es preciso tener presente que éste no realiza actividad alguna en nombre de, ni a por cuenta de los futuros participantes; simplemente negocia unos términos con el demandante de fondos que, posteriormente, serán extendidos a todos aquellos que deseen participar en la operación. El Banco Organizador se limita a diseñar y difundir un producto que luego es "comprado" por los participantes. Como ya se expuso antes, los futuros Bancos Participantes no intervienen directamente en la fase de negociación del eurocrédito y, consecuentemente, una eventual reclamación de un participante contra el Banco Organizador tendría un fundamento extracontractual. Ello nos lleva al siguiente apartado.

ii.iii. Responsabilidad extracontractual.

324. Presentaría, en el ámbito eurocrédito, un campo básicamente circunscrito al supuesto de las reclamaciones de los bancos simplemente participantes (*Participant Banks*) contra el acreditado y a las relaciones interbancarias o *ad intra* sindicato.

Por lo que a la relación entre Bancos simplemente participantes y acreditado respecta, no obstante su evidente interés teórico, en la práctica, estos supuestos presentarán siempre un carácter residual. Constatado el perjuicio antes de la firma del contrato es mejor, sencillamente, no contratar. Si ya se han realizado gastos o si se pretende reclamar el perjuicio que la no realización de la operación puede haber causado al participante, siempre es preferible dirigirse contra el Banco Organizador que contra el demandante de financiación. Advertido el perjuicio con posterioridad a la firma del contrato, aunque el acreditado pueda ser considerado como autor y responsable de las manifestaciones vertidas en el *Information Memorandum*, tampoco tiene sentido plantear una reclamación contra él. Si todavía no se han adelantado fondos, los participantes están en su derecho de rehusar hacerlo, porque no existe cumplimiento de las condiciones previas (*conditions precedents*) a las que tal obligación se somete. Si ya se han adelantado capitales, dicha reclamación conduciría bien a la quiebra del acreditado -persona privada- por los efectos de la cláusula de incumplimiento cruzado (*cross default clause*) o bien -en el caso de un acreditado soberano- a la renegociación del crédito. En suma, la hipotética reclamación por responsabilidad precontractual se canalizará, con toda seguridad, contra el Banco Organizador, en el marco de las relaciones *ad intra*.

⁹⁷Vid. *infra*, pp. 201 y 202.

La competencia del tribunal del lugar donde se produjo el hecho dañoso *-forum loci delicti commissi-* constituye la solución tradicional en esta materia. Solución que, frente a la ventaja de su sencillez, atrae sobre el apartado 3 del art. 5 de ambos Convenios todos los problemas tradicionalmente anejos a la responsabilidad extracontractual, entre otros: heterogeneidad y complejidad de supuestos, diversificación funcional del propio concepto de responsabilidad, dificultad de concreción del *forum loci delicti commissi*⁹⁸. En particular, esta última cuestión resulta especialmente complicada en los supuestos de responsabilidad precontractual -) donde se localiza una ruptura injustificada de negociaciones o el perjuicio sufrido por quien es inducido a contratar sobre la base de una información falseada, incompleta o errónea?- por lo cual, la posibilidad abierta por el foro del art. 5.3 puede ser considerada como un argumento más en favor de la inclusión de una cláusula atributiva de jurisdicción.

325. Tampoco la eventual reforma del precepto parece proporcionar argumentos favorables a su mayor utilidad en el campo del eurocrédito sindicado. La mayoría de las propuestas y trabajos que, desde distintas instituciones y foros, se han realizado acerca de la revisión de los Convenios han estimado que o bien no es preciso reformar el art. 5.3 o bien que bastaría con la mera incorporación de la jurisprudencia del TJCE sobre su contenido para que el precepto desarrollase a la perfección su función como criterio atributivo de competencia judicial internacional⁹⁹.

Coincidiendo con esas pautas doctrinales, tanto la Propuesta de la Comisión cuanto la Propuesta de Reglamento no plantean reforma radical alguna del precepto. Ambas se limitan a ampliar las posibilidades de las partes actoras, al contemplar en su tenor literal las denominadas *Acciones preventivas*[®]. La nueva regulación del *forum delicti commissi* abarcaría no sólo los casos en los que se ha producido un hecho dañoso sino también aquellos supuestos en los que éste ha podido producirse¹⁰⁰. Poco aportan, en definitiva y por lo que a la cuestión que nos ocupa, al análisis realizado sin tener en cuenta esta alteración.

⁹⁸Vid. el comentario de P. BLANCO-MORALES LIMONES al art. 5.3 del Convenio de Bruselas en A.L. CALVO CARAVACA (edit.), *op. cit.*, pp. 119 a 130.

⁹⁹Vid. G. PALAO MORENO, *op. cit.*, p. 318.

¹⁰⁰Según la Propuesta de la Comisión, las personas domiciliadas en un Estado contratante podrán ser demandadas *in* materia delictual o cuasidelictual, ante el tribunal del lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso o ante el tribunal del lugar donde se hubiera producido el daño o una parte del mismo[®], *vid.* Propuesta, *doc. cit.*, p. 21. La Propuesta del Reglamento, en la misma línea, dispone: las personas domiciliadas en un Estado contratante podrán ser demandadas *in* materia delictual o cuasidelictual, ante el tribunal del lugar donde se hubiere producido o hubiere podido producirse el hecho dañoso[®]. *Vid.* http://europa.eu.int/eur-lex/es/com/dat/1999/es_599PC0348.html, visitado el 21 de marzo de 2000.

iii. Incidencia de las reclamaciones por compensación.

326. Agotadas las fórmulas transaccionales sin que los acreedores puedan satisfacer sus legítimos intereses, la correspondiente mayoría de bancos tomará la decisión de que el Banco Agente declare la concurrencia del incumplimiento y, previa notificación al acreditado, se adoptarán las medidas adecuadas para la protección de su derecho de crédito.

En la práctica eurocrediticia suele distinguirse entre las medidas contractualmente previstas (recursos o remedios internos o *internal remedies*) y las legalmente autorizadas (recursos o remedios externos o *external remedies*)¹⁰¹. Entre los denominados recursos internos, los contratos incorporan una cláusula en la que se habilitan a los acreditantes para proceder a la compensación de deudas (*set-off clause*)¹⁰².

¹⁰¹Vid. G.A. PENN y otros, *op. cit.*, pp. 183 a 188; PH. WOOD, ..., *op. cit.*, p. 170.

¹⁰²"The Lenders may set-off against any obligation of the Borrower due and payable by it hereunder any monies held by the lender for the account of the Borrower at any office of the Lenders anywhere and in any currency exchanges as are appropriate to implement such set-off". Vid. G.A. PENN y otros, *op. cit.*, p. 187; PH. WOOD, *Law and Practice... Vol III, op. cit.*, p. 59.

El concepto de compensación no aparece regulado en el sistema de los Convenios de Bruselas/Lugano y es objeto de muy distintas formulaciones en los derechos nacionales¹⁰³. No obstante, un sector doctrinal se ha planteado la posible equiparación entre la compensación de deudas y la noción de Areconvención®, contemplada en el apartado 3 del art. 6 de los Convenios de Bruselas y Lugano¹⁰⁴. El citado precepto, procura solventar los problemas procesales que plantea la alegación por parte del demandado de un derecho de crédito preexistente a su favor, derecho que intenta hacer valer como contrapetición ante la demanda del actor. La solución convencional pasa por otorgar competencia al tribunal que conoce de la demanda inicial. Como quiera que tampoco la noción convencional de reconversión aparece definida en el citado precepto, el análisis de la jurisprudencia del TJCE sobre el particular se hace inexcusable.

327. La doctrina del tribunal de Luxemburgo no permite establecer conclusiones definitivas acerca de la posible equiparación entre la compensación de deudas y la reconversión del art. 6.3¹⁰⁵. En su sentencia de 13 de julio de 1995, asunto *Danvaern*, el TJCE afirma que A...el art. 6.3 del Convenio de Bruselas ... sólo comprende las demandas presentadas por los demandados tendentes al pronunciamiento de una condena distinta, pero no comprende la situación en que el demandado invoca como simple medio de defensa un crédito del cual sería titular contra el demandante. Los medios de defensa susceptibles de ser invocados y las condiciones en que pueden serlo se rigen por el Derecho nacional¹⁰⁶.

Según M.A. MICHINEL ÁLVAREZ, en dicha decisión el TJCE no sólo no se inclina por ninguna de las posiciones doctrinales que, a favor y en contra de la mencionada equiparación se han defendido, sino que ni siquiera entra a resolver el problema¹⁰⁷. En definitiva, afirma el mismo autor, quienes mantienen que la compensación no cuestiona la competencia obvian los problemas que pueden plantearse; quienes pretenden extender la solución convencionalmente pensada para la reconversión (art. 6.3) a la compensación ignoran las diferencias entre ambas instituciones y el silencio del TJCE en el asunto *Danvaern*¹⁰⁸.

Por tanto, ni del texto de los Convenios de Bruselas/Lugano ni de la jurisprudencia del TJCE puede deducirse indubitadamente la existencia de un foro especial para los supuestos de compensación de deudas, sobre la base de la equiparación de las nociones de compensación y reconversión.

¹⁰³En el seno del espacio judicial integrado, podemos distinguir tres modelos principales: el anglosajón, el francés y el alemán. En el sistema del *common law*, la compensación es una institución puramente procesal y requiere inexcusablemente la cooperación judicial. Consiste en una modalidad de defensa que sólo es posible en procesos relativos a cantidades ciertas de dinero, cuyo objetivo principal es evitar la duplicidad de procesos. Pese a esta caracterización principal como remedio procesal, la cuestión de dilucidar si una materia es compensable o no pertenece al ámbito del derecho material. En el modelo francés o de compensación legal, la compensación opera de pleno derecho, por fuerza de la ley. Este es el que ha inspirado al legislador español, italiano, belga y luxemburgués. En nuestro Derecho, tres tipos de compensación están legalmente establecidos: compensación legal, convencional y judicial (arts. 1.289 a 1.292 del C.C.), exigiéndose como requisitos para que la compensación se produzca la reciprocidad de las peticiones (cada interesado es deudor del otro), la fungibilidad, la exigibilidad y la liquidez. Los efectos de la compensación son la extinción automática de las peticiones recíprocas con las garantías accesorias en la medida en que estén enfrentadas con aptitud para compensar. Las peticiones de cuantía desigual se anulan hasta la cantidad de la más baja. Como modelo intermedio, el ordenamiento alemán no conoce la compensación *ope iuris*, pero tampoco es preceptiva la intervención judicial, como en el inglés. El sistema es potestativo de las partes, exigiéndose requisitos paralelos al modelo latino y siendo su régimen procesal el previsto para las excepciones. *Vid.* M.A. MICHINEL ÁLVAREZ, AEl art. 6.31 del Convenio de Bruselas®, en A. BORRÁS RODRÍGUEZ, *op. cit.*, pp. 351 a 369 y bibliografía allí citada en la nota 26.

¹⁰⁴*Vid.* M.A. MICHINEL ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 360 y bibliografía allí citada en las notas 30 y 31.

¹⁰⁵STJCE 9 de noviembre de 1978, asunto 23/78, *Meeth c. Glacetal*, *Rec.* 1978, pp. 2.133 a 2.149; STJCE de 7 de marzo de 1985, asunto 48/84, *Spitzley c. Sommer*, *Rec.* 1985, pp. 787 a 800; STJCE de 4 de julio de 1985, asunto 220/84, *AS Autoteile c. Malhé*, *Rec.* 1985, pp. 2.267 a 2.280; STJCE de 13 de julio de 1995, asunto C-341/93, *Danvaern c. Otterbeck*, *Rec.* 1-1995, 2.053 y ss..

¹⁰⁶STJCE de 13 de julio de 1995, asunto C-341/93, *Danvaern c. Otterbeck*, *Rec.* 1-1995, 2.053 y ss..

¹⁰⁷*Vid.* M.A. MICHINEL ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 362.

¹⁰⁸*Ibid.*, pp. 362 y 363.

328. Es en el marco del proceso de revisión de los Convenios de Bruselas y Lugano donde M.A. MICHINEL ÁLVAREZ propone una solución respetuosa con el texto convencional y la doctrina jurisprudencial del TJCE¹⁰⁹. La misma se fundamentaría en la consideración de la compensación como un modo de extinción de las obligaciones y, por tanto, con encaje en el *forum executionis* del apartado 1 del art. 5.

Ello exigiría una modificación del citado art. 5.1 que tenga en cuenta el derecho del demandado a plantear como petición principal en otro litigio la compensación, cuando el juez que conoció del primer litigio determinó la inexistencia de dicha contrapetición. La Propuesta de la Comisión y la Propuesta de Reglamento, por contra, poco aportan en este sentido, pues la redacción del apartado 3 del art. 6 no varía¹¹⁰.

329. Sin entrar a valorar lo oportuno o no de las modificaciones propuestas -valoración que está fuera de los límites del presente trabajo- lo que si cabe afirmar, a modo de cierre de este apartado, es que no alteran la percepción fundamental que las partes contratantes en un eurocrédito tienen, en el sentido de que el resultado de la prospección de la jurisdicción objetivamente competente es un argumento decisivo para la inclusión de las cláusulas de prorrogación de fuero.

En cualquier caso, traducido el supuesto al ámbito eurocrediticio implicaría una situación fáctica de difícil verificación. El demandado prototípico en las relaciones eurocrediticias es el acreditado y, consecuentemente, la compensación -suponiendo que fuese equivalente a la reconversión del art. 6.3- implicaría la existencia de saldos favorables a cualquiera de las entidades acreditantes en poder del prestatario, circunstancia no demasiado frecuente. En primer lugar, ante el incumplimiento por parte del acreditado, que daría lugar a la reclamación de los acreditantes, la primera medida a acordar es evitar que el primero pueda acceder al montante del crédito del cual aún no ha dispuesto. En segundo término, en coherencia con la consideración del incumplimiento del acreditado como supuesto de base, los contratos de eurocrédito sindicado contemplan la compensación como un remedio interno abierto tan sólo a las entidades acreditantes; de conformidad con el llamado *cash-flow principle*, una traducción peculiar al ámbito financiero internacional del principio *solve et repete*¹¹¹.

b. Demandado domiciliado fuera del espacio judicial integrado europeo occidental.

330. Cuando el demandado carece de domicilio en territorio convencional, el art. 4 de los Convenios de Bruselas y Lugano establece que la competencia de las jurisdicciones contratantes se determinará conforme a las normas del sistema autónomo del tribunal ante el cual se plantea la demanda, sin perjuicio de lo dispuesto para las competencias exclusivas del art. 16. Por consiguiente, el análisis se circunscribe a la respuesta que, desde el foro español, se ofrece a la evaluación prospectiva de la sede objetivamente competente para la resolución de controversias (i) y se cierra con unas breves consideraciones finales (ii).

i. La respuesta en el sistema autónomo español.

331. Las variables a considerar para la prospección de la sede objetiva de resolución de controversias se reducen ahora considerablemente, en comparación con la pluralidad de supuestos examinados antes, al partir del domicilio del demandado en el espacio judicial integrado europeo occidental. Descartadas, por hipótesis, la domiciliación del demandado en la jurisdicción ante la cual se interpone la demanda y, por razones sistemáticas, el estudio de los arts. 16, 17 y 18, sólo queda la posibilidad de optar por alguno de los foros especiales por razón de la materia contenidos en la L.O.P.J.: el establecido en materia contractual por la regla 70 del apartado 3 del art. 22 L.O.P.J. o el *forum loci delicti commissi* establecido en la regla 80 del mismo precepto.

A efectos de lo que nos interesa -es decir, el análisis de la determinación objetiva de la jurisdicción competente como *prius* para la valoración de la conveniencia de incluir una cláusula de prorrogación de fuero- el balance no es, en líneas generales distinto de aquél con el cual cerrábamos el apartado anterior. Remitido, entonces, el lector a lo allí expuesto, tan sólo queda dejar constancia de ciertas peculiaridades en torno a la posible calificación de los supuestos de responsabilidad precontractual en el sistema autónomo español de competencia judicial internacional. Antes, recordemos, brevemente, el sustrato fáctico: se trataría de una reclamación inscrita en el marco de las relaciones *ad intra* y *ad extra* sindicado que se entablan en la fase de negociación de

¹⁰⁹*Ibid.*, p. 369.

¹¹⁰*Vid.* Propuesta, *doc. cit.*, p. 22. *Vid.* http://europa.eu.int/eur-lex/es/com/dat/1999/es_599PC0348.html, visitado el 21 de marzo de 2000.

¹¹¹*Vid.* PH. WOOD, *Law and Practice... Vol. III, op. cit.*, p. 27.

un eurocrédito, estando el acreditado -demandado tipo- domiciliado fuera del espacio judicial integrado europeo occidental.

332. En principio, las líneas argumentales alegadas en favor de una respuesta caso a caso del problema de calificación planteado por la responsabilidad precontractual, también deberían ser válidas respecto de nuestro sistema autónomo de competencia judicial internacional, puesto que, como es sabido, éste tiene su fuente de inspiración directa en el Convenio de Bruselas.

Sin embargo, dos circunstancias deben tenerse en cuenta: primera, los principios interpretativos de ambos sistemas no son los mismos¹¹²; segunda, curiosamente, en el campo de las obligaciones contractuales, nuestro legislador se apartó del modelo institucional. Esta disparidad merece, además de las duras y ajustadas críticas de las que ha sido objeto por la doctrina española de D.i.pr.¹¹³, especial atención.

A tenor de lo dispuesto en la regla séptima del art. 22.3 LOPJ, los juzgados y tribunales españoles serían competentes en dos supuestos: primero, cuando las obligaciones contractuales hubieran nacido en España; segundo, cuando las obligaciones contractuales debieran cumplirse en España. Según M. VIRGÓS SORIANO, la divergencia entre el texto autónomo y su precedente legislativo institucional puede encontrar justificación en el deseo del legislador español de dar encaje, con la expresión *hayan nacido*, a los supuestos de responsabilidad precontractual, que quedarían reconducidos, entonces, al fuero especial previsto para la materia contractual¹¹⁴. Aún estando de acuerdo con dicha apreciación y reconociendo su utilidad en este campo, ello no haría variar, no obstante, el juicio negativo que las limitaciones propias del *forum executionis* merecían como alternativa a la cláusula atributiva de jurisdicción¹¹⁵.

ii. Consideraciones finales.

333. A los problemas e inconvenientes ya señalados al examinar la cuestión que nos ocupa en el espacio judicial integrado europeo occidental¹¹⁶, la circunstancia de que el demandado posea domicilio fuera de la jurisdicción ante la cual se interpone la reclamación plantea una dificultad añadida: las derivadas de la efectividad de la eventual sentencia pronunciada por una autoridad española fuera de nuestras fronteras.

En línea de principios, el hecho de que el acreditado carezca de activos en la jurisdicción en la cual se ha residenciado una reclamación en su contra no tiene, en principio, por qué resultar fatal para los intereses de los acreditantes. Consideremos dos supuestos.

Primero, si el demandado posee activos patrimoniales en el espacio judicial europeo, la resolución se beneficiará del régimen diseñado por el título III de los Convenios de Bruselas y Lugano, salvo en un supuesto de especial relevancia en el campo financiero internacional. El Reino Unido ha realizado sendas reservas -al amparo del art. 59 de ambos instrumentos- a la posibilidad de reconocer y/o ejecutar resoluciones judiciales dictadas contra demandados domiciliados en los Estados Unidos de Norteamérica cuando la jurisdicción contratante de origen se haya declarado competente por un criterio de competencia judicial

¹¹²Sobre el sistema autónomo, *vid.* M. AMORES CONRADI, *La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional en el orden civil: artículo 22 LOPJ*, *R.E.D.L.*, vol. XLI, 1989, pp. 113 a 156; respecto del sistema institucional, *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.

¹¹³*Vid.* J.M0. ESPINAR VICENTE, *Curso de Derecho Internacional Privado Español. Derecho Procesal Civil Internacional*, Alcalá de Henares, Ed. Univ. Alcalá de Henares, 1993, pp. 106 y 107.

¹¹⁴*Vid.* M. VIRGÓS SORIANO, *Lugar de celebración y de ejecución en la contratación internacional*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 129.

¹¹⁵*Vid. supra*, pp. 195 y 196.

¹¹⁶*Vid. supra*, pp. 195 y 196 para el fuero en materia contractual, pp. 197 y ss., para los problemas vinculados a la responsabilidad precontractual, pp. 201 y 202 para el foro en materia de responsabilidad extracontractual.

exorbitante. Este último efecto devastador, desde la perspectiva de la armonía internacional, es posibilitado por la remisión que el art. 4 de los Convenios de Bruselas y Lugano efectúa a las normas autónomas de los Estados Contratantes, incluidas las contenidas en el listado del art. 3 de ambos Convenios¹¹⁷.

Segundo, si el demandado no posee activos en el espacio judicial integrado europeo occidental, las cosas se complican notablemente. La resolución judicial española deberá hacerse efectiva allí donde a los interesados convenga, cuestión que abre interrogantes sólo contestables desde los parámetros del sistema de D.i.pr. concernido y desde un estudio comparado que supera con creces los límites de presente trabajo.

334. Antes de cerrar este apartado, conviene dedicar unas breves líneas al proceso de revisión de los dos instrumentos convencionales en torno a los que esta girando esta reflexión y a la próxima comunitarización del Convenio de Bruselas.

¹¹⁷Vid. M. DESANTES REAL, *La competencia...*, *op. cit.*, pp. 357 y ss..

Las modificaciones que la Comisión sugiere en su Propuesta, no alteran sustancialmente el *status quo* actual. Tan sólo se sustituye la noción Adomicilio¹¹⁸ por la de residencia habitual y se menciona a los arts. 17 y 18 entre aquellos que junto al art. 16, al operar con independencia del domicilio, es lógico que sean inmunes a lo preceptuado por el propio art. 4¹¹⁸.

El art. 4 de la Propuesta de Reglamento incorpora una mención que da cuenta de la especial situación de Dinamarca, el Reino Unido e Irlanda¹¹⁹. El precepto aclara que dicha situación no puede equipararse a la de terceros países. Consecuentemente, si el demandado estuviere domiciliado en el territorio de un Estado miembro de la U.E. no sujeto al futuro Reglamento, la competencia judicial se regirá por el Convenio de Bruselas en su versión en vigor en ese Estado miembro.

Ni una ni otra Propuesta alteran lo más mínimo las consideraciones que, acerca de la respuesta autónoma a la determinación de la sede de resolución de controversias, como condicionante de la conveniencia de la cláusula de prorrogación de fuero, se hacían en las líneas inmediatamente anteriores.

¹¹⁸Vid. Propuesta, *doc. cit.*, p. 21.

¹¹⁹Vid. http://europa.eu.int/eur-lex/es/com/dat/1999/es_599PC0348.html, visitado el 21 de marzo de 2000.

B. Condicionantes.

335. La necesidad de la cláusula atributiva de jurisdicción es evidente desde el momento en que, como acabamos de comprobar, la perspectiva de la determinación objetiva de la sede de resolución de controversias no satisface las aspiraciones de las partes. Frente a estas insuficiencias los redactores de los eurocréditos sindicados reaccionan aprovechando las amplias facultades que, en materia contractual, confieren a las partes la práctica totalidad de los sistemas de D.i.pr. y, con los condicionantes que cada sistema impone, dotan a sus relaciones de un mecanismo de resolución de controversias adecuado a sus necesidades¹²⁰.

Obviamente, no procede analizar, uno por uno, los diferentes ordenamientos hipotéticamente implicados en las operaciones eurocrediticias. Los límites lógicos de la reflexión hacen que el estudio se circunscriba a las exigencias que un convenio atributivo de jurisdicción debe reunir desde la perspectiva de los Convenios de Bruselas y Lugano, con los apuntes oportunos referidos a los sistemas autónomos español, inglés y neoyorquino. El análisis de la regulación convencional y autónoma española no precisa de mayor justificación en esta sede. La referencia a los sistemas inglés y neoyorquino posee, a mi modo de ver, un interés práctico. Conviene tanto a los acreditados españoles cuanto a nuestras entidades financieras poder prever qué suerte correrán sus intereses ante un conflicto cuya resolución puede ser residenciada en cualquiera de ambos foros.

11. Exigencias de los Convenios de Bruselas y Lugano.

336. Tanto el Convenio de Bruselas cuanto su "paralelo" de Lugano atribuyen un generoso papel a la autonomía de la voluntad a la hora de regular, dentro del espacio judicial integrado europeo occidental, la competencia judicial internacional¹²¹. Las partes que intenten hacer valer una cláusula de elección de fuero en el ámbito territorial cubierto por ambos Convenios deben tener en cuenta las condiciones de aplicación (apartado primero) y los requisitos tanto sustanciales (apartado segundo) cuanto formales (apartado tercero) exigidos por los citados instrumentos jurídicos¹²². Si se cumplen dichas condiciones y requisitos, el convenio atributivo de competencia tendrá un doble efecto: primero, atributivo, puesto que confiere competencia única a los tribunales elegidos; segundo, derogatorio, dado que los tribunales de los demás Estados contratantes están obligados a respetar la designación contractual.

a. Presupuestos de aplicación del artículo 17 de los Convenios de Bruselas y Lugano.

337. La terminología utilizada por los especialistas que han abordado el estudio del ámbito de aplicación del art. 17 de ambos Convenios varía, pero todos están de acuerdo en que el mismo tiene tres condiciones de aplicación, exigencias sustanciales o presupuestos: primero, internacionalidad de la situación; segundo, domicilio de al menos una de las partes en territorio convencional; tercero, designación de un tribunal o de la jurisdicción de un Estado contratante. Estos presupuestos o exigencias no son requisitos de fondo o relativos a la validez del acuerdo de elección de fuero, sino condiciones de aplicación del propio artículo 17. Por tanto, su incumplimiento no produce, *per se*, la nulidad de la cláusula, sino la exclusión del supuesto del ámbito de aplicación del citado precepto convencional.

¹²⁰ Vid. C. BLANCHIN, *L'autonomie de la clause compromissoire: un modèle pour la clause attributive de juridiction?*, París, L.G.D.J., 1995, pp. 73 y ss..

¹²¹ Vid. el párrafo primero del art. 17 de ambos instrumentos.

¹²² Vid. el comentario de A.L. CALVO CARAVACA al art. 17 del Convenio de Bruselas en A.L. CALVO CARAVACA (edit.), *Comentario, op. cit.*, pp. 343-371, esp. pp. 346-350; J.L. IGLESIAS BUHIGUES y M. DESANTES REAL, *op. cit.*, pp. 1.082 y 1.083; A. RODRÍGUEZ BENOT, *Los acuerdos atributivos de competencia judicial internacional en Derecho comunitario europeo*, Madrid, Eurolex, 1994, pp. 103 y ss..

i. Situación internacional.

338. Aunque el art. 17 de los Convenios de Bruselas y Lugano no menciona expresamente la necesidad del carácter internacional de la relación litigiosa como presupuesto de su aplicación, dicha exigencia puede ser deducida a partir de dos datos significativos. Primero, del tenor literal del Preámbulo de ambos textos¹²³. Segundo, los Informes JENARD y SCHLOSSER sobre el Convenio de Bruselas de 1968 y la versión modificada de 1978, respectivamente¹²⁴. Que el proceso de revisión en el cual ambos instrumentos están inmersos no va a afectar a esta cuestión es algo que no reclama mayor comentario, por lo cual el análisis que sigue no necesita precisiones en ese sentido¹²⁵.

Establecido que la internacionalidad de la relación es un presupuesto de aplicación de los referidos instrumentos convencionales, escaso comentario merece esta circunstancia en esta sede. Pocas instituciones presentan un carácter tan altamente internacionalizado como el eurocrédito. Así, las entidades acreditantes integradas en el sindicato suelen estar dispersas por toda la geografía financiera internacional -por ejemplo, un sindicato de tipo medio puede estar integrado por más de una treintena de sucursales de bancos norteamericanos, japoneses, alemanes, franceses y españoles, con sede en Londres- y, consecuentemente, siempre habrá alguna que sea extranjera, bien respecto al centro financiero en el que operan, bien en relación con el acreditado¹²⁶. Igualmente extranjero, en relación a la plaza financiera de negociación -p. ej. RENFE respecto de Londres o los Yacimientos Petrolíferos Fiscales de la República Argentina respecto de Nueva York- suele ser el acreditado. Finalmente, la moneda en que se denomina la operación es, por definición, distinta -extranjera- de la que tiene curso legal en el centro operativo eurobancario y/o en el Estado del acreditado.

339. No obstante la evidencia que representa la ilustración anterior, no me gustaría dejar en el aire la problemática cuestión del factor objetivo de internacionalidad que implica el recurso al euromercado y la denominación de las operaciones en

¹²³El Preámbulo de ambos instrumentos señala que la determinación de las competencias de las jurisdicciones de los Estados contratantes en *el orden internacional* (cursivas mías), es indispensable para conseguir reforzar la protección jurídica de las personas establecidas en el territorio convencional.

¹²⁴Tanto el Informe de P. JÉNARD sobre la versión original de 1968 del Convenio de Bruselas cuanto el Informe SCHLOSSER sobre la de 1978, afirman taxativamente que la existencia de una situación internacional actúa como presupuesto para la aplicación del art. 17. Vid. el Informe del Profesor P. JENARD *doc. cit.*, pp. 129, 130 y 155; Informe del Profesor P. SCHLOSSER sobre el *Convenio relativo a la adhesión de Dinamarca, Irlanda y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte al Convenio relativo a la competencia judicial internacional y a la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil*, así como al *Protocolo relativo a su interpretación por el Tribunal de Justicia*, firmado en Luxemburgo el 9 de octubre de 1978 (en adelante, Informe SCHLOSSER), en *D.O.C.E.* n.º C 189, de 28 de julio de 1990, pp. 184 a 256, en especial pp. 193 y 231. El Informe de los Profesores P. JÉNARD y G. MÖLLER sobre el *Convenio relativo a la competencia judicial internacional y a la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil* (Informe JENARD-MÖLLER) firmado en Lugano el 16 de septiembre de 1988 no hace referencia a esta cuestión; puede consultarse en *D.O.C.E.* n.º C 189, de 28 de julio de 1990, pp. 57 a 121.

¹²⁵La exposición de motivos que acompaña a la Propuesta de Reglamento se limita a explicar que, al igual que el Convenio cuya sustitución se propone, el Reglamento tiene como objetivos, primero, introducir reglas modernas uniformes de competencia judicial directa en materia civil y comercial y, segundo, el reconocimiento y exequátur rápido de las resoluciones mediante un procedimiento simple y *uniforme*. Vid. http://europa.eu.int/eur-lex/es/com/dat/1999/es_599PC0348.html, visitado el 21 de marzo de 2000.

¹²⁶Vid. EUROMONEY (editorial), "The sovereign squeeze", *Euromoney*, abril de 1995, pp. 59 a 61.

euromonedas o *xenomonedas*.

Sin intentar en absoluto mediar en la polémica en torno a si el elemento de extranjería tiene que estar presente en la relación jurídica litigiosa o basta con la internacionalización del propio convenio atributivo, si parece oportuno inclinarse por la tesis según la cual la apreciación del carácter internacional de la situación que exige el sistema de los Convenios de Bruselas y Lugano para aplicar el artículo 17, debe ser tarea a realizar por el órgano concreto en el caso concreto. Entre los criterios a los que el juez nacional puede recurrir para tal apreciación reviste especial importancia el objeto del contrato. En este sentido, una parte de la doctrina internacional-privatista comparada insiste en la frecuencia con la que en el ámbito del comercio internacional se produce la internacionalización de una situación -en principio monoconexa, doméstica o interna- en función del objeto de la misma¹²⁷.

Este sería el caso, por ejemplo, de una relación eurocrediticia en la que un acreditante español y domiciliado en nuestro país pone fondos denominados en una o varias euromonedas a disposición de un acreditado también español y domiciliado en España. A mi modo de ver, nada obstaría para que una cláusula de sumisión a un tribunal de un Estado integrante del espacio judicial europeo occidental, inserta en el marco de tal relación, quedase sometida al art. 17 del Convenio de Bruselas o del Convenio paralelo de Lugano. En fin, es preciso volver a insistir en el carácter altamente internacionalizado del eurocrédito sindicado, por lo cual, la cuestión apuntada puede ser considerada, sin duda, más como un supuesto de laboratorio que como problema con transcendencia práctica.

ii. Domicilio de al menos una de las partes en el territorio de uno de los Estados contratantes.

340. La exigencia de que al menos una de las partes, sea cual sea su posición procesal, esté domiciliada en territorio convencional expresa la lógica pretensión de que entre el asunto de fondo y el espacio judicial integrado europeo occidental haya una conexión razonable. Dada la universalidad del recurso a las fórmulas financieras objeto de este trabajo y la activa presencia de acreditantes y acreditados provenientes de Estados integrados en el espacio judicial europeo occidental en los mercados financieros internacionales, es más que probable que la condición exigida por el artículo 17 de los Convenios de Bruselas y Lugano sea colmada en la mayoría de las ocasiones.

Sin embargo, podrían darse casos en los que un tribunal integrado en el tantas veces mencionado espacio judicial fuese contractualmente elegido para resolver una controversia que enfrenta a dos partes carentes de domicilio en el territorio conformado por el sumatorio de los de la Unión Europea y la Asociación Europea de Libre Comercio. Situación que no puede descartarse en materia financiera internacional, dada la capitalidad de plazas europeas como Londres o Luxemburgo y la práctica contractual ya examinada de pactar la competencia de la *Commercial Court* londinense para resolver controversias relativas a eurocréditos.

¹²⁷Vid. A. RODRÍGUEZ BENOT, *Los acuerdos...*, *op. cit.*, notas a pie n1 12 y 17, pp. 113 y 117.

A este respecto, el último inciso del párrafo primero del art. 17 de los Convenios de Bruselas y Lugano contempla esta posibilidad, disponiendo que A... los tribunales de los demás Estados contratantes sólo podrán conocer del litigio cuando el tribunal o los tribunales designados hubieren declinado su competencia¹²⁸. Consecuentemente, el efecto prorrogador del pacto atributivo de jurisdicción será enjuiciado a partir del sistema autónomo de competencia judicial internacional del tribunal elegido por las partes no domiciliadas; mientras el efecto derogatorio es regulado convencionalmente¹²⁸.

El citado precepto impone a los tribunales de los demás Estados contratantes el respeto de principio a la cláusula sumisoria, de forma que sólo podrán conocer del litigio cuando el tribunal designado por las partes hubiere declinado su competencia. Si éste se declare incompetente, el resto de jurisdicciones contratantes, que estaban a la espera de tal decisión, pueden entrar a examinar su propia competencia. Examen que, lógicamente, será también realizado en función de sus respectivos sistemas autónomos, tal y como dispone el artículo 4 de ambos convenios, puesto que, por definición, el demandado no está domiciliado en territorio convencional. Todo lo cual nos lleva a un sucinto examen de la normativa autónoma española, que no precisa de mayor justificación, e inglesa, por razón de la capitalidad de Londres en materia financiera internacional lo que confiere a la respuesta de este sistema un indudable interés preventivo para las entidades financieras y empresas españolas activas en el euromercado.

341. Las posibilidades de que un tribunal español se declare incompetente, siendo designado como tal por las partes, son ciertamente escasas, a tenor de lo dispuesto en la primer regla del párrafo segundo del art. 22 de la L.O.P.J.: en el orden civil, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes, con carácter general, cuando las partes se hayan sometido expresamente a ellos. Situación que no es fácil que se produzca en la práctica, pero que podría responder a la presencia de activos del demandado -no domiciliado en España- cuya ejecución interesase al demandante, por definición, también carente de domicilio en nuestro país. Si el órgano judicial inicialmente elegido por las partes no es un tribunal español -tribunales ingleses o suizos, pongamos por caso- y renuncia a su competencia, el asunto puede quedar sometido a la jurisdicción española, a partir de los foros especiales por razón de la materia, contenidos en el apartado 3 del art. 22 del mismo cuerpo legal. Si se trata de la reclamación contractual típica -impago de cantidades debidas en virtud de los compromisos financieros asumidos- los tribunales españoles serían competentes -*ex regla séptima del apartado 3 del art. 22 L.O.P.J.*- en dos supuestos: primero, cuando las obligaciones contractuales hubieren nacido (contrato eurocrediticio celebrado en nuestro país); segundo, cuando las obligaciones contractuales debieren ser cumplidas en España (domicilio del Banco Agente en España).

¹²⁸ Al margen de los citados efectos, el resto del régimen de estos acuerdos debe ser el mismo que el previsto para los convenios atributivos de competencia judicial internacional cuando una o ambas partes poseen domicilio en territorio convencional. Al menos, eso es lo que impone la lógica y lo que puede desprenderse del examen literal del inciso último del párrafo primero del artículo 17 -«Cuando ninguna de las partes que hubiere celebrado un acuerdo de este tipo...»- el cual se refiere claramente a un convenio atributivo de competencia que reúna los requisitos formales y sustanciales que serán analizados en otro apartado de este trabajo. *Vid. infra*, pp. 208 y ss..

Al margen de lo criticable de la adopción de estos criterios¹²⁹, no parece que, según la práctica habitualmente seguida en los mercados financieros, ambas circunstancias se vayan a dar frecuentemente. La redacción definitiva de los contratos y la ceremonia de firma de los mismos tiene lugar, generalmente, en un paraje turístico exótico o en la sede o sucursal de una de las instituciones financieras líderes radicadas en uno de los principales centros financieros: Londres, Nueva York. Por lo que al Banco Agente respecta, lo habitual es que se designe una sucursal como oficina del mismo, establecida en el centro financiero internacional de referencia, a efecto del cumplimiento de las obligaciones de las partes.

342. En el sistema inglés, las posibilidades de que su órganos judiciales se declaren incompetentes cuando han sido elegidos por las partes son también remotas, pese a contar para ello con un instrumento discrecional como la doctrina del *forum non conveniens*¹³⁰. Según ésta, el demandado puede solicitar la declaración de incompetencia del tribunal si logra convencerle de la existencia de un foro alternativo más apropiado desde el punto de vista del principio de proximidad y de la realización de la justicia. La defensa que las autoridades inglesas han hecho siempre de la primacía de Londres como sede de resolución de controversias comerciales internacionales y su condición de principal centro financiero internacional deja pocos visos de verosimilitud a la hipótesis de partida.

En el caso contrario, es decir, que la cláusula designase a otro tribunal de un Estado contratante como competente y éste declinase conocer del asunto, los tribunales ingleses pueden entrar a examinar su competencia a partir de un complejo sistema normativo.

¹²⁹El primero, obligaciones que hayan nacido en España®, responde a una concepción trasnochada que bebe en las fuentes de la tradicional regla *locus celebrationis*. Hubiera sido preferible incluir sólo el segundo, eso sí, con un supuesto de hecho redactado según el modelo del Convenio de Bruselas *-forum executionis-* y no introduciendo una redacción novedosa que genera más problemas que soluciones. Vid. J.M0. ESPINAR VICENTE, *Curso...*, *op. cit.*, p. 106.

¹³⁰Vid. P. BEAUMONT, cap. 10, en J.J. FAWCETT (edit.), *Declining Jurisdiction in Private International Law*, Oxford, Clarendon, 1995, pp. 207 a 233; R. CARO GÁNDARA, *Forum non conveniens* y Convenio de Bruselas: quiebras de un modelo de atribución de competencia judicial internacional®, *R.E.D.I.*, vol. 1, 1995, pp. 55 a 80, esp., pp. 59 a 62.

En principio, basta con la presencia del demandado en Inglaterra -noción necesariamente distinta de la de domicilio pues, en caso de concurrir esta última estaríamos en el supuesto del art. 2 de los Convenios de Bruselas y Lugano- y con su preceptiva notificación, para que los órganos jurisdiccionales ingleses asuman competencia sobre el asunto. En el campo de las relaciones financieras internacionales, dichas personas serán, en la inmensa mayoría de los casos, sociedades anónimas, por lo cual hay que averiguar cuando una persona jurídica mercantil puede ser considerada presente en territorio inglés. Por hipótesis, debe tratarse de entidades domiciliadas fuera de Inglaterra, lo cual nos lleva a considerar el caso de la sección 691 (i) b de la *Companies Act* de 1985, que exige a tales sociedades, como requisito para desarrollar actividades en territorio inglés, la designación de una persona residente en Inglaterra, con poder suficiente para aceptar notificaciones a efectos procesales¹³¹.

Finalmente, existen una serie de preceptos contenidos en la *Order 11, rule 1(1) of the Rules of the Supreme Court* de apreciación discrecional por parte del juez, según los cuales se puede fundamentar la competencia de los tribunales ingleses cuando el demandado no está presente en Inglaterra, siempre y cuando se pueda proceder a la notificación¹³². Entre los criterios más fácilmente aplicables en materia financiera internacional destacan: la celebración del contrato en Inglaterra o a través de un representante residente en ella (supuesto muy común en la práctica financiera internacional); la acción trae su causa de un incumplimiento contractual acaecido en territorio inglés (supuesto fácilmente verificable en el caso de que el Banco Agente esté establecido en Inglaterra); la ley inglesa ha sido elegida como ley rectora del contrato (elección casi estándar en las relaciones financieras del euromercado). Curiosamente, la presencia de activos financieros del demandado en Inglaterra, vital en materia de financiación, no es considerada como base suficiente para fundamentar la competencia judicial internacional de los tribunales ingleses, a diferencia de lo que ocurre en otros sistemas como, por ejemplo, el alemán o el austriaco.

343. Las consecuencias del proceso de revisión de los Convenios de Bruselas y Lugano no es probable que afecten tampoco a esta exigencia concreta de conexión mínima entre el espacio judicial europeo occidental y el asunto sometido a la competencia de los tribunales en él integrados. Por un lado, la Propuesta de Reglamento mantiene la exigencia inalterada¹³³. Por otro, la Propuesta de la Comisión, aunque eliminaba de la redacción del artículo 17 la frase A..., cuando al menos una de ellas tuviere su domicilio en un Estado contratante, ...®, en realidad no cambiaba nada. A continuación, el texto propuesto seguía remitiendo a los sistemas autónomos el efecto prorrogador del acuerdo atributivo de jurisdicción celebrado entre partes que carecen de residencia habitual®-noción que sustituye a la de domicilio en el mencionado documento- en un Estado contratante y regulando en los mismos términos anteriores el efecto derogatorio¹³⁴. Consecuentemente, el resto de supuestos -es decir, tanto si ambas partes son residentes en el espacio judicial europeo occidental cuanto si sólo una de ellas lo es- quedaban sometidos al régimen convencional.

iii. Designación de un tribunal o los tribunales de un Estado contratante como órgano competente para la resolución de controversias en el eurocrédito sindicado.

344. En el espacio judicial integrado europeo occidental, las partes cuentan con tres alternativas para fijar la sede judicial ante la cual resolver sus controversias; dos deducidas del tenor literal del párrafo 11 del art. 17 de los Convenios de Bruselas y Lugano y otra afirmada por la doctrina jurisprudencial del TJCE¹³⁵.

De lo dispuesto por el citado párrafo 11 del art. 17 puede concluirse que es posible tanto designar como competente a un tribunal concreto (*Commercial Court* londinense) cuanto la referencia genérica a toda la organización judicial de un Estado contratante (Tribunales españoles). Desde el punto de vista de la maximización de la eficacia de las cláusulas contractuales de elección de fuero, es preferible la primera de dichas opciones, puesto que no todos los órganos que las integran dichas organizaciones judiciales poseen el grado preciso de conocimiento y familiaridad con las complejidades propias de los mercados financieros internacionales.

Por su parte, la sentencia del TJCE de 9 de noviembre de 1978, en el asunto *N. Meeth c. Glacetal*¹³⁶, admitió la posibilidad de elegir como competentes *in genere* no uno sino varios tribunales de Estados contratantes diferentes. Ampliación que la doctrina estima admisible en otros supuestos como la atribución de competencia a dos o más tribunales específicos, tanto

¹³¹Vid. G.A. PENN y otros, *op. cit.*, pp. 16 a 23.

¹³²Vid. PH. WOOD, *Law and Practice... Vol 3, op. cit.*, pp. 73 y ss..

¹³³Si las partes, cuando al menos una de ellas tuviere su domicilio en un Estado miembro, hubieren acordado...®. Vid. http://europa.eu.int/eur-lex/es/com/dat/1999/es_599PC0348.html, visitado el 21 de marzo de 2000.

¹³⁴Si las partes hubieren acordado que un tribunal o los tribunales de un Estado contratante fueren competentes para conocer de cualquier litigio que hubiere surgido o que pudiese surgir con ocasión de una determinada relación jurídica, tal tribunal o tales tribunales serán los únicos competentes. Cuando ninguna de las partes que hubiere celebrado un acuerdo de este tipo tuviere su residencia habitual en un Estado contratante, los tribunales de los demás Estados contratantes sólo podrán conocer del litigio cuando el tribunal o los tribunales designados hubieren declinado su competencia". Vid. Propuesta, *doc. cit.*, p. 24.

¹³⁵Queda fuera de este análisis el convenio atributivo de competencia judicial internacional celebrado en favor de una de las partes, que será analizado posteriormente. Vid. *infra*, pp. 31 a 33.

¹³⁶STJCE de 9 de noviembre de 1978, asunto 23/78, *Meeth c. Glacetal, Rec.*, 1978, pp. 2.133 a 2.149. Se trataba de analizar la validez de una cláusula según la cual las partes se comprometían a demandarse sólo ante los tribunales del domicilio de cada una, estando ambas domiciliadas en Estados contratantes diferentes.

de un mismo Estado contratante cuanto de Estados contratantes distintos; atribución de competencia a un tribunal específico de uno o más Estados combinada con la designación *in genere* de los tribunales de otro u otros Estados contratantes; atribución con carácter no exclusivo a tribunales de Estados contratantes diferentes; atribución con carácter exclusivo a tribunales de Estados contratantes distintos¹³⁷.

La virtualidad de las opciones antes mencionadas en el campo eurocrediticio es desigual, partiendo siempre de lo conveniente de designar el concreto órgano judicial encargado de resolver eventuales controversias. En particular, la posibilidad de otorgar competencia con carácter no exclusivo a tribunales de Estados contratantes diferentes, como ya se adelantó, es uno de los elementos explícitos típicos de las cláusulas de elección de fuero en la práctica financiera internacional. Esta especial formulación del pacto atributivo de jurisdicción será analizada en detalle más tarde y a su estudio me remito¹³⁸.

345. Por razones sistemáticas interesa destacar ahora los efectos de designar como órgano competente a un tribunal o a los tribunales de un Estado no integrado en el espacio judicial europeo continental. Supuesto de interés dada la condición de Nueva York como centro financiero internacional y la frecuente designación de sus tribunales como internacionalmente competentes en las operaciones objeto de esta reflexión.

¹³⁷ *Vid.*, por todos, A. RODRÍGUEZ BENOT, *Los acuerdos...*, *op. cit.*, pp. 157 y 158.

¹³⁸ *Vid. infra*, pp. 221 y ss..

Como ya vimos antes, cuando el tribunal o los tribunales de un Estado contratante de los convenios de Bruselas o Lugano son designados como competentes en el pacto atributivo, éste produce dos efectos fundamentales: uno prorrogador de la competencia del órgano elegido y otro derogador del resto de criterios atributivos de competencia convencionalmente establecidos¹³⁹. La pregunta, ahora, es ¿qué ocurre si el Tribunal designado es un órgano jurisdiccional de un Estado no parte?

En principio, ninguno de los Convenios que regulan la competencia judicial internacional en el espacio judicial integrado de Europa Occidental impone obligación alguna a los Estados contratantes de respetar la *derogatio fori* cuando ésta opera en favor de un tercer Estado. Pero es igualmente cierto que tampoco se prohíbe el respetar la decisión de las partes de derogar la competencia de todos los tribunales componentes del mencionado espacio judicial. En suma, la atribución de competencia a una jurisdicción no contratante no está regulada en el art. 17 de ambos Convenios, por lo que debe considerarse como excluida de su ámbito de aplicación.

346. Tampoco parece que la revisión de ambos instrumentos vaya a alterar este estado de cosas, visto el silencio que tanto ambas Propuestas cuanto los estudios doctrinales mantienen al respecto¹⁴⁰. El efecto derogatorio de estos pactos atributivos deberá enjuiciarse, entonces, desde los parámetros del sistema autónomo contratante concernido, lo que nos lleva al análisis, siquiera sucinto, de la respuesta que recibiría esta cuestión en el ordenamiento español.

Planteado en sus justos términos, el problema de la *derogatio fori* -no regulado en nuestro sistema autónomo, el cual carece de las denominadas normas de aplicación- surge cuando el demandante -un acreditante eurocrediticio que ha visto inatendidos sus derechos- somete una cuestión litigiosa a los tribunales españoles, obviando el compromiso contractualmente asumido de plantearla ante una jurisdicción extraconvencional (*Southern District Court of New York*).

La parte demandada -acreditado- puede adoptar una de las tres posiciones siguientes: primera, someterse al órgano ante el que se interpone la demanda; segunda, no comparecer; tercera, impugnar la competencia de los tribunales españoles e intentar hacer valer el pacto atributivo de competencia judicial internacional.

En el primer caso no hay problema al operar con carácter general el fuero de la sumisión tácita del demandado que, de alguna manera, novaría el pacto original¹⁴¹.

En los dos últimos, si hay criterio positivo de competencia judicial internacional en favor de los tribunales españoles, nuestros órganos judiciales se verían en la tesitura de atender al tenor literal de la L.O.P.J. e ignorar el pacto en favor de los tribunales neoyorquinos o velar por el respeto a la voluntad expresa de las partes, buscando un recurso interpretativo que les permita obviar el silencio legislativo sobre la cuestión.

¹³⁹Excepto, claro está, aquellos referidos en el propio artículo 17 como límites a la libertad de las partes y la sumisión tácita que, como el TJCE tiene declarado, prima sobre la expresa *Vid.* STJCE de 24 de junio de 1981, asunto 150/80, *Elefanten Schuh c. Pierre Jacqmain*, *Rec.* 1981, pp. 1.671 a 1.700; STJCE de 7 de marzo de 1985, asunto 48/84, *Spitzley c. Sommer*, *Rec.* 1985, pp. 787 a 800; STJCE de 14 de julio de 1983, asunto 201/82, *Gerling Konzern c. Amministrazione del tesoro dello Stato*, *Rec.* 1982, pp. 2.503 a 2.524.

¹⁴⁰*Vid.* <http://europa.eu.int/eur-lex/es/com>, visitado el 21 de marzo de 2000; Propuesta, *doc. cit.*, pp. 20 y ss.. *Vid.* A. BORRÁS RODRÍGUEZ, *La revisión...*, en A. BORRÁS RODRÍGUEZ (ed.) *Revisión...*, *op. cit.*, pp. 11 a 27.

¹⁴¹El artículo 18 de los Convenios de Bruselas y Lugano, al operar sin consideración al domicilio de las partes, vendría a desplazar, en materias patrimoniales, a lo previsto -por otra parte, en términos muy similares- en el art. 22.2 L.O.P.J. de nuestro sistema autónomo. *Vid.* M. DESANTES REAL, *La competencia...*, *op. cit.*, pp. 183 y ss..

La postura tradicional de nuestro Tribunal Supremo, reacio a conferir efectos derogatorios a los convenios atributivos de jurisdicción en favor de tribunales extranjeros, ha merecido un juicio unánimemente crítico por parte de la doctrina internacional-privatista española¹⁴².

En el ámbito de las operaciones de eurocréditos sindicados, la importancia de Nueva York como capital financiera internacional y de sus tribunales como primera opción a la hora de elegir un centro de resolución de controversias exige una solución más acorde con el respeto a la voluntad de las partes y las exigencias de la integración de nuestra economía en el concierto mundial. Tendencia que, afortunadamente, parece abrirse en la doctrina del Alto Tribunal¹⁴³.

347. Ahora bien, sentado lo idóneo de tal evolución, la actitud del juez español ante la derogación no sólo de la propia competencia sino también de la de todas las jurisdicciones del espacio judicial europeo occidental no puede ser simplemente contemplativa respecto de la decisión de las partes. En particular, debería velar: primero, por que el pacto atributivo de competencia a una jurisdicción extraconvencional no viole los foros exclusivos y de protección de partes contractualmente débiles; segundo, por que el pacto exprese la voluntad real de las partes; tercero, por la eventualidad de incurrir en denegación de justicia.

El primer condicionante, respeto por los foros exclusivos y tuitivos, no reviste gran trascendencia, *a priori*, en el marco de las operaciones eurocrediticias dado el objeto de las mismas y el carácter altamente profesionalizado y sofisticado de los sujetos que las celebran. Cuestión que será tratada con mayor detalle más adelante¹⁴⁴.

¹⁴²Entre los variados argumentos invocados en defensa de una solución más acorde con las necesidades impuestas por el actual grado de participación de nuestros agentes económicos en el comercio internacional destaca el que alude al papel central que la autonomía de la voluntad adquiere en el sistema autónomo español, a partir de una normativa, la contenida en la L.O.P.J., claramente inspirada en el Convenio de Bruselas. Una interpretación estrictamente literal de la L.O.P.J. resultaría inconsistente con la referida fuente inspiradora y con su propio articulado, en el cual se reconoce a la autonomía de la voluntad como criterio general de atribución de competencia judicial internacional. Si la voluntad de las partes es tenida en cuenta para prorrogar la competencia de nuestros órganos jurisdiccionales o para someter una cuestión litigiosa a arbitraje, tanto una interpretación *sensu contrario* cuanto analógica del aludido apartado 2 del artículo 22 L.O.P.J. conduciría a reconocerle efectos semejantes ante el lógico silencio del sistema autónomo -necesariamente unilateral- frente a la sumisión a tribunales extranjeros. *Vid.*, J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, pp. 140 y ss.; A. RODRÍGUEZ BENOT, *AEspaña en el espacio judicial europeo: ¿primeros tropiezos jurisprudenciales?*, *R.E.D.I.*, vol. XLVI (1994), n.º 2, pp. 587 a 627.

¹⁴³*Vid.*, *ad exemplum*, Sentencias de la Sala 10 del T.S. de 10 de junio de 1990, de 19 de noviembre de 1990, de 13 de octubre de 1993 y de 10 de noviembre de 1993.

¹⁴⁴*Vid. infra*, pp. 217 y 218.

El segundo condicionante, control de la voluntad real de las partes, tiene una especial dimensión en lo referido al vehículo formal de expresión de la misma que, sin embargo, tiene poco juego en el terreno del eurocrédito, por mor de la minuciosidad con que se redactan los contratos que les dan cobertura. Minuciosidad que evita las discusiones, tan frecuentes en otros ámbitos, en torno al valor de los convenios atributivos pactados oralmente, incluidos en las condiciones generales de una de las partes, insertos en contratos electrónicos o referidos a operaciones anteriores.

En fin, no está de más dejar constancia de una circunstancia, no por evidente, menos importante. El efecto prorrogatorio de la cláusula en la que se designa como competente al tribunal neoyorquino no depende del ordenamiento español, sino del sistema de D.i.pr. del Estado de Nueva York, por lo cual nuestros juzgados y tribunales deberían contar con los instrumentos precisos -información acerca del Derecho extranjero- para no incurrir en denegación de justicia, puesto que el tribunal designado no tiene, en principio, por qué asumir la competencia que las partes pretenden conferirle¹⁴⁵. Las posibilidades abiertas por el desarrollo de las telecomunicaciones en la nueva sociedad de la información debieran alcanzar también a nuestros Juzgados y Tribunales para que éstos puedan cumplir con el mandato constitucional de proporcionar una tutela judicial efectiva.

b. Requisitos sustanciales exigidos por los Convenios de Bruselas y Lugano.

348. También respecto de qué se entienda y cuáles sean los requisitos sustantivos del art. 17 de los Convenios de Bruselas y Lugano existen divergencias entre aquellos que se han dedicado a su estudio¹⁴⁶. Sin intentar, en modo alguno, construir una categorización innovadora, en las líneas que siguen se describen aquellas exigencias que operan como límites a la libertad de elección de las partes o relativas a la validez del convenio atributivo de jurisdicción, de forma que su inobservancia conllevaría el que la cláusula no produciría los efectos prorrogadores y derogadores propios del citado art. 17.

Desde esta perspectiva, se da un somero repaso a la sujeción de la sumisión expresa a los límites marcados en el propio art. 17: competencias exclusivas y foros de protección. Como es sabido, los acuerdos de elección de fuero están siempre supeditados al respeto de los arts. 12, 15, 16 y 17.5 de ambos instrumentos convencionales. Razones de orden público o que traen su causa de la estrecha vinculación entre la materia y una determinada jurisdicción y objetivos de protección de las partes consideradas como débiles en el marco de la contratación, justifican la imposición de estos límites a la autonomía de la voluntad de las partes a la hora de pactar los tribunales internacionalmente competentes para resolver sus controversias. Límites que, como veremos, no tienen demasiado campo de juego en el terreno eurocrediticio.

i. Respeto a las competencias exclusivas del artículo 16.

¹⁴⁵El Estado de Nueva York, admite la eficacia de la sumisión a sus tribunales siempre que la transacción implique un montante mínimo de un millón de dólares y venga sometida a la ley de ese Estado (' 5- 1402 de la *New York General Obligations Law*). Además, cuando la elección del foro neoyorquino viene acompañada de la designación -subjativa u objetiva- de la ley del Estado de Nueva York como aplicable y la transacción supera el millón de dólares, se prohíbe a los tribunales recurrir a la doctrina del *forum non conveniens* para rechazar su propia competencia (*Rule 327 (b)* de la *New York Civil Practice Law and Rules*).

¹⁴⁶*Vid.* M. DESANTES REAL, *La competencia...*, *op. cit.*, pp. 221 a 232; A. RODRÍGUEZ BENOT, *op. cit.*, pp. 165 a 199.

349. El artículo 16 de los Convenios de Bruselas y Lugano establece un catálogo cerrado de competencias exclusivas que, en principio, no parece deba ser analizado con especial detenimiento en el marco de las operaciones que centran este análisis, dado el objeto de las mismas¹⁴⁷. Ni siquiera la práctica -habitual en las operaciones financieras domésticas- de exigir del acreditado o prestatario el compromiso de constituir garantías reales en favor de los acreditantes -que podría merecer alguna atención, en tanto en cuanto son susceptibles de dar entrada a la aplicación del *forum rei sitae*- será considerada en este trabajo. Ello se debe a dos tipos de razones.

La primera obedece a motivos obvios de espacio y acotamiento del objeto del presente trabajo. Resulta evidente que, entendida la relación de garantía como un negocio jurídico autónomo respecto del contrato cuya efectividad pretende asegurar, su estudio requiere un tratamiento específico y detenido que está fuera de los lindes de este discurso.

La segunda deriva de la especialidad de la operativa de las entidades financieras internacionales al respecto. La práctica bancaria internacional en materia de riesgo de crédito se orienta, principalmente, a conseguir que el cliente se encuentre en condiciones de satisfacer puntualmente los compromisos asumidos. Sólo como último recurso se intenta asegurar un cumplimiento subsidiario por vía de la ejecución judicial del patrimonio del deudor. Más que la obtención de garantías, en sentido tradicional, interesa a los acreditantes u obligacionistas un análisis minucioso de la situación patrimonial del acreditado o emisor de bonos, que les permita asegurarse que la actividad económica de estos últimos posibilitará la generación de recursos suficientes para atender a las obligaciones dimanantes de la operación. Frente a las acostumbradas garantías personales o patrimoniales surge así un complicado sistema de previsiones contractuales de naturaleza cautelar, cuyo quebrantamiento se configura como supuestos tasados de resolución técnica del contrato (*events of default*), es decir, como causas que permiten la ruptura unilateral del vínculo contractual.

ii. Respeto a los foros de protección.

350. Los artículos 12, 15 y el apartado final del art. 17 de ambos Convenios establecen los denominados foros de protección. Obviamente, el objetivo tuitivo -protección de la parte débil en el orden internacional- de tales normas no podría cumplirse de admitir su derogación por la voluntad de los contratantes. Por consiguiente, el respeto a los foros de protección opera como condicionante de la intención de las partes a la hora de establecer la sede de resolución de controversias.

A mi entender, igualmente manifiesto resulta que, por razón de los sujetos protegidos -consumidores, tomadores de seguro y trabajadores por cuenta ajena- la cuestión carece, en principio, de trascendencia en el ámbito de la resolución de controversias derivadas del eurocrédito sindicado. El eurocrédito difícilmente puede dar lugar a relaciones calificables como contrato de seguro o contrato individual de trabajo. Sólo restaría, como posibilidad, el contemplar a cualquiera de las partes intervinientes en una operación eurocrediticia como consumidores.

Desde un punto de vista subjetivo, la noción convencional de consumidor requiere la concurrencia de los siguientes requisitos: tiene que ser un consumidor final; domiciliado en un Estado contratante; parte en un contrato catalogado como contrato de consumidores y también parte él mismo en el proceso como demandante o demandado¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Tampoco en este campo el proceso de renovación de ambos Convenios posee especiales consecuencias. *Vid.*, respecto de la Propuesta de Reglamento, http://europa.eu.int/eur-lex/es/com/dat/1999/es_599PC0348.html, visitado el 21 de marzo de 2000. Respecto de la Propuesta de la Comisión, *vid. Propuesta, doc. cit.*, p. 24.

¹⁴⁸ *Vid.* STJCE de 19 de enero de 1993, asunto 88/91, *Shearson Lehman Hutton c. TVB*, *Rec.* I-1993, pp. 139 a 190., apartados 20 y 22; STJCE de 3 de julio de 1997, asunto C-269/95, *Francesco Benincasa c. Dentalkit Srl*, *Rec.* I-1997, pp. 3.767 a 3.800, apartados 15 y 17.

Pese al mantenimiento de alguna opinión contraria, reputar a los acreditantes y acreditados eurocrediticios como consumidores finales no parece que esté dentro de la lógica de las cosas¹⁴⁹. En el seno del euromercado se negocian sumas de tal magnitud que, prácticamente, no hay espacio para la aparición de relaciones de crédito al consumo. Se trata de un ambiente altamente profesionalizado, dominado por entidades sofisticadas que celebran estos contratos como fórmulas de financiación de sus actividades empresariales o incluso en el marco de la satisfacción de necesidades públicas. Difícil será, pues, su encaje en la categoría de Aconsumidor final¹⁵⁰ que el TJCE viene exigiendo para que se desencadene toda la batería de prescripciones protectoras contenida en la sección 40 del Convenio de Bruselas.

351. No es previsible que el proceso de revisión de los Convenios altere sustancialmente las afirmaciones antes vertidas. Si bien la Propuesta de Reglamento establece entre sus fundamentales innovaciones Aampliar el ámbito material de las disposiciones relativas a los consumidores, para incrementar su protección en el contexto del comercio electrónico¹⁵⁰, tal ampliación no parece que pueda afectar a la propia noción de consumidor, tal y como el TJCE la viene entendiendo. La autonomía de la voluntad está limitada, en los contratos mencionados en los puntos 1, 2 y 3, del citado precepto, si y sólo si se trata de contratos celebrados con consumidores. Consecuentemente, los contratos eurocrediticios deben quedar al margen de las disposiciones tuitivas del art. 15. Otro tanto cabe manifestar respecto de la Propuesta de la Comisión¹⁵¹.

¹⁴⁹Sobre la posible extensión al crédito sindicado -doméstico- de la disciplina sobre protección de la parte débil, *vid.* L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, A Los préstamos y créditos sindicados con interés variable¹⁵⁰, en A.L. CALVO CARAVACA, L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (dirs.) y P. BLANCO-MORALES LIMONES (coord.), *Contratos internacionales*, Madrid, 1997, Tecnos, pp. 864 a 902, esp., pp. 874 y ss..

¹⁵⁰*Vid.* http://europa.eu.int/eur-lex/es/com/dat/1999/es_599PC0348.html, visitado el 21 de marzo de 2000.

¹⁵¹*Vid.* Propuesta, *doc. cit.*, pp. 23 y 24.

c. Requisitos formales.

352. Los requisitos formales tratan de garantizar que una decisión de la trascendencia de la elección de tribunales competentes responda efectivamente a la voluntad real de ambas partes. La profusa jurisprudencia del TJCE al respecto ha procurado equilibrar las exigencias de agilidad del comercio internacional y la represión de prácticas tendentes a la introducción subrepticia de las cláusulas de elección de tribunales competentes¹⁵². Como el propio Tribunal ha manifestado, las cargas formales no son más que salvaguardas de la voluntad: A...las formas exigidas por el art. 17 tienen por función asegurar que el consentimiento entre las partes sea efectivamente establecido¹⁵³.

Así pues, una vez comprobada la regularidad sustancial del pacto -domicilio de una de las partes en territorio convencional, designación de un/os órgano/s jurisdiccional/es concretos o genéricos, respeto a los límites trazados por los arts. 12, 15, 16 y 17 *in fine*- el juez debe, de oficio, comprobar que efectivamente existe un acuerdo entre las partes al efecto de la prorrogación de fuero y que tal acuerdo ha sido consciente, voluntaria y mutuamente consentido¹⁵⁴.

Desde este punto de vista, las prácticas de las partes en las operaciones que estamos estudiando colman perfectamente las exigencias formales que tanto el tenor literal del art. 17 cuanto su interpretación por el TJCE imponen. El convenio atributivo de competencia en el eurocrédito es invariablemente incorporado como cláusula contractual expresa y, consecuentemente, celebrado por escrito, según la expresión convencional.

Poco queda por añadir a lo que ya no hayan dicho los especialistas que de estos aspectos se han ocupado; doctrina que, por otra parte, no es previsible que resulte cuestionada por el proceso de revisión de los Convenios de Bruselas y Lugano. Tan sólo la emergencia de Luxemburgo como centro financiero internacional obliga a recordar las especiales cautelas formales que deben cumplir los convenios atributivos de competencia cuando una de las partes reside en el Gran Ducado: en los pactos atributivos de jurisdicción en los que una de las partes esté domiciliada en Luxemburgo, debe constar la aceptación expresa y específica de tal parte respecto del acuerdo. En palabras del TJCE, la cláusula debe ir: «Especialmente firmada por la parte luxemburguesa...»¹⁵⁵.

353. El proceso de revisión y la inminente comunitarización del Convenio de Bruselas tampoco afectará a lo antes afirmado. Por un lado, en la Propuesta presentada por la Comisión, el 22 de diciembre de 1997, no se recogen modificaciones a este respecto¹⁵⁶. Por otro, aunque la Propuesta de Reglamento introduce importantes novedades al respecto, éstas no son relevantes en el campo eurocrediticio. El apartado 3 de su art. 23 -equivalente al actual art. 17- al enumerar las modalidades formales de las que cabe revestir el acuerdo de prorrogación de fuero, especifica que "Por escrito" equivale a toda comunicación realizada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo. Como la exposición de Motivos de la Propuesta de Reglamento específica, se trata de tener en cuenta el desarrollo de las nuevas cláusulas de elección de fuero que figuran en los contratos electrónicos. Modalidad de contratación ajena al universo del eurocrédito sindicado¹⁵⁷.

21. Exigencias de los sistemas autónomos de competencia judicial internacional.

354. En el caso de que la regulación prevista en los Convenios de Bruselas y Lugano no tenga aplicación -por carencia de domicilio de ambas partes en territorio convencional, o porque el tribunal designado no sea el de un Estado contratante- entrarían en acción los sistemas autónomos de competencia judicial internacional.

Por lo que a las concretas exigencias del sistema autónomo español se refiere, aunque nuestro sistema garantiza - *ex párrafo 21 del art. 22 de la L.O.P.J.* - el respeto a la elección de las partes -siempre y cuando la designación recaiga sobre los tribunales españoles- el mismo carece de una regulación de las condiciones -sustantivas y formales- que la elección de fuero debe cumplimentar en el orden internacional. Ello obliga al recurso a lo previsto en las normas internas de reparto competencial¹⁵⁸, a pesar de la opinión doctrinal mayoritaria. Ésta señala, muy acertadamente, que la concurrencia de identidad de razón entre la competencia judicial internacional y la competencia territorial o interna resulta, cuando menos, discutible¹⁵⁹.

En cuanto a la elección de tribunales de Estados no contratantes de los Convenios de Bruselas y Lugano, como ya se

¹⁵²*Vid.*, *ad exemplum*, la STJCE de 14 de diciembre de 1976, asunto 25/76, *Segoura c. Bonakdarian*, *Rec.* 1976, pp. 1849 a 1868 y la STJCE de 11 de noviembre de 1986 asunto 313 *Iveco Fiat c. Van Hool*, *Rec.* 1986, pp. 3337 a 3358.

¹⁵³STJCE de 14 de diciembre de 1976, asunto 24/76, *Salotti c. Rüwa*, *Rec.* 1976, pp. 1831 a 1849.

¹⁵⁴STJCE de 26 de marzo de 1992, asunto C-261/90, *Reichert c. Dresner Bank (II)*, *Rec.* 1992, pp. I-2149-2186.

¹⁵⁵STJCE de 6 de mayo de 1980, asunto 784/79, *Porta Leasing c. Prestige International*, *Rec.* 1980, pp. 1517 a 1527.

¹⁵⁶*Vid.* Propuesta, *doc. cit.*, p. 24.

¹⁵⁷Modificación que responde, asimismo, a los objetivos perseguidos por la Comisión en la Propuesta de Directiva del Consejo relativa a determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico, *D.O.C.E.* n.º 30, de 5 de febrero de 1990, COM (98)586. *Vid.* http://europa.eu.int/eur-lex/es/com/dat/1999/es_599PC0348.html, visitado el 21 de marzo de 2000.

¹⁵⁸Artículos 56 a 58 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de 3 de febrero de 1881.

¹⁵⁹*Vid.* J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Curso de Derecho internacional privado*, 30 ed., Madrid, Civitas, 1996, p. 268.

expuso antes, a pesar de algunos recientes y afortunados pronunciamientos jurisprudenciales propicios a la admisión de la *derogatio fori* en favor de tribunales extranjeros, la ausencia de una norma negativa de competencia judicial internacional dificulta la declinación de la competencia de nuestros tribunales cuando -fundamentalmente *ex regula séptima* del apartado 3 del art. 22 L.O.P.J.- las obligaciones contractuales hubieren nacido o debieren ser cumplidas en España¹⁶⁰.

355. En el sistema inglés, la solución de base al efecto prorrogador de los pactos que designen a sus tribunales como competentes es también favorable al respeto por la decisión de las partes. No obstante, la sumisión sólo será efectiva si es posible notificar al demandado la demanda interpuesta en su contra. De ahí que, en los ejemplos de cláusulas expuestos anteriormente, los asesores de las entidades financieras requieran el compromiso del acreditado de nombrar un representante en Inglaterra a efecto de la facilitar la inmediata práctica de la preceptiva notificación, evitando así el tener que proceder a la misma fuera del territorio de la propia jurisdicción, cuestión que, si bien viene facilitada por un importante entramado convencional, siempre implica mayores costes en términos económicos y temporales¹⁶¹.

Finalmente, cuando se somete a la competencia de un juez inglés un asunto, pese a la existencia de un convenio atributivo de jurisdicción a tribunales situados fuera del espacio judicial europeo occidental, la doctrina del *forum non conveniens* proporciona al demandado un instrumento idóneo para sugerir al órgano jurisdiccional que se declare incompetente y respete la voluntad expresa de las partes. El demandado corre, pues, con la carga de probar que los tribunales elegidos constituyen un foro más apropiado, desde el punto de vista de realización de la justicia, expresado en el principio de sumisión de los asuntos a la jurisdicción con la que guardan *the most real and substantial connection*¹⁶².

Entre los criterios más atendidos por la jurisprudencia inglesa figura, evidentemente, la voluntad válidamente expresada de las partes de querer dirimir sus controversias en un foro apropiado; al margen de otros como economía procesal, disponibilidad de testigos, residencia de las partes o centro de realización de actividades, etc.. Sin embargo, el carácter discrecional de la declaración de incompetencia en base a la doctrina del *forum non conveniens* no deja de plantear incertidumbres, desde luego nada apreciadas por los agentes financieros internacionales.

356. Una respuesta muy semejante, en el sentido de dar virtualidad a la elección de las partes, se daría desde el sistema autónomo neoyorquino, si la cláusula señalase como competentes los tribunales del Estado de Nueva York y superase un *test* de mínima racionalidad.

Desde el punto de vista de la regulación positiva, el parágrafo 5-1402 de la *New York General Obligations Law* así lo dispone, siempre que la transacción implique un montante mínimo de un millón de dólares y venga sometida a la ley de ese Estado¹⁶³. Además, cuando la elección del foro neoyorquino viene acompañada de la designación -subjettiva u objetiva- de la ley del Estado de Nueva York como aplicable -lo cual suele ser la norma en el eurocrédito sindicado- y la transacción supera el millón de dólares, se prohíbe a los tribunales recurrir a la doctrina del *forum non conveniens* para rechazar su propia competencia¹⁶⁴. Dados los importes habitualmente manejados en el euromercado y la tendencia general a hacer coincidir *forum* y *ius*, no parece que existan excesivos problemas al respecto.

Desde la perspectiva, el *leading case* en la materia -*The Bremen*- confirma el carácter indispensable que el respeto a las cláusulas de elección de foro competente tiene para el desarrollo del comercio internacional¹⁶⁵.

¹⁶⁰Vid. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 144.

¹⁶¹Entre los textos multilaterales que nos vinculan con Inglaterra destaca el Convenio relativo a la notificación y traslado en los Estados miembros de la Unión Europea de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, firmado el 26 de mayo de 1997, *D.O.C.E.* C 261, de 27 de agosto de 1997. Dicho instrumento no sustituye enteramente al Convenio de La Haya de 15 de noviembre de 1965, sobre notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y comercial, *B.O.E.* n.º 203, de 25 de agosto de 1987. Entre los textos bilaterales, merece la pena citar el Convenio entre España y Gran Bretaña relativo a la mutua asistencia en procedimientos civiles y comerciales, hecho en Londres el 27 de julio de 1929, Gaceta de Madrid de 10 de abril de 1930; así como otros que regulan los aspectos formales de las solicitudes de asistencia judicial internacional: Canje de notas entre España y Gran Bretaña, de 28 de mayo y de 15 de septiembre de 1910.

¹⁶²Vid. G.A. PENN y otros, *op. cit.*, pp. 33 y ss..

¹⁶³Vid. L.C. BUCHHEIT, *op. cit.*, p. 27.

¹⁶⁴Rule 327 (b) de la *New York Civil Practice Law and Rules*. Vid. W.W. PARK, *cit.*, pp. 45 y 46.

¹⁶⁵*The Bremen contra Zapata Off-Shore Co.*, 407 US 1, 1972.

3. CARÁCTER PREFERENTEMENTE NO EXCLUSIVO DE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ELEGIDO EN EL CLAUSULADO EUROCREDITICIO ESTÁNDAR.

357. La cláusula de sometimiento no exclusivo se ha convertido en una práctica invariablemente seguida por los asesores jurídicos que intervienen en la redacción de los contratos de crédito sindicado denominado en euromonedas. A continuación se aborda el estudio de los motivos y condicionantes de tal práctica.

A. Motivación.

358. La preferencia por las llamadas cláusulas no exclusivas de competencia judicial internacional descansa en una doble motivación, ya apuntada al analizar las estrategias negociadoras de las partes y coherente con la posición preeminente de las entidades financieras respecto de los demandantes de recursos financieros¹⁶⁶.

En primer lugar, los bancos transnacionales procuran tener abierto el acceso al mayor número de tribunales posibles, de forma que puedan perseguir los activos del deudor allí donde se hallaren. La revolución tecnológica y la liberalización generalizada de los movimientos de capital permiten una rápida movilización de tales activos, de forma que, si se atribuyese competencia a un único tribunal, el demandado podría fácilmente sustraerlos a su autoridad. Aunque los Convenios de Bruselas y Lugano garantizan el reconocimiento *cuasi* automático y la ejecutividad de las resoluciones judiciales obtenidas en un Estado parte en todo el espacio judicial europeo occidental, la volatilidad de los activos financieros puede facilitar al acreditado su traslado fuera del territorio de cualquier Estado parte ante la eventualidad de un conflicto. Consecuentemente, la práctica habitual de pactar la atribución no exclusiva de competencia a unos determinados tribunales sigue teniendo interés, aún en el caso de que la relación no supere los límites del ámbito de aplicación de los citados Convenios.

En segundo lugar, partiendo de la presunción de que es el acreditado o el emisor el que va a incumplir los términos del contrato, las entidades financieras refuerzan la elección no exclusiva con el carácter de convenio atributivo de competencia que juega sólo en su favor. La cláusula así construida posee el efecto añadido de aislar al prestatario de los tribunales de su nacionalidad puesto que, al no jugar el pacto en beneficio suyo, tiene que plantear su eventual reclamación ante los tribunales señalados como primera opción por los acreditantes.

¹⁶⁶*Vid. supra*, pp. 174 y ss..

B. Condicionantes.

359. El principal condicionante con el que los contratantes eurocrediticios se encuentran a la hora de plasmar su voluntad en una cláusula de elección de tribunales no exclusivamente competentes es la necesidad de articularla desde presupuestos jurídico-positivos; es decir, de acomodar sus pretensiones a las exigencias y límites de un concreto sistema regulador de la competencia judicial internacional.

En el caso del espacio judicial integrado de Europa Occidental, el apartado 4 del art. 17 de los Convenios de Bruselas y de Lugano contiene una previsión que permitiría dar una salida a tal problema, al disponer que: "Cuando se celebre un convenio atributivo de competencia en favor de una sola de las partes, ésta conservará su derecho de acudir a cualquier otro tribunal que fuere competente en virtud del presente convenio". Con ello se daría, en principio, satisfacción al doble objetivo señalado antes: máxima capacidad de perseguir los activos del deudor y aislamiento de éste respecto de sus tribunales nacionales.

360. Los convenios atributivos de competencia en favor de una sola de las partes fueron objeto de la STJCE de 24 de junio de 1986, en el asunto *Anterist c. Crédit Lyonnais*¹⁶⁷. En ella, el Tribunal de Luxemburgo estableció claramente las siguientes pautas interpretativas.

Primero, corresponde al concreto órgano judicial ante el que se residencia la reclamación evaluar, caso por caso, si una cláusula determinada ha sido o no interpuesta en beneficio exclusivo de una parte.

Segundo, que el carácter específicamente beneficioso de dicha cláusula debe ser el resultado de la voluntad concorde de ambas partes, como todos los pactos que pretendan ampararse en el art. 17.

Tercero, que no cabe presumir *iuris et de iure* dicha voluntad concorde de ninguna circunstancia objetiva o subjetiva, sino que hay que proceder a una evaluación conjunta de todos los indicios y circunstancias que rodearon la celebración del pacto. Evaluación que debe dejar patente la intención de ambas partes de favorecer a una de ellas. En consecuencia, ni la coincidencia entre tribunal elegido y domicilio de una de las partes, ni siquiera la mención expresa de que la cláusula juega en favor de una sola de ellas, exime al juzgador de realizar el examen particular del caso. Sólo son simples criterios a tener en cuenta y valorar ponderadamente en cada asunto junto con otros.

Cuarto, que es en el momento de celebración del contrato cuando hay que apreciar si concurren las anteriores circunstancias.

¹⁶⁷STJCE de 24 de junio de 1986, asunto 22/85, *R. Anterist c. Crédit Lyonnais*, *Rec.*, 1986, pp. 1951 a 1965.

361. Las cláusulas estandarizadas que suelen insertarse en las operaciones de eurocrédito sindicado pueden cumplir puntualmente con las exigencias del TJCE. Primero, hay plenas garantías de que se ha prestado mutuo consentimiento al carácter específico del pacto, puesto que se incorporan en el marco de la negociación de un contrato discutido entre equipos profesionales multidisciplinares; segundo, contienen indicios más que suficientes para que cualquier tribunal entienda que están interpuestas en beneficio de las entidades financieras.

Si recordamos el modelo que denominábamos londinense, podemos observar que comienza con una expresión donde se especifica claramente su interposición en favor de los acreditantes: "*For the benefit of the Agent Bank, each Manager and each Bank...*"¹⁶⁸. Ello no significa *iuris et de iure* que la interpretación del concreto tribunal que sea llamado a dilucidar el alcance de la cláusula vaya a ser conforme con dicha expresión literal, pero es obvio que para apartarse de una declaración expresa de la voluntad de las partes deberán concurrir muchos otros indicios en contra. Como ya se dijo, el TJCE no quiso determinar el carácter beneficioso en exclusiva de estas cláusulas por referencia a criterios objetivos que, por su simple concurrencia, pudieran desencadenar, al margen de la voluntad real de las partes, los efectos de un precepto ciertamente excepcional como es el 17.4. de ambos convenios. A cambio de esa especial tutela de la intención última de los contratantes, se impone un examen casuístico que puede tener consecuencias no deseadas desde el punto de vista de la previsibilidad y la seguridad jurídica.

Por lo que a las cláusulas de tipo neoyorquino respecta, posiblemente el demostrar que están interpuestas en beneficio exclusivo de las entidades financieras sea algo más dificultoso o, mejor dicho, menos sencillo, que en el modelo anterior el cual, obviamente, está pensado desde Londres y para aprovechar las posibilidades que le brinda la regulación convencional. Sin embargo, no faltan pronunciamientos doctrinales favorables a que tales acuerdos sean considerados como subsumibles en el citado art. 17.4, sobre todo, cuando contienen un abanico de posibilidades para una de las partes -la suministradora de capitales- mucho más amplio que el que ofrecen a la otra, el acreditado, el cual está obligado a demandar ante un determinado órgano judicial¹⁶⁹.

¹⁶⁸*Vid. infra*, p. 174, nota n1 7.

¹⁶⁹*Vid.* L. COLLINS, *APractical Problems of the 1982 Accession Convention to the 1968 Brussels Convention*, *R.D.I.P.P.*, n1 1, 1990, pp. 17 y ss..

362. Consecuentemente, a mi modo de ver, ambos tipos de cláusulas pueden beneficiarse de los efectos que a las mismas se anudan por los Convenios de Bruselas y Lugano. De ello se derivan las siguientes consecuencias.

La parte beneficiada por la cláusula puede demandar bien en el foro señalado como primera opción (*Commercial Court* londinense o *Southern District Court* neoyorquino), bien en cualquier otro tribunal competente según la regulación convencional (tribunales españoles, si el demandado está domiciliado en nuestro país o la obligación que sirve de base a la demanda se cumplió o debe cumplirse en España).

Por contra, si la que demanda es la parte en cuyo favor no juega la cláusula, debe tener presente que si interpone su reclamación en otro tribunal diferente del señalado como competente en el pacto, puede encontrarse con una declaración de incompetencia bien de oficio, bien a instancia de su contraparte, si ésta desea hacer valer el convenio atributivo en sus estrictos términos.

Finalmente, no hay que olvidar la posibilidad de que las partes que celebren un pacto de las características contempladas en el párrafo 4 del artículo 17 de los Convenios de Bruselas y Lugano carezcan de domicilio en territorio convencional. En ese caso, como excepción a lo dispuesto con carácter general por el inciso último del párrafo primero del mismo artículo, el tribunal elegido por la parte beneficiada no tiene por qué esperar a la declaración de declinatoria del órgano judicial que aparece como primera opción. Sin embargo, cuando quien interpone la demanda es la parte en cuyo favor no juega la cláusula de beneficio y, consecuentemente, está obligada a plantearla ante el tribunal de primera opción, si que habrá que seguir la regla general indicada en el aludido precepto: esperar la decisión del tribunal designado¹⁷⁰.

363. En este particular aspecto es donde el proceso de revisión del Convenio de Bruselas puede aportar notables contribuciones a la adecuación entre la práctica financiera internacional y la regulación jurídica del pacto atributivo de jurisdicción.

Si bien la Propuesta de la Comisión no estimó preciso alterar el tenor literal del art. 17 más allá de la desaparición de la exigencia de domicilio de al menos una de las partes en territorio convencional, ya comentada¹⁷¹, el apartado 1 del artículo 23 de la Propuesta de Reglamento ha introducido una importante enmienda al anterior artículo 17 del Convenio de Bruselas¹⁷². El precepto califica la competencia conferida por una cláusula de elección del foro como competencia exclusiva, al tiempo que habilita a las partes para convenir el carácter no exclusivo de dicha competencia. Modificación justificada tanto por la doctrina delineada por el TJCE en su Sentencia de 9 de noviembre de 1978, asunto 23/78, *Meeth c. Glacetal*¹⁷³, cuanto por la posición

¹⁷⁰Vid. A. RODRÍGUEZ BENOT, *op. cit.*, p. 136.

¹⁷¹Vid. Propuesta, *doc. cit.*, p. 24.

¹⁷²Artículo 23. Si las partes, cuando al menos una de ellas tuviere su domicilio en un Estado miembro, hubieren acordado que un tribunal o los tribunales de un Estado miembro fueren competentes para conocer de cualquier litigio que hubiere surgido o que pudiese surgir con ocasión de una determinada relación jurídica, tal tribunal o tales tribunales serán competentes. *Esta competencia será exclusiva, salvo pacto en contrario entre las partes...* (cursivas mías). Vid. http://europa.eu.int/eur-lex/es/com/dat/1999/es_599PC0348.html, visitado el 21 de marzo de 2000.

¹⁷³STJCE de 9 de noviembre de 1978, asunto 23/78, *Meeth c. Glacetal*, *Rec.*, 1978, pp. 2.133 a 2.149.

central del principio de la autonomía de la voluntad de las partes en el esquema del Convenio de Bruselas¹⁷⁴.

364. Aunque las cláusulas constatables en la práctica eurocrediticia cumplen, en principio, los requisitos establecidos por el TJCE, como acabamos de advertir, el análisis casuístico que impone la doctrina del Tribunal de Luxemburgo hace planear dudas e incertidumbres acerca de la virtualidad de la intención de las partes a la hora de diseñar la cláusula como no exclusiva. Consecuentemente, la modificación introducida por la Propuesta de Reglamento debe ser favorablemente acogida en el ámbito de la contratación financiera internacional, donde la cláusula no exclusiva de prorrogación de fuero es un estándar contractual.

4. ANÁLISIS CRÍTICO PERSONAL.

365. Las reflexiones vertidas anteriormente acerca del comportamiento de las partes en lo relativo a la previsión de la sede de resolución de controversias posibilitan el planteamiento de una doble interrogante: primero, ¿actúan correctamente las partes para defender sus posiciones, tanto desde un punto de vista preventivo cuanto técnico jurídico?; segundo, ¿ofrece nuestro derecho positivo un instrumental adecuado para tal defensa?.

Intentaré responder a las mismas repasando los tres aspectos en los que se ha centrado la reflexión: la preferencia de la jurisdicción ordinaria sobre la justicia arbitral (A.); la práctica de designar contractualmente los tribunales competentes (B.); la preferencia por el carácter no exclusivo de la competencia del órgano designado (C.).

A. La preferencia por el recurso a la jurisdicción ordinaria.

¹⁷⁴Vid. J.L. IGLESIAS BUHIGUES y M. DESANTES REAL, *op. cit.*, pp. 1.082 y ss..

366. Por lo que a la resolución de controversias respecta, la norma en los contratos de eurocrédito sigue siendo el recurso a la jurisdicción ordinaria. Manifestación de la operativa bancaria internacional más tradicional, el eurocrédito continúa anclado en las pautas típicas de comportamiento de las entidades financieras transnacionales: previsión contractual exhaustiva y minuciosa de las posibles vicisitudes de la operación y referencias a la jurisdicción no exclusiva de los principales centros financieros internacionales. Tan sólo excepcionalmente, como vimos, se prevé el recurso al arbitraje, bien por imperativos constitucionales o legislativos de algún prestatario soberano (p. ej. Brasil) que proscriben el sometimiento de los entes públicos a jurisdicciones extranjeras, admitiendo, por contra la sumisión al arbitraje; bien por la utilización de mecanismos convencionales internacionales de protección de las inversiones extranjeras¹⁷⁵.

En este orden de cosas, quizás cabría apuntar la conveniencia de utilizar la tendencia hacia la llamada desjudicialización del arbitraje como mecanismo para integrar lo que, con acertada expresión, A. JACQUEMONT bautizó como carácter variable del eurocrédito¹⁷⁶. El soporte jurídico fundamental de las relaciones entre las partes en un eurocrédito sindicado es el contrato, pero entendido éste no sólo como punto de encuentro de las voluntades de los intervinientes, sino también como marco en el que se desenvolverá un vínculo al que se presupone una larga duración. Consecuentemente, un cambio imprevisto de las circunstancias del euromercado puede tener repercusión sobre las obligaciones de las partes y, en este sentido, los mercados financieros internacionales se caracterizan por su extremada volatilidad.

La alteración de cualquier circunstancia económica o política en cualquiera de los Estados potencialmente involucrados en un eurocrédito -Estado de la residencia de los contratantes; Estado cuya moneda es utilizada para denominar el crédito; Estado del establecimiento del Banco Agente, donde se prevé la ejecución del contrato, etc.- puede hacer variar sensiblemente sus costes. Dada la magnitud de las cifras que se barajan en el eurocrédito, una variación mínima, incluso expresada en términos de puntos base, puede suponer la imposibilidad de cumplir lo acordado. Evaluar prospectivamente dichas circunstancias es muy difícil en una situación cuya internacionalidad multiplica exponencialmente las variables a considerar. Al contrario, la experiencia demuestra que, por avanzada que sea la ingeniería jurídico-financiera, la práctica contractual va siempre por detrás de los acontecimientos.

Por ello, los bancos procuran contar con cláusulas de salvaguardia o escape que les permitan recomponer o abandonar la operación ante un cambio imprevisto de circunstancias de una naturaleza tal que les haga materialmente imposible o extraordinariamente oneroso cumplir sus obligaciones. Como ya se expuso, ello se pretende conseguir a través de un entramado de cláusulas que conceden a los bancos el derecho de reclamar una renegociación de los términos iniciales de la operación, so pena 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.

Dichas cláusulas no son más que la traducción particular al campo eurocrediticio de la decidida tendencia que se aprecia en el ámbito general de la contratación internacional hacia la magnificación del adagio latino *pacta sunt servanda*¹⁷⁷. Dada la correlación de fuerzas y los riesgos asumidos en el seno de la operación, la precisión o adaptación del contrato se corresponde con una posición de dominio de los acreditantes. Según los eurobancos, el acreditado ha aceptado integrar en el marco contractual los costes de refinanciación de las entidades acreditantes. La licitud de la práctica contractual consistente en la apreciación unilateral de las referidas alteraciones y su repercusión sobre el acreditado debe ser evaluada a partir de los principios y límites que, en su caso, propugne o imponga la *lex contractus* sobre la libertad de pactos entre contratantes.

Desde esta perspectiva, tal práctica puede colisionar con los presupuestos clásicos de los ordenamientos de base romanista, que desconían de cualquier alteración *ex post* de la voluntad contractual, como puede apreciarse, p. ej., en el artículo 1.273 del C.C. español: "El objeto de todo contrato debe ser una cosa determinada en cuanto su especie. La indeterminación en la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible *sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes*."

Aquí es donde el recurso al arbitraje de un tercero imparcial, con facultades para constatar la efectiva alteración del marco financiero-jurídico inicial y para repartir los costes que la misma pudiera ocasionar, podría permitir solventar algunas de las acusaciones de unilateralidad lanzadas, no sin fundamento, sobre los procedimientos contractualmente previstos al efecto. No obstante, las necesidades de agilidad en la gestión de las operaciones financieras internacionales y la imperiosa velocidad de la adaptación del contrato a las nuevas condiciones del mercado, hacen muy dificultosa la articulación de esta, al menos desde mi punto de vista, sugestiva posibilidad. Por el momento, ni siquiera en ámbitos más propicios como los complejos contratos de financiación de proyectos (*project finance*) o de permutas financieras (*swaps*) se han dado ejemplos de inversión de la tendencia general hacia la utilización de la vía jurisdiccional ordinaria en el campo financiero internacional¹⁷⁸.

B. Designación subjetiva de la sede judicial.

367. La práctica de designar, en el propio clausulado contractual eurocrediticio, el tribunal competente para la

¹⁷⁵Vid. *supra*, pp. 177 y ss..

¹⁷⁶Vid. A. JACQUEMONT, *op. cit.*, p. 39.

¹⁷⁷Vid. B. OPPETIT, "L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause de hardship", *Journ. dr. int.*, 1974, p. 794.

¹⁷⁸Vid. C. VISCO, *op. cit.*, pp. 162 y 163.

resolución de eventuales controversias merece, sin duda, un juicio positivo. En contratación internacional es tanto o más importante quién decide que las normas conforme a las cuales se va a fundamentar la decisión. Cuando, además, se trata de operaciones complejas y atípicas, como el eurocrédito sindicado, en las cuales el contrato es la principal fuente de derechos y obligaciones, los valores de previsibilidad y seguridad cobran especial relevancia. La cláusula de prorrogación de fuero responde a tales requerimientos y permite a las partes no sólo buscar el foro apropiado sino evitar los riesgos de residenciar sus controversias en una sede inadecuada. La gran lección jurídica que permite extraer el análisis de la práctica es que, para dotar a las relaciones financieras privadas internacionales de un grado razonable de previsibilidad y certeza, si los sistemas de competencia judicial internacional no conociesen las cláusulas de prorrogación de fuero habría que inventarlas.

Sin embargo, este panorama plagado de virtudes puede verse ensombrecido cuando las partes domiciliadas en el espacio judicial integrado de Europa Occidental designan como competente a un tribunal -*Southern District Court of New York*- que no está integrado en la organización judicial de ninguno de los Estados contratantes de los Convenios de Bruselas o de Lugano. Como ya se afirmó, nada se opone, en ambos textos, ni nada obliga a que sea de recibo la derogación de competencias, incluso las asumidas por la aplicación de los citados Convenios. Aspiraciones legítimas de las partes como la búsqueda de una sede neutral o con conocimientos técnicos especializados, muy relevantes en el campo financiero internacional, avalarían una postura favorable al respeto de su elección. Sin embargo, recordemos, al no estar regulada la cuestión en el art. 17 de ambos Convenios debe considerarse como excluida de su ámbito de aplicación y, en principio, serán las normas del sistema estatal contratante concernido las que habrán de ofrecer la respuesta.

368. A mi modo de ver, esta remisión a los sistemas autónomos, primero, crea más problemas que los que soluciona y, segundo, podría articularse una respuesta convencional vinculante para todos los Estados contratantes, del mismo modo en que se procedió a ofrecerla en el último inciso del párrafo primero del artículo 17 (pacto de elección en favor de Estado contratante por partes no domiciliadas en territorio convencional).

Respecto de la primera afirmación, el contemplar las distintas respuestas que, como tuvimos ocasión de ver, ofrecen el sistema español y el inglés, pone de manifiesto la quiebra del propio concepto de sistema -conjunto- ordenado de normas y principios que siempre ofrecen una solución única- que la ausencia de regulación convencional trae consigo¹⁷⁹.

Respecto de la segunda, para defender la necesidad de una respuesta convencional vinculante para todos los Estados contratantes, basta con afirmar que ignorar la voluntad de las partes es desconocer el papel central que la autonomía de la voluntad juega en el propio sistema de ambos Convenios y condenar al espacio judicial integrado europeo occidental al aislamiento. Nada impide una interpretación Árefleja® del art. 17: lo que se estima correcto *ad intra* -respeto por la voluntad de las partes- debería también serlo *ad extra*¹⁸⁰.

Si estos argumentos no fuesen suficientes, aprovechando el proceso de revisión de ambos Convenios, podría introducirse en su articulado una Áregla negativa de competencia judicial internacional¹⁸¹, que permitiese una salida airosa y técnicamente correcta -recordemos que las normas convencionales son de obligado cumplimiento y aplicables de oficio¹⁸²- al juez de un Estado contratante que pretenda declararse incompetente, respetando la voluntad de las partes de someterse a los tribunales de Nueva York, aún siendo competente por cualquier otro criterio convencional.

En cualquier caso, al igual que se indicó al analizar la cuestión desde la perspectiva autónoma española, para articular el sistema debería tenerse en cuenta que tampoco una admisión absoluta e incondicionada de los pactos atributivos de competencia a tribunales extraconvencionales es de recibo¹⁸³. De una parte, parece lógico que se impongan los mismos límites y requisitos

¹⁷⁹ *Vid. supra*, pp. 221 y ss..

¹⁸⁰ La doctrina se ha manifestado favorable al efecto reflejo de las disposiciones convencionales, sobre todo respecto de los arts. 17 y 21. Jurisprudencialmente, el TJCE no se ha pronunciado sobre la cuestión y no hay unidad de criterio entre los tribunales de los Estados contratantes. *Vid.* G.A.L. DROZ, *La mise en oeuvre de la Convention de Bruxelles par les juridictions nationales*®, en A. BORRÁS RODRÍGUEZ, *Revisión...*, *op. cit.*, pp. 31 a 39, esp., pp. 32 y 33.

¹⁸¹ *Vid.*, J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Curso...*, *op. cit.*, p. 286; *id.*, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 144.

¹⁸² *Vid.* M. DESANTES REAL, *La competencia...*, *op. cit.*, pp. 69 y ss..

¹⁸³ *Vid. supra*, p. 221.

sustantivos y formales que se exigen a los contratantes cuando designan como competentes a los tribunales de Estados contratantes. De otra, la declinatoria de los tribunales integrados en el espacio judicial europeo occidental no determina la asunción de competencia por parte del tribunal extraconvencional designado, puesto que éste no está vinculado por la decisión de las partes, sino por sus propias normas de competencia judicial internacional. Consecuentemente, una admisión acrítica de la sumisión en favor de tribunales no integrados en dicho espacio podría conducir a supuestos de denegación de justicia, contrarios a los preceptos constitucionales que imponen una tutela judicial efectiva.

C. Preferencia por el carácter no exclusivo de la competencia del órgano designado por las partes.

369. En cuanto a la elección no exclusiva de foro, en el ámbito del espacio judicial integrado de Europa Occidental puede parecer que carece de sentido, al menos desde la perspectiva del objetivo de maximizar la disponibilidad de foros para perseguir los activos del acreditado. Sin embargo, aunque los Convenios de Bruselas y Lugano garantizan el reconocimiento *cuasi* automático y la ejecutividad de las resoluciones judiciales obtenidas en un Estado parte en todo su ámbito geográfico de aplicación, la volatilidad de los activos financieros puede facilitar al acreditado su traslado fuera del espacio judicial integrado europeo occidental ante la eventualidad de un conflicto. Consecuentemente, la práctica habitual de pactar la atribución no exclusiva de competencia a unos determinados tribunales sigue teniendo interés, puesto que, aunque en principio la relación no supere los límites del referido espacio, el desmantelamiento general de las trabas a la libre circulación de los flujos financieros internacionales y la desmaterialización de los activos financieros facilita enormemente las posibilidades de situarlos a recaudo del alcance de un tribunal determinado si éste ha sido elegido como exclusivamente competente.

370. No quisiera cerrar este apartado sin unas breves reflexiones, referentes a la práctica de designar como competentes *prima facie* las jurisdicciones de los principales centros financieros internacionales. Evidentemente, tal práctica ofrece ciertas ventajas.

En primer lugar, la constante de someter las transacciones bien a los tribunales y leyes ingleses o bien a sus homónimos neoyorquinos, confiere al euromercado una cierta coherencia. Ello contribuye a la uniformación de su operativa, a partir de un clausulado base altamente estandarizado, permitiendo a las entidades bancarias una mejor valoración de los riesgos y un cálculo más sencillo de los costes.

En segundo término, la especial sensibilidad de estas jurisdicciones y la flexibilidad característica de sus ordenamientos les permite adaptarse a la continúa evolución del mercado, recibiendo de forma natural a las nuevas figuras que surgen a impulsos de la innovación financiera, sin el obstáculo que, en ocasiones, representa un marco legislativo fosilizado en la época de la Codificación.

Sin embargo, este uso también tiene sus desventajas. En especial, ha facilitado el que, desde los países demandantes de recursos financieros, se hayan lanzado contra las entidades financieras transnacionales acusaciones de imperialismo cultural. Conocido el origen del euromercado, es lógico que el *know-how* jurídico financiero internacional se concentre en muy pocas instituciones bancarias inglesas y norteamericanas. Esto, acompañado del cripticismo habitual de las grandes entidades eurobancarias, favorece de forma evidente la autoperpetuación del oligopolio Londres-Nueva York y veda el acceso a la experiencia a otros sistemas jurídicos¹⁸⁴.

¹⁸⁴Vid. G. V. SOLIVEN, "Syndicated Bank Credits: A Developing Country's Perspective", en D.G. PIERCE, *Current Issues...*, pp. 326 a 349.

Lo cierto es que tales acusaciones deben tener en cuenta que, en la mayor parte de las ocasiones, los especialistas que participan en estas operaciones no hacen otra cosa que hablar el lenguaje que habla el mercado. Si la cultura del mercado cambia, cambiará el entorno jurídico. En este sentido, el carácter no exclusivo de la elección de los tribunales competentes implica la apertura de un abanico mucho más amplio de posibles sedes de análisis. En cualquier caso, los operadores jurídicos de cultura codificada o continental, no deberíamos rehuir el desafío, puesto que, aún con todos sus defectos y rémoras, nuestros ordenamientos poseen el instrumental de D.i.pr. y de Derecho material preciso para enfrentar con éxito los problemas que suscitan las operaciones financieras internacionales.

371. Finalmente, a modo de cierre de este juicio valorativo de conjunto, es preciso recordar que, pese a su importancia capital y al grado de desarrollo técnico alcanzado por las cláusulas de prorrogación de fuero, la determinación subjetiva de la sede de resolución de controversias no soluciona todos los problemas derivados del carácter genuinamente internacional del eurocrédito sindicado. Ello implica una visión completa del tríptico del D.i.pr.: ¿porqué litigar en un tribunal cuyas normas de Derecho aplicable van a acabar por frustrar los objetivos de los demandantes?, ¿qué sentido tiene escoger un foro y una ley aplicable neutrales si, posteriormente, la decisión, por brillante, justa y técnicamente correcta que sea no va a tener efectividad fuera de la jurisdicción que la pronuncia?¹⁸⁵

De todo ello nos ocuparemos en los capítulos cuarto y quinto del presente trabajo. Antes, examinaremos brevemente algunos problemas relativos a las medidas cautelares y provisionales. El tratamiento separado de estas cuestiones, dentro de un capítulo dedicado a la resolución de controversias en el eurocrédito sindicado, viene justificado, aparte de por razones de oportunidad y sistemáticas, por la propia autonomía que dichas medidas poseen en el marco de los Convenios de Bruselas y Lugano¹⁸⁶.

¹⁸⁵Vid. F.K. JUENGER, *Choice of Law and Multistate Justice*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993, p. 3.

¹⁸⁶Vid. M. DESANTES REAL, *La competencia...*, pp. 137 y ss..

III. PROBLEMAS RELATIVOS A LA SOLICITUD DE MEDIDAS CAUTELARES Y PROVISIONALES.

372. En una primera aproximación, las medidas cautelares pueden definirse como aquéllas solicitadas por los interesados a jueces, en principio no competentes para conocer del fondo del asunto, con el objetivo de asegurar una futura e hipotética condena. Se trata, en realidad, de un supraconcepto que engloba múltiples y variadas instituciones que tienen en común su objetivo funcional: evitar los riesgos que, para los derechos de las partes, se derivan de la dilación del proceso, de la infructuosidad del mismo y, en relaciones privadas internacionales, del fraccionamiento territorial de los Derechos nacionales¹⁸⁷.

Todos y cada uno de dichos riesgos están especialmente presentes en las operaciones de eurocrédito sindicado.

En primer lugar, la internacionalidad de la relación implica la del proceso y ello redundará en una mayor prolongación del arco temporal de la tramitación de actos procesales como la práctica de notificaciones y la obtención de pruebas en el extranjero¹⁸⁸.

En segundo término, el desmantelamiento generalizado de los controles a los movimientos de capitales, especialmente acusado en los Estados más dinámicos en los mercados financieros internacionales, facilita la movilidad de los activos financieros y, consiguientemente, las maniobras elusivas del demandado¹⁸⁹.

Por último, la elevada internacionalización del eurocrédito sindicado multiplica exponencialmente los riesgos derivados de la separación estanca existente entre el órgano judicial llamado a resolver sobre el fondo de la reclamación y la jurisdicción en la cual se intenta hacer valer la resolución del primero. La discontinuidad espacial característica del ejercicio de la actividad jurisdiccional incrementa el riesgo de comportamientos torticeros por parte del demandado, encaminados a frustrar las legítimas aspiraciones del actor.

La conclusión que todo ello permite extraer es clara: la necesidad de una justicia cautelar eficaz es especialmente sentida en las relaciones financieras internacionales. No obstante, el estudio en profundidad de esta materia está fuera de los límites de este trabajo y queda remitido a las notables aportaciones monográficas con las que la doctrina internacional-privatista española se ha visto recientemente enriquecida¹⁹⁰.

En consonancia con los parámetros metodológicos que presiden este trabajo, el presente apartado se centra en el análisis de la práctica contractual respecto de las medidas cautelares (1.), confrontada con la regulación de las mismas en el espacio judicial integrado europeo occidental (2.) y en el sistema autónomo español (3.).

¹⁸⁷Vid. F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *El régimen...*, op .cit., p. 1.

¹⁸⁸Vid. M0.D. ADAM MUÑOZ, *El proceso civil con elemento extranjero y la cooperación judicial*, 20 ed., Pamplona, Aranzadi, 1997, pp. 125 y ss..

¹⁸⁹Vid. *infra*, pp. 249 y ss..

¹⁹⁰Vid. L.F. CARRILLO POZO, "Artículo 24", en A.L. CALVO CARAVACA (dir.), *Comentario...*, op. cit., pp. 428 a 450; V. FUENTES CAMACHO, *Las medidas provisionales y cautelares en el espacio judicial europeo*, Madrid, Eurolex, 1996; F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*, Madrid, McGraw-Hill, 1996; F. GASCÓN INCHAUSTI, *Medidas cautelares en el proceso civil extranjero. (Art. 24 del Convenio de Bruselas)*, Granada, Comares, 1998.

1. La práctica contractual.

373. Como adelantábamos al tratar de las cláusulas de prorrogación de fuero, éstas pueden ser clasificadas, desde el punto de vista de los objetivos que persiguen, en cláusulas de objetivo doble y cláusulas de objetivo único. Estas últimas sólo hacen referencia a la cuestión de fondo y ya han sido analizadas en los apartados precedentes¹⁹¹. A diferencia de las anteriores, las cláusulas de objetivo doble pretenden asegurar que el acreditado no presentará objeciones a la interposición por parte de los acreditantes de dos tipos bien distintos de actuaciones: primero, una demanda sobre el fondo del asunto ante los tribunales expresamente designados en la cláusula; segundo, una solicitud de adopción de medidas cautelares o provisionales para asegurar la eficacia de una futura demanda del primer tipo.

Hasta el estallido de la denominada Crisis de los Rehenes entre Irán y Estados Unidos, los contratos de eurocrédito no solían incorporar previsión alguna referente a la posibilidad de que los bancos recabasen la intervención judicial sobre determinados activos del acreditado, a fin de asegurar el resultado de un futuro litigio¹⁹². Sin embargo, a partir del citado conflicto, los acreditantes son conscientes de la utilidad de contar con el consentimiento de su contraparte para tener acceso a mecanismos jurídicos que les permitan obtener la inmovilización temporal de los activos del demandado, en espera de una decisión judicial sobre el fondo del asunto. En los apartados siguientes se confronta dicha práctica con el régimen convencional (2.) y autónomo (3.) de justicia cautelar internacional.

2. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y TUTELA CAUTELAR EN EL ESPACIO JUDICIAL INTEGRADO EUROPEO OCCIDENTAL.

374. El art. 24 de los Convenios de Bruselas y Lugano se limita a disponer que: "Podrán solicitarse medidas provisionales o cautelares previstas por la ley de un Estado contratante a las autoridades de dicho estado, incluso si, en virtud del presente Convenio, un tribunal de otro Estado contratante fuere competente para conocer sobre el fondo." Regulación parca y objeto de múltiples interpretaciones -no siempre conciliables- que genera lo que, con acertada expresión, se ha calificado como déficit normativo: el precepto se limita a establecer que la competencia a título principal no es precisa para solicitar medidas cautelares en un Estado contratante, pero nada dice respecto de qué tribunales hayan de ser competentes para adoptarlas¹⁹³.

Lógicamente, la cuestión que nos ocupa -la virtualidad de la autonomía de la voluntad en este campo- carece de solución jurídico positiva y tampoco parece probable que del proceso de revisión de ambos Convenios se vayan a deducir soluciones sobre el particular¹⁹⁴. Consiguientemente hay que recurrir a los parámetros hermenéuticos propios del sector para

¹⁹¹ *Vid. supra*, p. 174.

¹⁹² *Vid. L. RADICATI DI BROZOLO, La prima fase del contenzioso relativo agli averi iraniani bloccati dagli Stati Uniti*, en *Riv. dir. internaz.*, 1981, pp. 328 y ss..

¹⁹³ *Vid. F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, El régimen...*, *op. cit.*, p. 13.; V. FUENTES CAMACHO, *op. cit.*, p. 19.

¹⁹⁴ La Propuesta de la Comisión planteaba una reforma tanto de la ubicación sistemática cuanto de la regulación de las medidas provisionales y cautelares. Sistemáticamente, su regulación se inserta en una nueva ASección 6 bis. Competencia en materia de medidas provisionales y cautelares. que consta de un único artículo 18 bis. Éste consta de dos apartados, el primero regula la competencia en materia de medidas cautelares y el segundo proporciona una definición convencional de la noción Amedidas provisionales y cautelares. Art. 18 bis. 1. Podrán solicitarse medidas provisionales o cautelares previstas por la ley de un Estado contratante siempre que deban ejecutarse en su territorio, independientemente del lugar donde se produzcan sus efectos, incluso si, en virtud del presente Convenio, un tribunal de otro Estado contratante fuere competente para conocer sobre el fondo. 2. A los efectos del presente Convenio, las medidas provisionales y cautelares son las medidas urgentes destinadas a instruir un litigio, a garantizar la conservación de pruebas o de bienes con vistas a la resolución o a la ejecución forzosa, o a mantener o resolver una situación

procurar encontrar una respuesta: origen de la norma, sistema de los Convenios de Bruselas y Lugano y exigencias del tráfico jurídico externo.

375. Como es sabido, la cláusula atributiva de jurisdicción posee, dentro de los límites fijados por el art. 17 de los Convenios de Bruselas y Lugano, dos efectos principales: prorrogatorio y derogatorio. Pocas dudas caben respecto de la extensión del efecto prorrogatorio a la tutela cautelar: el o los tribunales designados por las partes son competentes a título principal y, por tanto, también están investidos de competencia para adoptar medidas cautelares. Respecto del efecto derogatorio, la cuestión es más discutible pues no está expresamente regulada¹⁹⁵. La pregunta es ¿la sumisión a los tribunales designados en la cláusula de prorrogación de fuero excluye la competencia que, en materia de medidas cautelares, pueden asumir ex art. 24 de los Convenios de Bruselas y Lugano, otras jurisdicciones contratantes?

376. Una primera opción interpretativa parte de la generalidad del efecto derogatorio: el art. 17 deroga al resto de los foros convencionales -con excepción, claro está, de los fueros exclusivos, los foros de protección y de la sumisión tácita- y, por tanto, también al art. 24. Una segunda opción pasa por entender que el art. 24 es la verdadera excepción al sistema de foros convencionales y, por tanto, inmune frente a los acuerdos del art. 17.

La primera interpretación es la más coherente con la posición central de la autonomía de la voluntad en el sistema convencional y con el carácter subordinado de las medidas cautelares. Quien puede lo más -someter el fondo del asunto a una determinada jurisdicción contratante y excluir al resto- puede lo menos: hacer lo propio en materia de adopción de medidas cautelares. Cuestión muy distinta es la determinación del órgano jurisdiccional a quien compete la ejecución de tales medidas, que es algo que está fuera del poder dispositivo de las partes.

377. El problema acaba por centrarse, entonces, en la estricta interpretación de la voluntad de las partes. Cuando estas confieren competencia exclusiva a un tribunal, tanto para resolver sobre el fondo cuanto para adoptar medidas cautelares, no caben dudas acerca de su intención de residenciar ante tal foro cualquier tipo de actuación judicial relativa a sus relaciones. Consecuentemente, una parte no puede alegar el art. 24 para solicitar la adopción de medidas cautelares ante una jurisdicción contratante distinta. En los casos en los que la exclusividad de la competencia de los tribunales designados por las partes no pueda establecerse con total nitidez, la solución debe ser la contraria, en consonancia con la excepcionalidad del efecto derogatorio respecto del resto de reglas de competencia convencionales, entre las que se encuentra el art. 24 de ambos Convenios.

de hecho o de Derecho con el fin de proteger los derechos cuyo reconocimiento se solicite o pueda solicitarse al juez que conozca sobre el fondo. Vid. Propuesta de la Comisión, *doc. cit.*, pp. 24 y 25. A diferencia de la anterior, la Propuesta de Reglamento no altera el precepto, *vid.* http://europa.eu.int/eur-lex/es/com/dat/1999/es_599PC0348.html.

¹⁹⁵*Vid.*, para todo lo que sigue, F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *El régimen...*, *op. cit.*, pp. 117 y ss..

378. En el eurocrédito sindicado, el carácter preferentemente no exclusivo de la cláusula tipo tiene por objetivo principal -tal y como se expuso en su momento¹⁹⁶- el dejar a disposición de los acreditantes el mayor número posible de sedes judiciales, con la finalidad de poder perseguir con efectividad los activos del acreditado.

Esta posible limitación que las cláusulas de objetivo simple supondrían para los acreditantes es una razón más para reforzar la opción por la cláusula de objetivo doble. Impedir a un acreditante acudir en demanda de justicia cautelar a un tribunal distinto del designado como competente en el acuerdo de prorrogación de fuero, comportaría un grave riesgo para la recuperación de su inversión. Por tanto, salvo que de la intención de las partes pudiera deducirse otra cosa, el foro abierto por el art. 24 seguirá operativo en la práctica eurocrediticia para la adopción de medidas cautelares. Otra cosa sería contrario a la lógica de la operación y al principio de eficacia que inspira al art. 24 de los Convenios de Bruselas y Lugano.

3. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y TUTELA CAUTELAR EN EL SISTEMA AUTÓNOMO ESPAÑOL.

379. En nuestro sistema autónomo, la competencia para adoptar medidas cautelares está regulado en el apartado 5 del art. 22 de la L.O.P.J.: «En el orden civil, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes... 51. Cuando se trate de adoptar medidas provisionales o de aseguramiento respecto de personas o bienes que se hallen en territorio español y deban cumplirse en España.»

El ámbito de aplicación del precepto obliga a un pronunciamiento previo respecto de una cuestión abierta, cual es la de la naturaleza del propio art. 24 de los Convenios de Bruselas y Lugano: norma de remisión o criterio de competencia judicial internacional directo y autosuficiente¹⁹⁷. Entendida la regla convencional en este último sentido, el régimen autónomo sólo será operativo cuando el supuesto quedase fuera del ámbito de aplicación de la regulación convencional. Entendido como norma de remisión, el art. 22.5 L.O.P.J. se aplicaría siempre.

380. Siguiendo la argumentación de F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, en el presente trabajo se parte de la concepción del art. 24 de los Convenios de Bruselas y Lugano como norma de competencia directa¹⁹⁸. El análisis se circunscribe, por tanto, a establecer una breve referencia al ámbito de aplicación del citado precepto, para poder determinar, por referencia negativa, el del sistema autónomo, y a confrontar la regulación del art. 22.5 L.O.P.J. con la práctica contractual eurocrediticia. Si el régimen autónomo sólo es de aplicación en los casos en los que el supuesto quede fuera del ámbito de los Convenios de Bruselas y Lugano, el preguntarse por este último es obligado.

Aunque no ha sido esta una cuestión pacífica ni en la doctrina ni en la jurisprudencia del TJCE¹⁹⁹, desde un punto de vista material, la regulación convencional es de aplicación siempre que el objeto del proceso cautelar sea subsumible en el ámbito de materias establecido por el art. 1 de los Convenios de Bruselas y Lugano.

Pocas dudas caben, a mi juicio, acerca de la incardinación de las reclamaciones eurocrediticias en el campo de aplicación material de ambos convenios. Por tanto, no es el referente material el que proporciona la guía para situarnos en el campo de acción del régimen convencional o en el del sistema autónomo. Partiendo del principio de subordinación de la justicia cautelar a la reclamación de fondo, será la localización del foro principal la que permita establecer la divisoria entre uno y otro sistema; si el tribunal competente sobre el fondo es un tribunal de un Estado Contratante de los Convenios de Bruselas y Lugano, serán las reglas de uno u otro instrumento las aplicables²⁰⁰. El art. 22.5 de la L.O.P.J. se aplicará, entonces, cuando el foro principal esté situado fuera del espacio judicial integrado europeo occidental.

A partir de dicha afirmación, por lo demás perfectamente verosímil -foro principal Estado de Nueva York y solicitud de medidas cautelares ante un juzgado o tribunal español- en el campo eurocrediticio, la misma constatación que se hacía respecto de la parquedad de la regulación en el sistema convencional es predicable de nuestro régimen autónomo de justicia cautelar internacional.

Igualmente predicables son las conclusiones a las que, respecto de la virtualidad de la autonomía de la voluntad en materia cautelar, se llegaba al analizar el sistema convencional: hay que partir de la intención de las partes y, en caso de duda acerca del carácter exclusivo de la competencia conferida al órgano jurisdiccional elegido, primar la efectividad del foro abierto por el art. 22.5 L.O.P.J.. Dudas que, como se dijo, no son razonables mantener en el caso de la cláusula eurocrediticia tipo.

¹⁹⁶*Vid. supra*, pp. 220 y ss..

¹⁹⁷*Vid. F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, El régimen..., op. cit.*, p. 1.; V. FUENTES CAMACHO, *op. cit.*, pp. 91 y ss..

¹⁹⁸*Vid. F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, El régimen..., op. cit.*, pp. 92 y ss..

¹⁹⁹*Vid. F.J. GARCIMARTÍN, El régimen..., op. cit.*, p. 19 y bibliografía allí citada.

²⁰⁰*Ibid.*, pp. 99 y ss..