

## CAPÍTULO QUINTO.

## PROBLEMAS DE RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN.

536. Este capítulo pretende cerrar el tríptico de problemas planteados por las relaciones eurocrediticias -en tanto que relaciones privadas internacionales- dando cuenta de algunas cuestiones relativas al reconocimiento y ejecución de actos y resoluciones extranjeras en nuestro ordenamiento. En este orden de cosas, dos aspectos han suscitado preocupación entre los especialistas en operaciones de eurocréditos sindicados: los problemas relacionados con la instrumentación del contrato y el acceso de las eventuales reclamaciones eurocrediticias al juicio ejecutivo (I.); la recepción en nuestro ordenamiento de algunas prácticas y cláusulas contractuales expresivas de un cierto desequilibrio en las posiciones jurídicas de las partes (II.).

### I. LAS PRÁCTICAS RELATIVAS A LA INSTRUMENTACIÓN DE LAS DEUDAS EUROREDITICIAS Y EL ACCESO A LA ACCIÓN EJECUTIVA.

537. Tradicionalmente, los eurocréditos sindicados se plasmaban en un extenso y complicado documento privado suscrito por las partes, sin la intervención de fedatario público alguno<sup>214</sup>. No obstante, confrontados con un acreditado español, los bancos acreditantes pronto cayeron en la cuenta de los inconvenientes que tal práctica presenta en nuestro marco jurídico, ante la eventual aparición de dificultades en la situación financiera del acreditado que colocaran a los bancos frente a la tesitura de tener que recurrir a la realización judicial de sus derechos.

A partir de la constatación de este hecho, dos son las preocupaciones fundamentales de los asesores legales de las entidades acreditantes a la hora de formalizar un contrato de eurocrédito con un acreditado español. Primera, garantizar que sus derechos frente a este último queden incorporados a unos documentos que faciliten el acceso al juicio ejecutivo como último recurso para la recuperación de las cantidades que eventualmente se les adeude. Segunda, acreditar fehacientemente la existencia de las obligaciones del acreditado, origen de la hipotética deuda. Examinaremos la respuesta de la práctica contractual (1.) y las consecuencias de la misma desde el prisma de nuestro sistema de D.i.pr. (2.).

#### I. LA PRÁCTICA CONTRACTUAL.

538. Como cuestión de naturaleza procesal, el acceso a la acción ejecutiva está regulada, según dispone el apartado 2 del art. 8 del C.C., por la ley española. Para que la ejecución pueda ser despachada, nuestro Derecho exige, entre otros requisitos, la idoneidad del título que sirve de base a la demanda; la aptitud del sujeto pasivo para ser sometido a un proceso ejecutivo y que el derecho que se reclama se concrete en una cantidad líquida. Los dos últimos aspectos no presentan especiales problemas, por lo que nos concentraremos en la idoneidad del título<sup>215</sup>.

539. A estos efectos, las prácticas de los dos principales centros financieros internacionales -Londres y Nueva York- difieren. Mientras los eurobanco ingleses simplemente emplean el mecanismo de la cuenta corriente, las entidades financieras norteamericanas tienen arraigada la creencia de que un crédito que no esté respaldado por la firma de un *promissory note* o pagaré por parte del acreditado es incluso defectuoso desde el punto de vista legal, cosa, por lo demás, incierta<sup>216</sup>.

540. Las ventajas del "método americano" vienen abonadas, primero, por la negociabilidad del efecto comercial que representa la existencia de la deuda y, segundo, por el hecho de llevar aparejada ejecución.

Por lo que al primer aspecto se refiere, en todos los ordenamientos relevantes implicados en una transacción financiera internacional, la transferencia de los títulos valores es más simple, rápida y segura que cualquiera de los viejos mecanismos de transmisión del Derecho Civil.

En cuanto a la ejecutividad del efecto comercial, ello supone el acceso a un procedimiento rápido, sencillo y con motivos de oposición reducidos y tasados. Así sucede en nuestro Derecho, según los arts. 1.429 y ss. de la L.E.C.; en el Derecho inglés, según lo dispuesto por la *Order 14 of the Rules of The Supreme Court* y en el Derecho del Estado de Nueva York, *ex Section 3213 of New York Civil Practice Law and Rules*<sup>217</sup>.

<sup>214</sup>Vid. A. AURIOLES MARTÍN, *op. cit.*, p. 216 a 218; F.J. GÓMEZ-REY, *op. cit.* p. 76.

<sup>215</sup>En lo referente a la idoneidad subjetiva, en el caso del acreditado soberano, hay que tener presente que el art. 44.1 de la Ley General Presupuestaria -B.O.E. de 29 de septiembre de 1988- prohíbe a los jueces y tribunales españoles despachar ejecución contra derechos, fondos, valores y bienes en general de la Hacienda Pública. Como ya se ha mencionado en otro lugar, los contratos suelen hacer frente a este problema incluyendo una cláusula en la que el acreditado soberano renuncia expresamente a estos privilegios o inmunidades de ejecución. En fin, conforme al art. 1.435 L.E.C., para que la ejecución pueda ser despachada, es preciso que el derecho de crédito que se reclama sea concretado en una cantidad líquida. La constancia del eurocrédito en escritura pública no garantiza que la reclamación consista en una cantidad líquida, ya que lo adeudado no tiene porqué coincidir con el importe del crédito concedido. Dicho importe es la única cantidad que consta en el documento contractual y, consecuentemente, tan sólo constituye el límite del montante de capitales que el acreditado puede retirar. Por lo tanto, la cuantía exacta del total de la deuda contraída por el acreditado permanece indeterminada hasta que no se conozca el importe del capital efectivamente dispuesto y se calculen las cantidades correspondientes a intereses, comisiones y demás costes. A partir de la reforma del art. 1.435 L.E.C. -operada por la Ley 9/1984, de 6 de agosto- se admite la validez de la certificación del saldo comunicado por el acreedor, a efectos de despacho de la ejecución, si así lo han convenido ambas partes expresamente en el título que sirve de base a la demanda. Como es lógico, dichos pactos y el procedimiento para proceder a la verificación deben figurar siempre en la propia escritura en la que se instrumentaliza el contrato eurocrediticio.

<sup>216</sup>Vid. M. ELLAND-GOLDSMITH, *op. cit.*; p. 349. PH. WOOD, *op. cit.*, pp. 244.

<sup>217</sup>Vid. L. JORQUERA GARCÍA, *op. cit.*, pp. 411 y ss..

**541.** Los prácticos londinenses, en cambio, señalan determinadas dificultades de adaptación del empleo de pagarés a la estructura y características del eurocrédito.

En primer lugar, en los ordenamientos adscritos o informados -caso de España- por el Derecho ginebrino cambiario, el juego combinado de principios contenidos en los arts. 33 y 72 de la Convención de Ginebra de 1930 prohíbe la emisión de un efecto comercial con vencimientos múltiples. Por consiguiente, para acomodar la emisión de pagarés al ritmo de los diferentes períodos de disposición del eurocrédito sería preciso recurrir a tantos libramientos como tramos.

En segundo lugar, tanto en los Estados que han optado por el modelo ginebrino cuanto en los refractarios a la recepción del mismo - sistemas jurídicos del *common law*- el pagaré exige el compromiso del firmante de pagar una suma de dinero cierta. Ello le convierte en un instrumento poco apropiado para reflejar el montante total de la deuda del acreditado. Ésta, además del principal -que puede determinarse más o menos fácilmente- está integrada por los intereses que, en el caso de la inmensa mayoría de los eurocréditos sindicados, son calculados a partir de un tipo variable. De ahí que, o se van librando efectos a medida que varía el tipo o hay que conformarse con evidenciar en el pagaré tan sólo la deuda por el principal del tramo de crédito correspondiente.

En tercer término, la documentación de la deuda del acreditado a través de *promissory notes* supone un farrago de papel, una carga documental y de administración poco acorde con las prácticas eurobancarias: el Banco Agente tendría que administrar un gran volumen de efectos librados en favor de varias decenas de bancos provenientes de toda la geografía financiera internacional.

**2. RÉGIMEN DEL RECONOCIMIENTO DE LA FUERZA PROBATORIA Y EJECUTIVA DE LOS DOCUMENTOS CONTRACTUALES EUROCREDITICIOS EN EL SISTEMA ESPAÑOL DE D.I.PR.**

**542.** La ejecución de un título como los que aquí nos ocupan -pagaré, escritura pública- es una cuestión de naturaleza procesal y, consecuentemente, sometida al apartado 2 del art. 8 del C.C., que dispone la aplicación de la ley española al cauce procedimental preciso para hacer efectivos los derechos.

En línea de principios, el régimen de reconocimiento de los documentos contractuales en los que se plasma un eurocrédito sindicado no afecta al sector del reconocimiento y ejecución de resoluciones y actos extranjeros. No obstante, si lo que se pretende es hacer valer la fuerza ejecutiva del propio documento -y ello no sin reservas- podemos considerar la cuestión como incidente dentro de este sector de nuestro sistema de D.i.pr.<sup>218</sup>.

Esto es precisamente lo que está en la cabeza de los asesores de los bancos, cuando insisten en la adopción de la escritura pública o en el pagaré como mecanismos de instrumentación aptos para la defensa de los intereses de los acreditantes. Estamos, por tanto, enfrentados al problema de determinar que condiciones exige nuestro ordenamiento para reconocer fuerza ejecutiva al documento elevado a escritura pública, ante fedatario extranjero, o al pagaré emitido fuera de nuestras fronteras.

De entrada, interesa señalar que el supuesto del contrato elevado a escritura pública presenta, por lo excepcional, un escaso interés práctico. Entre las razones que impulsan a los bancos ingleses a optar por la escritura pública tiene un especial peso el que su otorgamiento puede realizarse ante el cónsul español en el extranjero, lo que sitúa la cuestión fuera del campo del D.i.pr.. Por ello, pondremos mayor énfasis en el caso de la instrumentación de las obligaciones del acreditado en los títulos valores conocidos, en la terminología bancaria neoyorquina, como *promissory notes* o pagarés de empresa; aunque su régimen no debe, en línea de principios, diferir del aplicable al anterior.

**543.** Sólo a efectos ilustrativos se justifica, además, la dedicación de unas cuantas líneas a los problemas relativos al reconocimiento en nuestro foro de la capacidad de un documento extranjero para dar fe del acto jurídico subyacente.

---

<sup>218</sup>Vid. A.L CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, Granada, Comares, 1999, pp. 305 a 322, esp., p. 318; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, p. 485.

Entendido el reconocimiento y ejecución como un sector autónomo dentro del sistema español de D.i.pr., las cuestiones de la autenticidad y eficacia de un documento no poseen la sustantividad precisa como para su incardinación en el primero<sup>219</sup>. No obstante, la conexión entre el reconocimiento de la fuerza probatoria de un documento y la concesión al mismo de efectos que si interesan a este sector concreto del D.i.pr., como los ejecutivos, es tan evidente, que una breve referencia al primero es conveniente para que el sistema pueda apreciarse en su conjunto.

#### A. Reconocimiento de la fuerza probatoria del documento contractual.

**544.** Es a todas luces inadecuado, a efectos probatorios hacer constar el contrato eurocrediticio en un documento privado. Por contra, según el art. 93 del C.Com., el contrato instrumentado en póliza intervenida por fedatario mercantil o en escritura pública hace fe en juicio y, a tenor de lo dispuesto en el art. 1.218 del C.C., ambos títulos poseen la condición esencial de hacer prueba, aún contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste.

Si la escritura pública o la póliza han sido intervenidas por fedatarios españoles actuando en esa condición de cuasi-autoridad, tanto dentro del territorio nacional cuanto en el extranjero (cónsul en funciones notariales), la instrumentación del contrato en dichos títulos bastará a los efectos perseguidos por las partes. Sin embargo, cuando esos mismos títulos o sus equivalentes provienen de un fedatario o autoridad extranjera, ello supone tener que situarse ante el problema de la efectividad formal-probatoria, en nuestro país, del instrumento extranjero que formaliza un determinado negocio jurídico.

**545.** Para que un documento despliegue todos sus efectos, en principio, hay que acreditar su autenticidad, máxime cuando proviene de un círculo jurídico foráneo.

La ratificación por España de toda una batería convencional, dedicada a la supresión de la legalización de los documentos públicos extranjeros, ha tenido la virtud de hacer desaparecer prácticamente dicha exigencia, contenida en el apartado 4 del art. 600 de la L.E.C.<sup>220</sup>. Precepto que constituye la auténtica piedra de toque del sistema, por cuanto, en lo que respecta a la traducción -otro requisito exigido por el art. 601 LEC- se admite la efectuada por traductor privado, siempre que no sea contestada.

Una vez acreditada la autenticidad del instrumento en el que consta el contrato, su virtualidad como medio probatorio queda sometida a lo previsto en el apartado 3 del art. 600 de la L.E.C.: observancia en el otorgamiento de las formas y solemnidades establecidas en el país donde se haya celebrado el contrato.

Finalmente, la práctica norteamericana de evidenciar la deuda del acreditado a través de pagarés (*promissory notes*) sitúa el plano de reflexión, más que en el campo probatorio, en el del reconocimiento del carácter ejecutivo de dichos títulos valores, al que se dedican las líneas siguientes.

---

<sup>219</sup>Vid. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Curso...*, op. cit., pp. 485 y ss..

<sup>220</sup>Entre los mencionados convenios destaca, por su trascendencia, el Convenio suprimiendo la exigencia de la legalización de los documentos públicos extranjeros, hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961, publicado en el *B.O.E.* n.º 229, de 25 de septiembre de 1978. Son parte del mismo, a efectos del mundo eurocrediticio, tanto España cuanto los EE.UU. y Gran Bretaña.

## **B. Régimen de reconocimiento de la fuerza ejecutiva de los documentos contractuales en el sistema español de D.i.pr..**

**546.** Determinados documentos privados auténticos constituyen título suficiente para ejercer acciones ejecutivas. Así, nuestro ordenamiento procesal civil -aplicable, *ex* apartado 2 del art. 8 del C.C., a las cuestiones de naturaleza procesal- confiere dicha virtualidad, entre otros, a los pagarés y a las pólizas originales de contratos mercantiles; según puede comprobarse en el art. 1.429 de la L.E.C..

Las notas que caracterizan el tratamiento internacional-privatista de estos documentos, a efecto del reconocimiento de su carácter ejecutivo, son: primero, la diversidad de fuentes de origen convencional, tanto multilaterales cuanto bilaterales que, en principio, podrían incidir en su regulación; segundo, la ausencia de normas específicas de producción autónoma.

### **11. Diversidad de fuentes de origen convencional.**

**547.** A pesar de la tupida red de instrumentos convencionales que vinculan a nuestro país en esta materia, los pagarés de empresa emitidos en correspondencia con la práctica de los bancos neoyorquinos para representar la deuda del acreditado eurocrediticio carecen de cobertura normativa convencional. Por ello, sobrevolaremos rápidamente este apartado, para centrarnos en los problemas que generan las deficiencias de nuestro sistema autónomo.

**548.** El sistema de los Convenios de Bruselas-Lugano no tiene vocación para ser aplicado a estos supuestos porque el título procede de un Estado tercero. Ambos Convenios extienden su ámbito de aplicación sólo al reconocimiento de la fuerza ejecutiva de los documentos públicos formalizados en un Estado contratante; disponiendo, a efectos procedimentales, la puesta en funcionamiento de los arts. 31 y siguientes de su regulación (art. 50 de los dos Convenios)<sup>221</sup>.

**549.** Otro tanto puede predicarse de los convenios bilaterales que nos ligan con Estados como Francia, Italia y Brasil<sup>222</sup> -que establecen determinadas condiciones para dotar al documento de ejecutividad: carácter ejecutivo según la ley de origen, autenticidad en el Estado de procedencia, traducción, compatibilidad con el orden público del foro requerido- o como Austria y Alemania<sup>223</sup>, que parten de la equiparación entre títulos ejecutivos y resoluciones judiciales, sobre los presupuestos de un sistema de reconocimiento incidental.

Aparte de la circunstancia de la bilateralidad de estos Convenios -que, por tanto, excluyen de su campo de aplicación a las relaciones con el Estado de Nueva York- es preciso tener presente que sólo los Convenios hispano-francés e hispano-italiano incluyen en su regulación referencias a los documentos privados. El resto de instrumentos limitan su alcance a los documentos públicos y, por tanto, sólo cuando se haya levantado protesto notarial -o intervención de autoridad pública extranjera equivalente- del título, éste podrá beneficiarse del régimen convencional<sup>224</sup>.

### **21. Ausencia de regulación autónoma específica.**

**550.** En defecto de norma convencional aplicable, nuestro sistema de D.i.pr. no establece reglas específicas que permitan constatar la idoneidad de un título extranjero para acceder a la acción ejecutiva, prevista en el art. 1.429 de la L.E.C..

Estas carencias son especialmente acusadas en el caso que nos ocupa. La práctica de evidenciar la deuda del acreditado en pagarés, *promissory notes*, es propia del mercado neoyorquino y ello remite su regulación a nuestro régimen autónomo; régimen cuyo silencio legal proyecta inadecuadas interrogantes sobre la continuidad en el espacio de las relaciones cubiertas por tales prácticas de instrumentación.

**551.** La doctrina internacional-privatista ha propuesto distintas soluciones para colmar esta laguna legal, que pueden exponerse sintéticamente así: primera, extensión del régimen de *exequatur*; segunda, proyección directa del art. 1.429 de la L.E.C. al ámbito internacional; tercera, interpretación del mismo precepto en clave de D.i.pr.<sup>225</sup>. El carácter extrajurisdiccional del título,

<sup>221</sup> Vid. A. MARÍN LÓPEZ, "Documentos públicos con fuerza ejecutiva y transacciones judiciales en los Convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988", en A. BORRÁS y otros, *Revisión...*, *op. cit.*, pp. 449 a 460.

<sup>222</sup> Convenio sobre reconocimiento de decisiones judiciales y arbitrales y actas auténticas en materia civil o mercantil entre España y Francia, hecho en París, el 28 de mayo de 1969, *B.O.E.* n.º 63, de 14 de marzo de 1970; Convenio sobre asistencia judicial y reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil entre España e Italia, hecho en Madrid, el 22 de mayo de 1973, *B.O.E.* n.º 273, de 15 de noviembre de 1977; Convenio de cooperación jurídica en materia civil entre el Reino de España y la República Federativa del Brasil, hecho en Madrid, el 13 de abril de 1989, *B.O.E.* n.º 164 de 10 de julio de 1991 y corrección de errores en *B.O.E.* n.º 193, de 13 de agosto.

<sup>223</sup> Convenio sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones, transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil entre España y Austria, hecho en Viena, el 17 de febrero de 1984, *B.O.E.* n.º 207, de 29 de agosto de 1985; Convenio sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones y transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil entre España y la República Federal de Alemania, hecho en Bonn el 14 de diciembre de 1983, *B.O.E.* n.º 40, de 16 de febrero de 1988, corrección de errores en *B.O.E.* n.º 230, de 24 de septiembre de 1992.

<sup>224</sup> Por lo que hace a los Convenios con Austria y Alemania, además, la superposición de su ámbito material con los Convenios de Bruselas y Lugano los priva de contenido cuando la relación es de naturaleza patrimonial y el documento público; lo cual no deja de plantear ciertas paradojas al exigir estos últimos el *exequatur* del documento. No ocurriría lo mismo con los Convenios con Francia e Italia, que subsistirían en lo referente a documentos privados. Vid. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, Granada, Comares, 1999, pp. 319 y 320; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, pp. 504 y 505.

<sup>225</sup> Vid. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Introducción...*, *op. cit.*, pp. 581 a 583; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, pp. 506 y 507.

en el primer caso, y el salto intersistémico y las consecuencias absurdas a que podría conducir la segunda solución -conferir efecto ejecutivo a títulos que no lo tienen según el derecho del Estado de origen y viceversa-, hacen preciso considerar como más ajustada la última de las propuestas antes mencionadas.

552. La lectura internacional-privatista del art. 1.429 de nuestra ley rituarial se desarrolla en dos reglas.

Primera, el Derecho español fija los requisitos de acceso al juicio ejecutivo -deuda líquida, vencida y de cuantía superior a las cincuenta mil pesetas- planteado ante nuestras autoridades judiciales.

Segunda, la idoneidad de un título negociable -como es el pagaré o *promissory note*- emitido en el extranjero para tener acceso al juicio ejecutivo depende de la verificación de su autenticidad y fuerza ejecutiva. Cuestiones estas últimas que, ante el carácter internacional de las relaciones expresadas en el título, precisan de un tratamiento conflictual adecuado.

553. La autenticidad se acredita por remisión a lo dispuesto en el apartado 4 del art. 600 de la L.E.C. -legalización- y en el art. 601 -traducción y copias- del mismo cuerpo legal. Es éste un aspecto que ya hemos examinado y a lo antes expuesto queda remitido<sup>226</sup>.

Por lo que hace al carácter ejecutivo del título, es lógico que el mismo sea evaluado de acuerdo con la ley del Estado de origen, a tenor de lo dispuesto en el art. 99 de nuestra Ley Cambiaria y del Cheque<sup>227</sup>. Consecuentemente, el derecho del Estado de Nueva York sería el encargado de establecer el carácter ejecutivo de los pagarés o *promissory notes* que evidencian la deuda eurocrediticia.

Sólo la hipotética actuación del correctivo funcional de orden público -invocando, por ejemplo, determinadas carencias formales típicas de estos instrumentos- podría suponer una amenaza para el reconocimiento de la ejecutividad de los pagarés. Aunque la distinción entre los aspectos de fondo y probatorios de las relaciones cambiarias es un problema delicado, parece claro que exigencias tales como la expresión de la moneda de pago o del lugar de emisión, deben ser calificadas como requisitos de solemnidad formal y, por consiguiente, sometidas a lo dispuesto en el apartado 1 del art. 99 de la citada Ley Cambiaria y del Cheque. Por tanto, la carencia de las referidas exigencias -bastante frecuentes en los *promissory notes*- sólo invalidarían el título si la ley aplicable a sus aspectos formales fuese la española; sin que quepa, en mi opinión, hacer uso del aludido correctivo funcional<sup>228</sup>.

---

<sup>226</sup>*Vid. supra*, p. 280.

<sup>227</sup>Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque, *B.O.E.* n1 172, de 19 de julio de 1985.

<sup>228</sup>*Vid.*, S. SÁNCHEZ LORENZO, "Comentario a la Sent. Aud. Prov. de Barcelona (Sección 10) de 20 de mayo de 1993", *R.E.D.I.*, vol. XLVII-1995, núm. 1, pp. 254 a 256, esp. p. 255; "Comentario a la Sent. Aud. Prov. de Madrid (Sección 130) de 26 de abril de 1994", *R.E.D.I.*, vol. XLVII-1995, núm. 1, pp. 258 a 261.

## II. RECEPCIÓN DE CLÁUSULAS Y PRÁCTICAS EUROREDITICIAS EN NUESTRO SISTEMA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

554. Varias cláusulas y prácticas contractuales eurocrediticias han suscitado, entre nuestros juristas, dudas acerca de su acomodo dentro del ordenamiento jurídico español<sup>229</sup>. Así, en el plano del derecho aplicable, ya aludíamos a la eventual actuación del correctivo funcional de orden público, en el caso de que la *lex contractus* amparase conductas contrarias a principios, valores o intereses irrenunciables para nuestro foro<sup>230</sup>.

Similares consideraciones se harán en las páginas siguientes pero, ahora, desde los dictados del sector del reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en España. Siguiendo el esquema que venimos aplicando, desde el inicio de la reflexión en curso, analizaremos, en primer lugar, la descripción de la práctica contractual (1.) para, acto seguido, confrontarla con los dictados de nuestro sistema de D.i.pr. (2.).

---

<sup>229</sup>*Vid.*, por todos, L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, «Los préstamos...», en A.L. CALVO CARAVACA y otros, *Contratos...*, pp. 864 a 902, esp., pp. 868 y ss..

<sup>230</sup>*Vid. supra*, p. 254.

### 1. DESCRIPCIÓN DE LA PRÁCTICA CONTRACTUAL.

555. El sistema español de D.i.pr. permite rechazar el reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras cuando el contenido de las mismas sea contrario al orden público -arts. 27.1 de los Convenios de Bruselas y Lugano; art. 954.3 de la L.E.C.- y, a este respecto, tres son los supuestos que mayor controversia han suscitado.

Primero, la determinación excepcional del tipo de interés por el Banco Agente, presumiblemente contraria al art. 1.256 de nuestro C.C. (A.).

Segundo, la renegociación de los términos contractuales ante la constatación por parte del Banco Agente de una alteración sustancial de las condiciones en las que se pactó la operación. Práctica que, en principio, pudiera colisionar con lo dispuesto en el artículo 1.273 del C.C. español. (B).

Tercero, la supuesta alteración del orden de prelación de créditos que las partes buscan con el juego combinado de las cláusulas de interdicción de cargas discriminatorias (*negative pledge*) y de igualación de rango (*pari passu*), que contravendrían lo dispuesto en los arts. 908 y siguientes del C.Com..

#### A. Atribución al Banco Agente de la capacidad para constatar los supuestos de alteración del marco contractual relativo a la determinación del tipo de interés.

556. La determinación del tipo de interés en cada uno de los períodos de disposición (*interest periods*) en que se estructura el eurocrédito sindicado es una de las operaciones propias de la actividad del Banco Agente, en su calidad de encargado de la administración de la operación<sup>231</sup>. El procedimiento de determinación viene fijado contractualmente por medio de complejas cláusulas, de cuyo análisis cabe deducir la existencia de un procedimiento ordinario de fijación del tipo de interés<sup>232</sup> -que no plantea especiales problemas en esta sede- y la previsión de un mecanismo extraordinario para solventar las distorsiones que sobre el anterior proyectan las alteraciones del euromercado.

557. Al estar la determinación del tipo de referencia vinculado al interbancario de una determinada plaza eurobancaria, la aparición de fenómenos que distorsionen dicho mercado pueden acarrear, ante la inexistencia de Banco Central o prestamista de último recurso, la imposibilidad de fijar el tipo de interés del eurocrédito en la forma ordinariamente prevista en el contrato.

Tales alteraciones hacen necesaria la previsión de un mecanismo de emergencia que posibilite la continuación de la relación entre acreditantes y acreditado. Coherentemente con este principio de salvaguardia de la relación y con la actitud preventiva típica de los juristas expertos en los mercados financieros internacionales, dicho mecanismo está contractualmente previsto, estableciéndose un procedimiento alternativo o dando entrada a los llamados tipos de interés sustitutivos (*substitutive interest rate* o *alternative interest rate*)<sup>233</sup>.

558. Circunstancias como la ruptura de los canales de comunicación entre el Banco Agente y los Bancos de Referencia (*Reference Banks*) dan entrada a un procedimiento alternativo de fijación del tipo de referencia. Si alguno de los bancos referentes no puede comunicar su cotización en tiempo y forma, se acude a un banco de referencia suplente. Si dicho suplente no está previsto o no puede tampoco proporcionar la información, el tipo será determinado de acuerdo con los datos suministrados por el resto de *Reference Banks*.

En caso de que ninguno de ellos pueda ofrecer la cotización requerida, la tasa de interés será fijada por el Banco Agente tras consultar al resto de acreditantes y procurar una solución de consenso entre éstos y el acreditado. Si dicho acuerdo no es posible, la propia entidad actuante como agente determinará directamente el tipo, según el que se esté ofreciendo por los Bancos de primera fila en el mercado de referencia.

Esta atribución al Banco Agente -en definitiva, a un acreditante- de las facultades antes descritas es la que plantea más dificultades, desde el punto de vista de nuestro Derecho<sup>234</sup>. Frente a la unilateralidad de su actuación, el artículo 1.256 del C.C. dispone que "la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes". Tras la descripción del segundo supuesto conflictivo, procuraremos dar una respuesta de conjunto a estas cuestiones, desde la óptica de nuestro sistema de D.i.pr..

<sup>231</sup> Vid. *supra*, pp. 84 y ss..

<sup>232</sup> Vid. F. GRAAF, *op. cit.*, pp. 309 y 310; J.P. MATTOU, *op. cit.*, p. 207.

<sup>233</sup> Vid. P. EINZIG y B.S. QUINN, *Roll-Over Credits. The System of Adaptable Interest Rates*, Nueva York, St. Martin-s Press, 1973.

<sup>234</sup> Vid. A. AURIOLAS MARTÍN, *op. cit.*, pp. 195 y ss..



**B. Cláusulas de interdicción de cargas discriminatorias (*negative pledge*) y de equiparación de rango (*pari passu*) y las normas sobre prelación de créditos.**

**559.** Como tuvimos ocasión de exponer sucintamente<sup>235</sup>, dentro del esquema cautelar eurocrediticio destacan las menciones contractuales conocidas como *covenants*. Son compromisos, promesas o estipulaciones que los acreditados están obligados a respetar durante la vigencia del contrato<sup>236</sup>. A diferencia de las *warranties* y *representations*, que se refieren a hechos coetáneos o existentes con antelación al momento de la firma del contrato, los compromisos asumidos como *covenants* tienen relación con el comportamiento futuro del acreditado. Dentro de este género de cláusulas eurocrediticias, suele distinguirse entre aquellas de carácter positivo<sup>237</sup> y aquellas otras de naturaleza negativa<sup>238</sup>.

**560.** Por lo que al Derecho español se refiere, han sido fundamentalmente cláusulas negativas como la de equiparación o igualación de rango (*pari passu covenant*) y la de interdicción de cargas discriminatorias (*negative pledge covenant*) las que más interrogantes han suscitado desde la perspectiva de su validez<sup>239</sup>. A ambas hemos tenido ocasión de referirnos, como exponentes del principio de igualdad de trato entre acreditantes, por lo que nos limitaremos a efectuar un breve recordatorio de su contenido<sup>240</sup>.

La cláusula de interdicción de cargas discriminatorias (*negative pledge covenant*) es una prescripción estándar en los eurocréditos sindicados, cuya finalidad consiste en impedir que el acreditado conceda a otros acreedores garantías extraordinarias que otorgasen primacía a estos últimos sobre las entidades acreditantes, aún siendo los créditos de los otros acreedores de fecha posterior al de los bancos.

La cláusula de equiparación de rango (*pari passu covenant*) es otro estándar contractual en el euromercado. En su virtud, las partes convienen que las obligaciones asumidas por el acreditado se constituyen automática e incondicionalmente en posición de igualdad con cualquier otra obligación presente o futura de dicho acreditado; estén estas últimas garantizadas o no y en la forma en que lo estén. Su finalidad es evitar la postergación de los derechos de la parte acreditante frente a otros acreedores del acreditado.

**561.** Cabe interrogarse seriamente acerca del encaje de cláusulas de este tenor en el Derecho español puesto que, en principio, tanto la *negative pledge covenant* cuanto la *pari passu covenant* se enfrentarían con lo dispuesto en los artículos 908 y siguientes del C.Com., relativos a la gradación de créditos en caso de quiebra. A continuación intentaremos responder tanto a esta cuestión cuanto a la que dejábamos más arriba apuntada, acerca de las atribuciones del Banco Agente.

---

<sup>235</sup>Vid. *supra*, pp. 75 y 76.

<sup>236</sup>Vid. una completa descripción de los compromisos más corrientemente exigidos en P. GABRIEL, *op. cit.*, pp. 72 y ss.; F.J. GÓMEZ-REY, *op. cit.*, pp. 100 y ss.; F. GRAAF, *op. cit.*, pp. 347 y ss. G.A. PENN y otros, *op. cit.*, pp. 108 y ss.; R.C. TENNEKON, *op. cit.*, pp. 82 a 102; PH. WOOD, *op. cit.*, pp. 144 y ss.

<sup>237</sup>En primer lugar, todo el conjunto de obligaciones de información: suministro de toda la documentación contable y financiera relevante acerca del acreditado; notificación por parte de este último de su intención de plantear cualquier tipo de reclamación judicial que pueda comprometer sus activos o de la posibilidad de ser demandado con esos mismos efectos; aparición sobrevenida de circunstancias que puedan aminorar la solvencia patrimonial del acreditado; inminencia de la posibilidad de incurrir en un supuesto de incumplimiento, etc.. En segundo término, otras cláusulas obligan al acreditado al mantenimiento de determinados *ratios* financieros (*financial covenants*): nivel mínimo de liquidez (*minimum net worth covenant*); mantenimiento de determinados activos financieros en su poder (*asset disposal covenant*); aseguramiento apropiado de los anteriores; satisfacción de sus obligaciones fiscales; continuidad de la actividad económica de la empresa y de la identidad del acreditado como firma comercial; etc..

<sup>238</sup>Resaltan aquellos referidos a un deber de abstención de realizar determinados comportamientos que pongan en riesgo los activos que constituyen el soporte financiero sobre el que los bancos concedieron el eurocrédito: limitación del nivel de endeudamiento o de distribución de beneficios (*debt to equity ratio covenant*); prohibición de gravar los activos del acreditado a menos que se otorgue igual trato a los acreditantes; prohibición de enajenar, transferir o prestar una parte sustancial de los mismos; prohibición de comprometerse en procesos de fusión o absorción con otras empresas (*merger control covenant*); etc..

<sup>239</sup>Vid., por todos, L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, «Los préstamos...», en A.L. CALVO CARAVACA y otros, *Contratos...*, pp. 864 a 902, esp., pp. 872 y ss..

<sup>240</sup>Vid. *supra*, pp. 117 y ss..

**2. RESPUESTA DEL SISTEMA ESPAÑOL DE D.I.PR. A LAS PRÁCTICAS CONTRACTUALES EXAMINADAS.**

**562.** En ambos casos, dos son los parámetros que han de guiar la reflexión: el situarnos en un marco contractual internacional (A.) y la sofisticación de las partes contratantes (B.). Un balance final permitirá comprobar las consecuencias de la proyección de los parámetros antes citados (C.).

### A. Carácter internacional del contrato y la noción de orden público.

**563.** Lo primero que hay que retener es que no estamos ante un supuesto doméstico, sino ante un contrato genuinamente internacional. Obviamente, no todo lo que integra el orden público interno puede ser considerado como desencadenante del correctivo funcional de orden público internacional. Es decir, no cabe confundir orden público internacional con las normas de naturaleza imperativa del Derecho español.

Doctrinalmente, la tendencia a interpretar de forma restrictiva la noción -en especial, cuando se trata de materia contractual- es ampliamente dominante<sup>241</sup>. También de la jurisprudencia del TJCE puede deducirse la necesidad de circunscribir el orden público al conjunto de principios o valores jurídicos fundamentales de un ordenamiento<sup>242</sup>. Aunque dicha línea no parece tener traducción en el tenor literal de nuestro sistema de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras actual -apartado 1 del art. 27 de los Convenios de Bruselas y Lugano y apartado 3 del art. 954 de la L.E.C.- no caben dudas acerca de la necesidad de su observancia; máxime cuando las propuestas de revisión del art. 27.1 de los Convenios de Bruselas y Lugano -@manifiestamente contrario al orden público del Estado requerido@- apuntan en esa misma dirección<sup>243</sup>.

**564.** A partir de dicha concepción restringida del orden público internacional, dos factores tienen que ser considerados a la hora de evaluar la respuesta del foro español.

En primer lugar, aún dentro de las relaciones crediticias sindicadas internas, la acomodación a nuestro Derecho de las prácticas y cláusulas heredadas del campo eurocrediticio es una cuestión abierta<sup>244</sup>. Con mayor prudencia, pues, debe conducirse el intérprete cuando no sólo están en juego los valores, principios e intereses del foro español.

En segundo término, no faltan voces que, desde los presupuestos de nuestro derecho, indican lo perturbador de permitir que situaciones nacidas de los contratos puedan ser revisadas debido a una falta de equivalencia de las prestaciones salvo, claro está, de los supuestos en los que la ley lo permita (crédito al consumo) pero, como ya hemos manifestado y volveremos a remarcar a continuación, ese no es el caso<sup>245</sup>.

### B. Sofisticación de los contratantes.

---

<sup>241</sup> Vid. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Introducción...*, op. cit., pp. 539 y ss.; J.M0. ESPINAR VICENTE, *Curso...*, op. cit., pp. 180 y 181; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, op. cit., pp. 557 y ss.; M. VIRGÓS SORIANO, en AA.VV., *Derecho Internacional Privado, Vol. I*, Madrid, UNED, 1998, pp. 455 y ss..

<sup>242</sup> STJCE de 4 de febrero de 1988, asunto 145/86, *Hoffmann c. Krieg*, Rec. 1988, pp. 645 a 672.

<sup>243</sup> Vid. [http://europa.eu.int/eur-lex/es/com/dat/1999/es\\_599PC0348.html](http://europa.eu.int/eur-lex/es/com/dat/1999/es_599PC0348.html), visitado el 21 de marzo de 2000.

<sup>244</sup> Vid. A. AURIOLES MARTÍN, op. cit., pp. 69 y ss.; B.M0. CREMADES, op. cit., p. 13.

<sup>245</sup> Vid. M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, *El enriquecimiento sin causa*, en M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ y L. DíEZ-PICAZO, *Dos estudios sobre el enriquecimiento injusto y el enriquecimiento sin causa*, Madrid, Civitas, pp. 136 y ss., esp., p. 155.

**565.** Como hemos repetido a lo largo de este trabajo, estamos ante un contrato celebrado entre partes negociadoras muy sofisticadas, que gozan de un poder negociador equiparable. El euromercado es un ámbito fundamentalmente interbancario que ha sido caracterizado por F. LEROUX como un mercado financiero al por mayor (*marché de gros*) en el que se negocian sumas de gran calado<sup>246</sup>. Se trata de un ambiente altamente profesionalizado, en el que no hay sitio para las relaciones de crédito al consumo.

Esta es una de las causas por las que ordenamientos tan desarrollados desde el punto de vista tutelar como el del Estado de Nueva York -*Securities Act* de 1933- o el inglés -*Financial Services Act* de 1986- consideran a las relaciones eurocrediticias excluidas de las normas que justifican la intervención tutelar del Derecho en defensa del inversor particular<sup>247</sup>. Posición que también es compartida por nuestro Derecho, según el art. 30 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores<sup>248</sup>.

En suma, el contrato eurocrediticio es expresión de un difícil equilibrio. Los acreditantes no se cansan de repetir al acreditado la misma afirmación: usted posee nuestro dinero y nosotros sólo tenemos un trozo de papel. El desplazamiento de los riesgos hacia el acreditado es coherente con esta percepción, reposa en las necesidades de funcionamiento de un mercado que encuentra su legitimidad en su propia utilidad y es aceptado por todos los participantes, incluido el demandante de fondos.

### C. Balance final.

**566.** Sobre la base de las consideraciones anteriores, no parece que existan razones de peso para poner en peligro la continuidad en el espacio de las relaciones eurocrediticias, recurriendo al orden público como motivo de denegación del reconocimiento y/o ejecución de resoluciones extranjeras. Comprobaremos este aserto en relación con las dos cuestiones que nos servían de referente: la actuación del Banco Agente (11) y las cláusulas relativas a la protección de la posición del derecho crédito de los acreditantes (21).

#### 11. La actuación del Banco Agente.

**567.** Desde el punto de vista de su adecuación a lo contractualmente previsto, la actuación del Banco Agente es irreprochable. No hace otra cosa que aplicar los mecanismos previstos en el eurocrédito, sin que esté autorizado para introducir variantes en dichas previsiones. Expresión de la dependencia del contrato respecto del marco de negociación, el tipo de referencia constituye un índice -elegido por las partes de común acuerdo, pero ajeno a ellas- cuya variación supondrá la modificación de la tasa de interés del eurocrédito. Su función no es otra que reflejar, en términos estrictos de mercado (*a true market rate*), los costes efectivos de refinanciación de los eurobancos.

Desde este punto de vista, la referencia al interbancario de la mayoría de las plazas financieras internacionales -*LIBOR*, *HKIBOR*, *LUXIBOR*, etc.- presenta condiciones de transparencia y objetividad como para superar las objeciones de unilateralidad existentes en ordenamientos como el nuestro o el francés<sup>249</sup>.

La actuación del Banco Agente, en suma, no pasa de la simple aplicación de los mecanismos previstos en el contrato, sin que esté autorizado para introducir variantes en dichas previsiones y no parece que existan razones apriorísticas -desligadas de la solución del caso concreto- para pronunciarse en contra de la compatibilidad con nuestro ordenamiento de los supuestos desequilibrios contractuales existentes en el eurocrédito. Lo verdaderamente relevante, a mi juicio, es la objetividad del parámetro elegido, garante del equilibrio inicial.

#### 21. Las cláusulas relativas a la equiparación de rango de créditos.

**568.** En línea de principios, tanto la *negative pledge* cuanto la *pari passu clause* chocarían frontalmente con lo dispuesto en los artículos 908 y siguientes del C.Com., relativos a la prelación de créditos. Según una opinión mayoritaria, tales normas son preceptos de derecho cogente y, por tanto, no admiten pacto en contrario<sup>250</sup>.

Efectivamente, las normas que establecen la prelación de créditos responden, por lo general, a razones objetivas que escapan a la acción propia de la autonomía de la voluntad. No sólo hay intereses particulares que acomodar, sino que también están en juego determinados principios de ordenación del tráfico patrimonial diseñados por el legislador, que le llevan a preferir a unos acreedores sobre otros. Las únicas posibilidades de actuación de las partes se limitan a cumplir con las condiciones legalmente previstas para alcanzar una posición privilegiada o bien renunciar a dicha posición, en virtud del principio de libre renuncia de los derechos (artículo 6.2 C.C.).

La actividad cautelar de las partes involucradas en un eurocrédito sindicado, en mi opinión, es perfectamente cohonorable con estos presupuestos. Lo que éstas persiguen es la garantía del principio de igualdad entre acreedores, de forma que, si el crédito de uno de ellos resulta unilateralmente privilegiado, el resto pueda forzar la igualación de rango de las

<sup>246</sup>Vid. F. LEROUX, *op. cit.*, p. 64.

<sup>247</sup>Vid. R.H. RYAN JR., *op. cit.*, pp. 15 a 19; R.C. TENNEKON, *op. cit.* pp. 138 y 139; PH. WOOD, *op. cit.* p. 257.

<sup>248</sup>Vid. el art. 30 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, *B.O.E.* n.º 181, de 29 de julio de 1988; corrección de errores en *B.O.E.* n.º 122, de 23 de mayo de 1989 y *B.O.E.* n.º 185, de 4 de agosto de 1989.

<sup>249</sup>No parece, sin embargo, que satisfaga este control de objetividad el recurso a otros índices -por lo demás no muy frecuentes, por esta precisa razón- como el tipo preferencial de los bancos norteamericanos (*U.S. prime rate*). Vid. A. AURIOLAS MARTÍN, *op. cit.*, pp. 203 a 206, J.P. MATTOU, *op. cit.*, p. 208; G.A. PENN y otros, *op. cit.*, p. 92.

<sup>250</sup>Vid. J. ARAMENDIA, *op. cit.*, p. 165; F.J. GÓMEZ-REY, *op. cit.*, p. 107; J.V. MUÑOZ VILLALÓN, *op. cit.*, p. 198.

respectivas deudas o la resolución del contrato; nunca la alteración de las normas relativas a la prelación de créditos a supuesta alteración del orden de prelación de créditos.

En definitiva, el juego combinado de las cláusulas de interdicción de cargas discriminatorias (*negative pledge*) y de igualación de rango (*pari passu*) no sería contraria al orden público español. En primer lugar porque, como ya se dijo, orden público internacional y derecho imperativo del foro no pueden confundirse. En segundo lugar, porque esas cláusulas sólo operan, como es lógico, en el plano estrictamente contractual, constituyendo su desconocimiento uno de los supuestos tasados de incumplimiento contractual (*event of default*) que posibilitan la inmediata aceleración del crédito (cláusula de aceleración o *acceleration clause*).