

GENTLEMEN'S AGREEMENTS Y CONTRATOS DE FINANCIACIÓN INTERNACIONAL

M^a PILAR DIAGO DIAGO

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Zaragoza*

Recibido: 14.01.2012 / Aceptado: 20.01.2012

Proestat in egestate vivere, quam inhoneste (Adagio latino)

Resumen: Los *Gentlemen's Agreements* son incorporados en las Cartas de Patrocinio elaboradas, especialmente, en el ámbito del mundo anglosajón. Cuando ello ocurre y se producen reclamaciones que tienen por objeto éstas garantías personales (utilizadas profusamente en la negociación internacional del crédito), se requiere un planteamiento particular y adecuado desde la Ciencia de los conflictos de leyes. En este estudio se hace un acercamiento a esta difícil y escasamente tratada cuestión. Se elabora, además, un protocolo de actuación que tiene por finalidad facilitar, al operador jurídico, el análisis de las cuestiones de DIPr. a las que una demanda judicial siempre dará lugar.

Palabras clave: pactos entre caballeros, pactos de honor, cartas de patrocinio, lettres de patronage, garantías internacionales.

Abstract: Sometimes, the Comfort Letters incorporate Gentlemen's Agreements especially in the Anglo-Saxon World. In these cases and when legal claims are made on the basis of these personal guarantees (frequently used in the negotiation of international credits), a particular and proper approach from the field of legal systems conflicts is required. This paper makes an approach to this difficult and barely studied question. It includes a protocol of action with the objective of facilitating to the practitioner of the Law the analysis of the questions of Private International Law involved in a legal claim.

Key words: engagement d'honneur, binding in honour only, gentlemen's agreements, comfort Letters, Rome I Regulation, international guarantees.

Sumario: I. La negociación internacional del crédito y las Cartas de Patrocinio. II. Los *Gentlemen's Agreements* contenidos en las Cartas de patrocinio internacionales. 1. La garantía basada exclusivamente en el honor del patrocinador. Los *Gentlemen's Agreement*. 2. Posibilidad de garantías no exigibles ante los tribunales (garantías extrajurídicas). 3. Reclamación judicial del cumplimiento de un compromiso de patrocinio exclusivamente en el honor del patrocinador. Litigios internacionales. 4. Caso específico. La reclamación judicial del cumplimiento de un compromiso de patrocinio basado exclusivamente en el honor del patrocinador (*binding in honour only*) y la elección de Ley aplicable a la garantía. III. Protocolo de actuación: Carta de Patrocinio que contiene un compromiso recepticio de la sociedad patrocinadora basado en un pacto de honor. 1. Descripción del supuesto fáctico. 2. Presunto incumplimiento del compromiso de honor por parte de la sociedad patrocinadora y admisión de la demanda judicial que reclama su cumplimiento. 3. Calificación contractual de las Carta recepticias, que contienen un pacto de honor, en el DIPr. de la UE. 4. Competencia judicial internacional: Reglamento Bruselas I. A) Consideraciones generales. B) Especial referencia a las Cartas de Patrocinio recepticias de contenido complejo y mixto. 5. Ley aplicable: Reglamento Roma I. IV. Anexo.

I. La negociación internacional del crédito y las Cartas de Patrocinio

1. Una economía de mercado de dimensiones mundiales necesita financiación. El crédito permite la expansión de las empresas con ideas nuevas y proyectos rentables y ello reactiva la economía al potenciar el incremento de la creación de empleo, el crecimiento empresarial y, en consecuencia, el crecimiento de todo el tejido económico mundial. Obtener la necesaria financiación constituye un presupuesto del funcionamiento de toda empresa. La economía del siglo XXI es una economía mundial, internacional por definición. Por tanto, las opciones de obtener financiación se han multiplicado de manera exponencial. El mercado de crédito es, ahora, un mercado mundial y las tácticas a seguir en la transacción internacional de aquel, se han convertido en estrategias nucleares de la gestión empresarial.

2. No obstante, la negociación del crédito es muy compleja. Una financiación de calidad precisa „seguridad del crédito« y esa seguridad comporta un coste añadido que el acreedor debe asumir. La búsqueda de la seguridad es, precisamente, la finalidad última a la que se orientan todas las garantías. Ello explica, igualmente, la generación de diversas figuras jurídicas cuya objetivo es la protección del crédito suministrado por el financiador.

3. El complejo entorno económico y empresarial, generado por la integración mundial de los mercados nacionales, precisa instrumentos jurídicos que proporcionen una razonable seguridad a los intercambios patrimoniales. Requiere figuras jurídicas que reduzcan los eventuales efectos adversos de la internacionalización de las empresas.

En efecto, la expansión internacional mediante la inversión directa en el exterior sólo se justifica cuando se producen ventajas que permiten compensar la llamada «desventaja en el extranjero» (*liability of foreignness*¹), fenómeno también conocido como «coste de operar en el extranjero» (*cost of doing business abroad*²). Las dificultades de todo género que suscita el proceso de internacionalización de las empresas deben poderse superar con la facilidad y el precio asociado suficiente como para hacer atractiva la inversión.

La expansión internacional de las empresas requiere, por tanto, neutralizar las desventajas que entraña la implantación en mercados extranjeros derivadas de la falta de conocimiento local, reputación y de relaciones sociales y jurídicas propias de los mercados de destino. Ello es posible a través de las llamadas «ventajas competitivas» que derivan de la experiencia, conocimiento y otros activos intangibles acumulados en el país de origen de la empresa que se expande y que son capaces de producir beneficios en el país de destino³.

Dentro de esos activos intangibles, y aunque haya podido pasar desapercibida para los expertos en la llamada «teoría de la internacionalización»⁴, se halla la capacidad para generar seguridad y confianza. Estos valores pueden también formar parte de los activos intangibles del país de destino, lo que favorecerá, sin duda, la decisión última de inversión.

4. Las Cartas de Patrocinio constituyen una garantía personal de las operaciones de financiación, y en particular, de los préstamos monetarios proporcionados por las entidades de créditos. Se trata de

¹ S. ZAHEER, «Overcoming the liability of foreignness», *Academy of Management Journal*, vol. 38, 1995, pp. 341-363.

² S.H. HYMER, *The International operations of national firm: a study of direct foreign investment*, Cambridge MA, MIT Press, 1960/1976.

³ V. Este planteamiento propio de la Teoría de la internacionalización en C. LÓPEZ DUARTE / E. GARCÍA CANAL «Valoración bursátil de los anuncios de inversión extranjera: el impacto del modo de entrada» en *Revista española de financiación y contabilidad*, vol. XXXVI, n° 134, abril-junio 2007, pp. 291-316. Estos autores explican como «la razón por la que la posesión de esos activos conduce a la inversión directa en el exterior por parte de la empresa radica en que la naturaleza intangible de los mismos convierte al mercado en una alternativa poco eficiente para su transferencia, debido a los elevados costes de transacción. Esta circunstancia fuerza a la empresa a explotar tales activos directamente en el extranjero a través de la inversión directa, internalizando los mercados internacionales de activos intangibles» (p. 293).

⁴ P.J. BUCKLEY / M. CASSON *The future of the multinational Enterprise*, McMillan, London, 1976; D.J. TEECE, «Technology transfer by multinational firms: The resource cost of transferring technological Know-how», *Economic Journal*, 1977, vol. 87, pp. 242-261 J. F. HENNART *A Theory of Multinational Enterprise*, University of Michigan Press, Ann Arbor, Michigan 1982.

una garantía atípica, conocida como tal, en la mayoría de los Derechos estatales⁵. Esta garantía responde a las necesidades de seguridad del tráfico económico y es utilizada con especial preferencia a otro tipo de garantías personales. El carácter flexible de esta figura le ha permitido adaptarse al cambiante entorno económico y financiero, que ha pasado en relativamente poco tiempo de una expansión sin precedentes, a una importante crisis mundial⁶.

La Carta de Patrocinio puede definirse, en este contexto, como una garantía atípica que recoge declaraciones de contenido variable y cuya finalidad es generar la suficiente confianza en una entidad crediticia como para conseguir financiación por parte de ésta y en favor de la sociedad patrocinada.

Los expertos en Derecho económico internacional afirman, con una práctica unanimidad, que el origen de esta especial garantía se encuentra en el ámbito comercial anglosajón y, más en concreto, en la práctica bancaria estadounidense⁷. Su utilización es antigua y la jurisprudencia anglosajona señala los años sesenta del pasado siglo, como el momento en que comienzan a utilizarse⁸. En el ámbito continental la doctrina jurídica se hace eco de su utilización a mediados de los años sesenta, si bien las primeras decisiones jurisprudenciales datan de los años ochenta. En la práctica jurisprudencial española, hay que esperar a 1985 para que el Tribunal Supremo se pronuncie por primera vez en torno a las Cartas de Patrocinio⁹.

Desde que llegan a Europa, y tal y como ya sucedía en los países de *Common Law*, las Cartas de Patrocinio se convierten en una práctica financiera habitual, que llega a desbancar al resto de garantías personales y muy en especial, a la fianza¹⁰. Su habitual utilización en la práctica ha alcanzado tal relieve que ha motivado, en Francia, una regulación de nuevo cuño a través de una reciente reforma del Código Civil de dicho país¹¹.

5. Las Cartas de Patrocinio presentan una fuerte dimensión internacional. Es más, no se entienden correctamente fuera del escenario de la economía internacional. Resulta, por tanto, cuanto menos curioso que, frente a la riqueza de análisis jurídico que la doctrina mercantilista española y extranjera ha dedicado a esta figura, los estudios que ha suscitado en el ámbito del DIPr. sean muy escasos¹².

6. Ya desde su irrupción en el panorama legal de la financiación internacional se han detectado serios problemas de definición jurídica y económica de estas Cartas de Patrocinio. Estos problemas de definición se verifican no sólo en relación con el concepto de las mismas, sino que se manifiestan, incluso, a nivel terminológico, pues no existe una denominación única para designar a esta figura.

En inglés se utilizan los términos «*Comfort Letter*», «*Letter of Awarenesses*», «*Letter of Intent*», «*Letter Of recognizance*», «*Letter of Responsibility*»; en italiano «*lettere di gradimento*» y «*lettere*

⁵ A. L. CALVO CARAVACA / P. BLANCO-MORALES LIMONES, «Las garantías contractuales (fianza, garantías autónomas y cartas de patrocinio en el comercio internacional)», en AA.VV., *Contratos Internacionales*, Madrid 1997, pp. 1186-1274.

⁶ Frente a ella, la UE ha reaccionado con la Estrategia Europa 2020 o UE 2020 que es una Programa de medidas que presentó la Comisión Europea el 3 de marzo de 2010 y que viene a sustituir a la Estrategia de Lisboa, con la finalidad de dar respuesta a la crisis económica actual. El 7 de junio de 2011 la Comisión adopto recomendaciones específicas para cada uno de los 27 países de la UE, más una recomendación para la zona del euro en su conjunto con el objeto de asistir a los Estados miembros en la puesta a punto de su política económica y social y permitirles alcanzar buenos resultados en materia de crecimiento, empleo y finanzas públicas. Para el seguimiento de UE 2020 v. http://ec.europa.eu/europe2020/index_es.htm Para un acercamiento general a la crisis económica en España v., por todos, J. M. SERRANO SANZ *De la crisis económica en España y sus remedios*, Zaragoza 2011.

⁷ V. entre muchos otros estudios A. BRUYNELL, «L'évolution du droit des sûretés» en AA.VV., *Les Sûretés*, Colloque de Bruselles des 20 et 21 octobre 1983, Paris, 1984, p. 23 ; SEGNI, «La 'lettre de patronage' come garanzia personale impropria», *Rivista di Diritto Civile*, 1975. I. p. 126 y ss., en especial p. 128; como excepción v. VALENZUELA, «La 'seriedad' de las llamadas cartas de patrocinio», *Revista de Derecho Mercantil*, 1987, n° 185-186, p. 347 y ss., en concreto p. 360.

⁸ Caso Banque Brussels Lambert SA v. Australian national Industries LTD v. PUGH-THOMAS «Letters of Confort Revisited: Australia and England Diverge», *JIBL*, 1990, vol. 5, p. 340 y ss., en especial p. 342.

⁹ STS Civil 16 septiembre 1985.

¹⁰ «... elles couvrirent rapidement la totalité du spectre des engagements, de l'infraconditionnement à l'ultra-obligation de faire» (M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, C.H. MOULY y P. PÉTEL, *Droit des Sûretés*, 9^a ed., Paris 2010, n° 555).

¹¹ V. art. 2287-1 y art. 2322. La reforma se debe a la Ordonnance n° 2006-346 de 23 marzo 2006 relativa a las *sûretés*.

¹² Frente a esta realidad resulta clara la reflexión de PETTI que no se explica la falta de atención hacia la dimensión internacional de las Cartas de Patrocinio, PETTI, *La fideiussione e la garanzia personali del crédito*, Padova, 2000, en concreto p. 559.

di patronage»; en neerlandés se conocen como «*patronaatsverklaring*»; en alemán se suele hablar de «*Patronatserklärung*»; en francés se alude a la «*lettre de confort*», «*lettre d'intention*», «*lettre de patronage*»; en español se emplea el nombre «letras de intención», «declaraciones de patrocinio», «cartas de patrocinio» e incluso «cartas de recomendación».

En ocasiones, los autores han mostrado su preferencia por un término u otro en la medida en que se les relacionaba con aspectos concretos de la garantía. Valga como ejemplo, en Derecho francés, la sutil diferencia aportada por I. NAUAR entre la *lettre de confort* que contiene un compromiso jurídico y la *lettre d'intention* que no lo contiene¹³. En Derecho mercantil español puede ser útil recordar las consideraciones de C. SUÁREZ GONZÁLEZ, que ha señalado que el termino «confort» hace referencia al punto de vista del Banco y se refiere a la misión de «asegurar», mientras que el termino «*patronage*» se refiere a la procedencia de una sociedad matriz, siendo éste el motivo por el que la Carta se expide y por el que se produce dicha seguridad¹⁴.

En realidad, las diferencias terminológicas no son sino una representación más, de los problemas de definición que se producen al nivel del contenido de las Cartas de Patrocinio, que es extraordinariamente diverso. En efecto, la heterogeneidad de declaraciones que pueden contener las Cartas dificulta sobremanera la articulación de una definición correcta, la elaboración de una clasificación e incluso la elección del nombre que sería más adecuado emplear.

Todo ello es debido, en parte, a que las Cartas de Patrocinio, „letras de confort«, „declaraciones de patrocinio« o como quiera que sean nombradas, constituyen la representación más acabada de la autonomía de la voluntad y autocomposición de intereses privados en el ámbito del Derecho de las Garantías. No obstante y pese a todas estas dificultades, debe observarse que en todos y cada uno de estos términos empleados para designar las Cartas de Patrocinio subyace, en su esencia, la idea-fuerza de seguridad, protección, bienestar, confianza y ése es el corazón mismo de esta garantía personal.

7. Las Cartas de Patrocinio aparecen vertebradas por un neto carácter distintivo que permite diferenciarlas de cualquier otra garantía y que es la consecuencia de su principio inspirador: la autonomía de la voluntad de los particulares protagonistas de las operaciones de financiación.

Lejos de las formulas obsoletas y encorsetadas, así como de los requisitos que exige la válida constitución de la fianza y de la garantía a primera demanda¹⁵, las Cartas de Patrocinio crean una zona de libertad¹⁶ para el emitente (patrocinador), que tiene en sus manos el poder de configurarla como desee. Por consiguiente, la libertad¹⁷ y la flexibilidad son sus marcas características y son suficientemente atractivas como para explicar su éxito en el escenario internacional de la negociación del crédito en los mercados de financiación.

II. Los *Gentlemen's Agreements* contenidos en las Cartas de patrocinio internacionales

1. La garantía basada exclusivamente en el honor del patrocinador. Los *Gentlemen's Agreement*

8. Una vez analizado el principio inspirador de las Cartas de Patrocinio, no debe causar sorpresa el que algunas de ellas contengan cláusulas conocidas como «pactos entre caballeros», *engagement d'honneur*, *binding in honour only* o *Gentlemen's Agreements*. El margen de libertad, que hunde sus raíces

¹³ I. NAUAR, «L'autonomie de la lettre de confort», *D.* 1989, Chron., p. 217

¹⁴ C. SUÁREZ GONZÁLEZ, *Las declaraciones de patrocinio. Estudio sobre las denominadas 'cartas de confort'*, Madrid, 1994, pp. 14 y 15.

¹⁵ V., en especial, A. RODRIGUEZ BENOT, *La garantía independiente a primer requerimiento en el comercio internacional*, Madrid, 2004.

¹⁶ Las letras de Patrocinio aparecen como «une zone de liberté, aux charmes de laquelle pourrait s'ajouter pour des amateurs d'ambigüité, un parfum d'aventure juridique compte tenu du flou de cette technique» (B. BAILLOD «*Les lettres d'intention*», *RTD Com.*, juillet/septiembre 1992, p. 547).

¹⁷ Libertad que para algún autor podría poner en jaque los criterios de seguridad. V. A. BAC, «La lettre d'intention ou le dileme liberté/sécurité», *Droit&Patrimoine*, n° 67, janvier 1999, pp. 4952.

ces en la autonomía de la voluntad de los particulares implicados en las operaciones internacionales de financiación, resulta lo suficientemente amplio en éste ámbito como para que el compromiso que genera la Carta pueda fundarse en el «honor» del patrocinador.

La realidad que señala al Derecho de los negocios internacionales como campo poco propicio al romanticismo no impide, en modo alguno, que las Cartas de Patrocinio contengan compromisos o garantías exclusivamente basados en el honor y la palabra del patrocinador¹⁸.

Aunque pudiera parecer arcaico y quizás anacrónico, lo cierto es que el honor aparece en estos casos como fuente y medida de las obligaciones y es, entonces, cuando ciertos juristas, acostumbrados a garantías literales fundadas en obligaciones estrictamente jurídicas, resultan víctimas del desconcierto. Como señalara muy significativamente B. OPPETIT, «*l'expression semble désuète et détonne dans un monde contemporain peu enclin au romantisme et à la gratuité, épris de sécurité et d'efficacité*»¹⁹.

Las Cartas de Patrocinio, en efecto, recogen con extrema frecuencia, compromisos en cuya virtud el patrocinador garantiza con su honor, la existencia de una determinada situación comercial o jurídica o la realización de diversas prestaciones u operaciones comerciales por parte de dicho patrocinador. Las formulaciones que acogen éste tipo de «cláusulas de honor» son variadas y todas ellas suscitan en los expertos legales una misma pregunta:

9. ¿La voluntad así expresada puede producir el efecto de la exclusión inmediata del Derecho? Expresado con otras palabras: ¿la inclusión de tales formulas de «garantía basadas en el honor» puede generar la absoluta desvinculación del Derecho?

10. Varios ejemplos extraídos de la práctica de las transacciones internacionales del crédito pueden ilustrar cómo se presentan estos «pactos entre caballeros» o «compromisos de honor» contenidos en las Cartas de Patrocinio²⁰: «*Nous n'avons pas l'intention de nous lier juridiquement*»/ «*Cette lettre ne peut être en aucune manière constitutive d'une obligation juridique*» / «*sans engagement quelconque de notre part*» / «*Je m'engage sur l'honneur*» / «*This is not a binding obligation*».

En numerosas ocasiones las formulas contienen un importante grado de ambigüedad, hasta el punto en que aquellas que vienen a asegurar el compromiso asumido por el honor del que se compromete, plantean dudas sobre si, en realidad, su efecto es el de solemnizar el mismo compromiso jurídico²¹. Se debería determinar, entonces, si tal cláusula se corresponde estrictamente a un *gentlemen's agreements* o se trata sólo de una mera formula de estilo que viene a otorgar más fuerza al compromiso jurídico asumido.

11. Cabe señalar además, que este tipo de clausulas se utilizan también, en otro nivel de negociación internacional. En concreto, el Derecho Internacional Público conoce la categoría de los acuerdos no vinculantes y diferencia los *gentlemen's agreements* y los pactos que carecen de todo valor jurídico²².

¹⁸ G. LAGARDE, «Le droit des affaires, droit sentimental?», *Mélanges Savatier*, Dalloz, 1965, p. 491 y ss., en especial p. 510.

¹⁹ B. OPPETIT, «L'engagement d'honneur», *Recueil Dalloz*, 1979, pp. 107-116.

²⁰ V. referencia a estas cláusulas en M. COIPEL, «L'aspect moral des lettres de patronage», en AA.VV., *Les lettres de Patronage*, FEDUCI, Paris, 1984, pp. 23-38, en especial pp. 35 y 37.

²¹ B. OPPETIT, «L'engagement d'honneur», *Recueil Dalloz*, 1979, pp. 107-116, en especial p. 113.

²² El Derecho Internacional Público también conoce la peculiar categoría de los acuerdos no vinculantes que pueden resumirse tal y como señala las Conclusiones del Sr. Tesoro en el Asunto C- 327/91 (16 diciembre 1993, I-3643 a I- 3665) en dos supuestos básicos: los «gentlemen's agreements», que en ocasiones pueden cobrar un gran valor político e incluso estar dotados de un mecanismo de control internacional para su observancia y los «pactos» destinados a consolidar orientaciones o líneas de conducta en determinados sectores, pero que carecen de todo valor jurídico, como a menudo manifiesta la explícita voluntad de las partes v. I- 3654 y en especial O. SCHACHTER, «The twilight existence of nonbinding international agreements», *American Journal of International Law*, 1977, pp. 296 y ss. y M. VIRALLY, «La distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique», *Annuaire de l'I. D. L.*, Session de Cambridge, vol. 60-1, 1983, pp. 166 y ss., en particular pp. 212 y ss.

2. Posibilidad de garantías no exigibles ante los tribunales (garantías extrajurídicas)

12. Como ha subrayado L. DIEZ-PICAZO, esta situación obliga al jurista a reflexionar sobre una cuestión clásica: ¿todas las acciones del hombre en sociedad deben quedar sujetas al Ordenamiento jurídico, o por el contrario, existen ciertos conflictos económicos o sociales cuya solución debe permanecer al margen del Derecho?²³.

13. Desde la perspectiva del Derecho material español cabe preguntarse, en esta línea, si es posible la exclusión de la juridicidad de los compromisos reflejados en una Carta de Patrocinio sobre la base concreta del art. 1255 del Código Civil que establece que los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público.

La argumentación positiva se sustentaría en que la autonomía de la voluntad que en él se recoge, autorizaría a excluir el compromiso de la normativa jurídica (lo que en Derecho italiano se ha dado en llamar *intento giuridico negativo*²⁴) y se situaría, entonces, en un nivel diferente de autorregulación²⁵. Conviene tener en cuenta, al respecto, que en el mundo de los negocios el respeto a la palabra dada, es un principio esencial²⁶. Si las partes han pactado que el compromiso asumido no es jurídico, dicho carácter debería, en principio, respetarse.

Por el contrario, ciertos autores estiman, sin embargo, que debe quedar fuera de la capacidad de las partes otorgar irrelevancia jurídica a sus acuerdos, como ha indicado DE CASTRO MARTÍN²⁷. Esta posición se sitúa en la línea seguida por B. OPPETIT²⁸ y J. GUESTIN²⁹, autores que han señalado que, en realidad, no existe obligación de respetar la voluntad de las partes de situar sus compromisos en un campo extrajurídico. El juez puede reintegrar tales compromisos en la esfera jurídica de las obligaciones, pese a que las partes las hubieran situado en el ámbito no jurídico. Posición que a su vez, no comparte L. JARDIN en la doctrina belga, que recuerda que «*la volonté de se situer en dehors du droit est précisément une des raisons pouvant justifier le recours à la lettre de patronage*»³⁰.

14. En otros contextos jurídicos, como es el norteamericano, se reconoce a las partes la posibilidad de excluir la fuerza obligatoria de sus acuerdos³¹. En un sentido parecido, en el Derecho Inglés se arranca del principio de que el Derecho no se impone allí donde las partes han querido descartarlo, y así se admite el que los «pactos entre caballeros» se sitúen en el plano del honor, cuando haya una manifestación clara en el sentido señalado³².

Resulta interesante recordar en este punto el asunto *Kleinworth Benson Ltd. V. Malaysia Mining Corporation Berhard*³³ que gira en torno, precisamente, a la consideración que merece una Carta de Patrocinio en una negociación internacional de crédito. El supuesto de hecho era el siguiente: La banca inglesa *Kleinwort Benson* concede un préstamo a una sociedad inglesa *Metals Ltd*. En el origen de la negociación el banco inglés había solicitado a la sociedad madre *Malaysia Mining* (empresa pública constituida conforme a las leyes de Malasia), una *guarantee* a la que se negó, si bien aportó una Carta

²³ L. DIEZ-PICAZO, *Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho*, Barcelona, 1973, pp. 15 y ss.

²⁴ A. CHECCHINI, *Rapporti non vincolanti e regola di correttezza*, Padua, 1977, p. 130.

²⁵ V. por todos estas consideraciones en C. SUÁREZ GONZÁLEZ, *Las declaraciones de patrocinio. Estudio sobre las denominadas 'cartas de confort'*, Madrid, 1994, pp. 62-82.

²⁶ G. ROBIN, «The Principle of good faith in International Contracts», *RDAl/IBLJ*, nº 6, 2005, pp. 695-727.

²⁷ J.L DE CASTRO MARTÍN, *Las Cartas de Patrocinio*, Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1991, p. 120

²⁸ V., en especial, el análisis que el autor realiza de las Cartas de Patrocinio (B. OPPETIT, «L'engagement d'honneur», *Revue Dalloz*, 1979, pp. 107-116, en especial pp. 109 y 110).

²⁹ J. GHESTIN, «L'utile et le juste dans les contrats», *Dalloz* 1982, pp. 1 a 10, en concreto p. 7.

³⁰ L. JARDIN, *Un confort sous-estimé dans la contractualisation des groupes de sociétés: la lettre de patronage*, Bruxelles, Paris, 2002, pp. 43 a 55, concretamente p. 47.

³¹ V., en general, J. SCHMIDT, «Les lettres d'intention», *RDAl/IBLJ* nº 3/4, 2002, pp. 257-270.

³² M. ELLAND-GOLDSMITH, «Comfort Letters in English Law and Practice», *RDAl/IBLJ*, 1994-5, pp. 527-542, en especial pp. 529 a 531.

³³ *Kleinwort Benson Ltd v Malaysia Mining Corp Bhd*. Court of Appeal, Civil Division 1989 W.L.R 394

de Patrocinio que fue aceptada y que, entre otras previsiones, establecía que: «*It is our policy to ensure that the business of M.M.C. Metals Ltd. is at all times in a position to meet its liabilities to you under the above arrangements*». Pues bien, el litigio se planteó respecto de la interpretación de ésta cláusula³⁴. Se trataba en esencia de establecer si, en realidad, tenía o no, carácter contractual, pues la Sociedad madre parece que sólo había asumido un compromiso moral. La aplicación del Derecho material inglés trajo como consecuencia que en apelación el Tribunal afirmase el Derecho de las partes a no obligarse jurídicamente y situar, por voluntad propia, su nivel de compromiso en la esfera de la responsabilidad moral³⁵.

Como recuerda M. ELLAND-GOLDSMITH, la solución no hubiera sido la misma de resultar aplicable otro Derecho material y más en concreto, cuando el Tribunal hubiera podido hacer otra interpretación diferente de la voluntad de las partes³⁶. En este sentido se puede observar la distinta argumentación que siguió el Tribunal australiano en el asunto *Banque Brussels Lambert S.A v. Australian National Industries Ltd.*³⁷

En este caso, la Carta de Patrocinio fue dirigida por *Australian National Industries* a un banco belga *Brussels Lambert* y tenía como finalidad patrocinar a su sociedad *Spedley Ltd* que quería obtener 5 millones de dólares del banco. Entre otras declaraciones, la Carta contenía la siguiente: «*We take this opportunity to confirm that it is our practice to ensure that our affiliate Spedley Securities Limited, will at all times be in a position to meet its financial obligation as they fall due. These financial obligations include repayment of all loans made by your Bank under the arrangements mentioned in this letter*».

Se cuestiona si la Carta entrañaba una mera obligación moral (como así se determinó en la Sentencia *Kleinworth Benson Ltd. V. Malaysia Mining Corporation Berhard*) o, por el contrario, se trataba de una promesa contractual y había, por tanto, lugar a exigir el cumplimiento jurídico de lo acordado.

En este caso, la interpretación que hace el juez de la intención de las partes fue diferente. Concluye que el carácter promisorio de la Carta era claro y se corresponde con un compromiso de su emisor, equivalente a una promesa de hacer. Esta misma línea de razonamiento se continuó en la decisión del año 2004 relativa al asunto *Gate Gourmet Australia Pty Limited v Gate Gourmet Holding AG*³⁸.

15. Es evidente que en el contexto de estos sistemas jurídicos, el tenor literal de la cláusula es importante, pero también lo son el resto de circunstancias que rodean a la emisión de aquella y la interpretación que se desprende de las acciones de las partes³⁹. De ahí que sea tan importante que el «pacto entre caballeros» sea redactado de tal forma que no de lugar a dudas sobre su existencia.

16. Resulta evidente que del tratamiento, jurídico o no, que se otorgue al «pacto de honor», dependerá el tratamiento mismo que reciba la Carta de Patrocinio que lo contiene. De manera que si se acepta la exclusión de la jurisdicción efectuada por las partes (como ocurre en la Sentencia inglesa analizada), todos los compromisos contenidos en la Carta de Patrocinio se sitúan en una esfera extrajudicial, de manera que no existiría entonces posibilidad de atender reclamaciones por vía judicial.

³⁴ V. un acercamiento a esta Sentencia en FISHER, «Comfort Letter and their legal status», *Journal of Int. Bank Law*, 1988, pp. 215-221; I. BROWNS, «The letter Of comfort: Placebo or Promise», *Journal Of Business Law*, 1990, pp. 281-291; L. MULCAHY, *Contract Law in perspective*, USA and Canada, 2008, en concreto p. 78 y v. igualmente el análisis que hace de éste asunto L. JARDIN, *Un confort sous-estimé dans la contractualisation des groupes de sociétés: la lettre de patronage*, Bruxelles, Paris, 2002, y M. ELLAND-GOLDSMITH, «Comfort Letters in English Law and Practice», *RDAL/IBLJ*, 1994-5, pp. 527-542, en concreto pp. 534-536.

³⁵ En concreto el Tribunal señaló muy significativamente «If my view of this case is correct, the plaintiffs have suffered grave financial loss (...) The defendants have demonstrated, in my judgment, that they made no relevant contractual promise to the plaintiffs which of the decision of the defendants to repudiate their moral responsibility are not matters for this court». V. final de la Sentencia.

³⁶ V. ref. anterior p. 537 y la comparación con el Derecho australiano en un supuesto muy parecido al analizado en el que la Carta era dirigida por la Sociedad *Australian National Industries* a la Banca *Brussels Lambert*.

³⁷ *Banque Brussels Lambert S.A v. Australian National Industries Ltd.* (1989) 21 NSWLR

³⁸ Asunto *Gate Gourmet Australia Pty Limited v Gate Gourmet Holding AG* [2004] NSWSC 149

³⁹ M. RICHES señala que pese a tales decisiones: «Letters of comfort may be preferable if the provision of a guarantee or indemnity is restricted or creates tax or regulatory issues, however they must be carefully drafted and the circumstances have to indicate clear reliance and an intention to ensure the letter of comfort is enforceable. We may therefore have to rely on the mullet and an ageing Cold Chisel to relive the halcyon days of the 1980s.» (M. RICHES «Revival of the letter of comfort», *Clayton UTZ*, August 2004).

17. Por otra parte, es muy importante retener que la exclusión de la jurisdicción no implica la absoluta falta de efectos del incumplimiento de un pacto de honor. Una reflexión pausada del campo de actuación de las Cartas de Patrocinio, resulta reveladora de lo inapropiado de los planteamientos que las hacen equivaler a mero «papel mojado»⁴⁰.

18. Uno de los objetivos esenciales que se persiguen con las Cartas de Patrocinio es el de proporcionar la máxima seguridad al menor coste posible. Ello se logra mediante la utilización de la reputación de la empresa patrocinadora. El prestigio en el ámbito de los negocios y, singularmente, en el ámbito de los negocios internacionales, constituye una clave fundamental para el buen funcionamiento de las empresas, hasta el punto en que tratarán por todos los medios de evitar cualquier impacto negativo en dicho prestigio⁴¹.

Del buen nombre de una empresa depende, en una parte muy considerable, su buen funcionamiento y esta realidad es sobradamente conocida por la entidad bancaria que concede el crédito a la filial, justamente por «el efecto contagio» del prestigio de la Sociedad madre que la patrocina.

Cabe señalar, entonces, que la exclusión del Derecho no significa la exclusión de todas las consecuencias en caso de incumplimiento. Se trata más bien de la inclusión de la Carta de Patrocinio en otra esfera que tiene sus propias normas y de la que emana una autorregulación lo suficientemente efectiva, como para que no sea frecuente el planteamiento de demandas en vía judicial.

Desde ésta perspectiva, la pregunta antes formulada encuentra una respuesta adecuada, basada en esa otra esfera o dimensión. Es indudable que existen ámbitos sociales y comerciales en los cuales las partes atenderán a lo convenido, sin necesidad de que las normas jurídicas intervengan de modo coactivo y necesario. Si las partes han indicado que una Carta de Patrocinio contiene, exclusivamente, compromisos basados en el honor y en la palabra dada, así será y el Derecho quedará excluido, abriéndose entonces la puerta a esa otra esfera extrajurídica en la cual el honor es el valor superior a preservar.

No obstante, el problema se produce cuando, incluso en presencia de este tipo de Cartas de Patrocinio que contiene exclusivamente „pactos entre caballeros«, uno de sus intervinientes, y frecuentemente el receptor de dicha Carta, la entidad de crédito, presenta una demanda ante los tribunales de un Estado basada en el presunto incumplimiento de alguno de los „compromisos de honor« que tal Carta contenía o fundada en la presunta inexactitud de alguna de las informaciones que en ella se vertían por parte del patrocinador, o bien asentada en un combinado de ambos motivos.

En tales supuestos, no se tratará de determinar la responsabilidad contractual o extracontractual en la que en su caso, haya incurrido el emitente de la Carta. Se tratará, primeramente, de concretar si los pactos o compromisos basados en el honor de la sociedad patrocinadora tienen relevancia jurídica y son, en su caso, aptos para generar algún tipo de responsabilidad legal. Tal y como señala J.P. MATTOU, «*quelle est la portée de l'engagement c'est-à-dire si tout ceci a un sens ou si ce ne sont que des bonnes paroles*»⁴².

19. Obsérvese que, cuando la Carta de Patrocinio contiene un «pacto de honor» y la entidad de crédito concede finalmente la financiación, aceptando esa garantía, se ha de entender que también aceptó el pacto entre caballeros que aquella establecía. Si con posterioridad la entidad de crédito presenta una demanda ante los tribunales de justicia de un concreto Estado, entonces es evidente que lo que se ha producido en una ruptura unilateral de tal pacto. En estos supuestos, lo que se debe determinar, por consiguiente, son los efectos jurídicos que genera la ruptura del pacto entre caballeros.

⁴⁰ Valga como ejemplo las consideraciones que hacía A. CARRASCO PERERA «Cuidado con las Cartas de Patrocinio intragrupo» (Gómez Acebo&Pombo Abogados 2005): «Todo el mundo sabía que estas declaraciones servían para algo aunque nadie sabía muy bien para qué... prevalecía el entendimiento de que estas cartas no tenían valor, con lo que podían intercambiarse como cromos, sin que el acreedor destinatario dejase de estar medianamente satisfecho con la 'palabra de caballero' que la carta incorporaba». V. diferentes opiniones doctrinales en J.C. ESPIGARES HUETE, «La incertidumbre sobre las cartas de patrocinio en la práctica financiera», *Revista de Derecho Mercantil*, n° 275, enero-marzo 2010, pp. 127-194.

⁴¹ El negocio de la compra-venta de diamantes es un buen ejemplo de ello v. M^a P. DIAGO DIAGO «El comercio internacional de diamantes: Sistema de certificación del Proceso Kimberley» en *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT* vol. 1 n° 1 2009 p. 72 a 91 <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/69/67>

⁴² M. J-P MATTOU en *Débats, Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, années 1993-1994 1994-1995, Paris, 1996, p. 155.

20. En los supuestos internacionales, la cuestión de saber si los compromisos contenidos en la Carta de Patrocinio son o no extrajurídicos, así como la cuestión, relativa a los efectos de la ruptura del pacto entre caballeros, constituyen cuestiones de „segundo escalón«. Esto es, la Ley estatal aplicable a la concreta Carta de Patrocinio, es la que ofrecerá la solución material final a los problemas planteados. Por tanto, será la Ley aplicable al supuesto concreto la que indicará si la ruptura del pacto produce efectos y si, finalmente, el compromiso asumido debe quedar en el ámbito social y reputacional del honor o si, por el contrario, puede generar, en el caso de ser incumplido, una acción amparada por el Derecho para reclamar su cumplimiento coactivo ante los tribunales de Justicia de un Estado.

3. Reclamación judicial del cumplimiento de un compromiso de patrocinio basado exclusivamente en el honor del patrocinador. Litigios internacionales

21. Ahora bien, desde el punto de vista del DIPr., desde la perspectiva del „primer escalón«, cabe preguntarse si un tribunal de un concreto Estado ante el que se presenta una demanda que exige el cumplimiento de un „compromiso de honor« contenido en una Carta de Patrocinio, podría, simplemente, „no admitirla« en un supuesto de litigación internacional con el argumento de que la pretensión es „extrajurídica«. Esto es, el problema que se suscita entonces, es si el tribunal podría basarse en el carácter „no jurídico« del pacto de honor que contiene la Carta de Patrocinio, para no admitir la demanda.

22. Para solucionar esta cuestión, debe partirse de la calificación procesal que merece la admisión de la demanda en los litigios internacionales. En efecto, la admisión o, en su caso, inadmisión de una demanda, es una cuestión procesal que debe regirse por ende, por la *Lex fori*, puesto que *Lex Fori Regit Processum* como así consagra el artículo 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (*en adelante LEC*) «Con las solas excepciones que puedan prever los Tratados y Convenios internacionales, los procesos civiles que se sigan en el territorio nacional se regirán únicamente por las normas procesales españolas». Por tanto, tal cuestión quedará sujeta a la normativa procesal del Estado ante cuyos Tribunales se presente la demanda judicial.

Esta premisa resulta fundamental en el tratamiento de la cuestión planteada. Téngase en cuenta, en sintonía con la misma, que no cabe entonces, introducir consideraciones propias de Derecho material para llevar acabo aquella operación. El Derecho sustantivo aplicable a la garantía y el Derecho sustancial del Estado ante cuyos tribunales se ha presentado la demanda judicial que insta al cumplimiento de un «*Gentlemen's Agreement*» o «pacto de honor», no tienen ningún juego en éste primer momento procesal.

Como consecuencia de todo ello, bien pudiera ocurrir que la *Lex Materialis Fori* pueda ser favorable a aceptar la exclusión de la jurisdicción por voluntad del emitente, pero, como se acaba de ver, esa consideración no debe afectar a la cuestión procesal de la admisión o inadmisión de la demanda judicial. Por otro lado, no debe olvidarse que la *Lex Materialis Fori* bien puede no resultar la Ley reguladora del fondo de la reclamación judicial (*Lex Materialis Causae*), por cuanto la norma de conflicto puede designar como Derecho aplicable otro diferente.

23. Una vez asentado este planteamiento, corresponde analizar cuales son los requisitos que se exigirán para la admisión de una demanda, que reclame el cumplimiento de un pacto de honor contenido en una Carta de Patrocinio, cuando la misma es presentada ante los Tribunales españoles.

Esta cuestión pone de relieve las importantes diferencias que presentan los ordenamientos jurídicos procesales de países de nuestro entorno. Así el Derecho alemán, exige que las demandas presenten una apariencia de fundamentación sustantiva. Los ordenamientos que como éste, siguen tal criterio hacen preciso realizar un examen de las posibilidades de que la demanda esté fundada en Derecho sustantivo y de que tenga posibilidades reales de éxito judicial. Otros Ordenamientos jurídicos exigen, por otro lado, la presencia, en la demanda, de una «necesidad de protección jurídica». Ninguno de tales requisitos será exigido, sin embargo, por el Derecho Procesal español.

Las normas procesales españolas que son las aplicables a la admisión o no del litigio por el Tribunal español, establecen criterios de carácter procesal y no dan entrada a ninguna otra consideración de carácter sustantivo. Ello es coherente con la misma filosofía del proceso en España que se

dirige a hacer efectiva la tutela judicial (art. 24 de la Constitución) y que ha mediatizado la configuración de tales requisitos. Opera además, en la jurisprudencia a través del ejercicio del principio *pro actione*⁴³.

Tal y como señala A. DE LA OLIVA⁴⁴, debe diferenciarse el Derecho a la acción, del Derecho al proceso. Este último no es sino el Derecho a una sentencia sobre el fondo del asunto y es, precisamente, la representación de la tutela judicial efectiva que consagra la Constitución española. El Derecho al proceso depende, en su existencia, de presupuestos procesales, mientras que el Derecho a la acción depende de la concurrencia de presupuestos jurídicos materiales.

En las demandas objeto de estudio, la admisión de las mismas dependerá, por tanto, de que concurren los presupuestos fijados en las normas procesales españolas, esto es, en los arts. 403 y 247 LEC y artículo 11 de la LOPJ⁴⁵ y tales requisitos son únicamente de orden procesal.

Ello resulta consecuente con el hecho de que las normas procesales españolas sobre admisión o inadmisión de las demandas son normas cuyo objetivo último, es garantizar un proceso justo para ambas partes y, en su caso, una resolución de dicho proceso susceptible de ejecución material.

24. Consideración aparte merecen, no obstante, cuestiones específicas que por las peculiaridades de la materia sobre la que versan, si que requerirán de un control sustantivo. Es lo que ocurre con las medidas cautelares (art. 728.2 de la LEC⁴⁶) o las tercerías de dominio (art. 595. 3 de la misma Ley⁴⁷).

⁴³ La jurisprudencia es muy abundante v. entre otras muchas Sentencias del Tribunal Constitucional [62/1989 EDJ1989/3577](#), [121/1990 EDJ1990/7090](#), [31/1992 EDJ1992/2677](#), [51/1992 EDJ1992/3215](#).

⁴⁴ A. DE LA OLIVA SANTOS «Derechos básicos de los justiciables» y «Proceso y Derechos fundamentales» en *AAVV Derecho Procesal. Introducción*, Madrid, 2004, pp. 89-110 y 417-454.

⁴⁵ Tales preceptos establecen los siguientes requisitos:

Art. 403. Admisión y casos excepcionales de inadmisión de la demanda.

1. Las demandas sólo se inadmitirán en los casos y por las causas expresamente previstas en esta Ley
2. No se admitirán las demandas de responsabilidad contra Jueces y Magistrados por los daños y perjuicios que, por dolo, culpa o ignorancia inexcusable, irrogaren en el desempeño de sus funciones mientras no sea firme la resolución que ponga fin al proceso en que se suponga causado el agravio. Tampoco se admitirán estas demandas si no se hubiera reclamado o recurrido oportunamente en el proceso contra el acto u omisión que se considere causante de los daños y perjuicios
3. Tampoco se admitirán las demandas cuando no se acompañen a ella los documentos que la ley expresamente exija para la admisión de aquéllas o no se hayan intentado conciliaciones o efectuado requerimientos, reclamaciones o consignaciones que se exijan en casos especiales

Art. 247. Respeto a las reglas de la buena fe procesal. Multas por su incumplimiento.

1. Los intervinientes en todo tipo de procesos deberán ajustarse en sus actuaciones a las reglas de la buena fe
2. Los tribunales rechazarán fundadamente las peticiones e incidentes que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal
3. Si los Tribunales estimaren que alguna de las partes ha actuado conculcando las reglas de la buena fe procesal, podrán imponerle, en pieza separada, mediante acuerdo motivado, y respetando el principio de proporcionalidad, una multa que podrá oscilar de ciento ochenta a seis mil euros, sin que en ningún caso pueda superar la tercera parte de la cuantía del litigio
4. Si los tribunales entendieren que la actuación contraria a las reglas de la buena fe podría ser imputable a alguno de los profesionales intervinientes en el proceso, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, darán traslado de tal circunstancia a los Colegios profesionales respectivos por si pudiera proceder la imposición de algún tipo de sanción disciplinaria
5. Las sanciones impuestas al amparo de este artículo se someten al régimen de recursos previstos en el Título V del Libro VII de la Ley Orgánica del Poder Judicial

Art. 11 Ley Orgánica del Poder Judicial.

1. En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales
2. Los Juzgados y Tribunales rechazarán fundamentalmente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal
3. Los Juzgados y Tribunales, de conformidad con el principio de tutela efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución, deberán resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen, y sólo podrán desestimarlas por motivos formales cuando el defecto fuese insubsanable o no se subsanare por el procedimiento establecido en las leyes.

⁴⁶ Art. 728. 2. El solicitante de medidas cautelares también habrá de presentar con su solicitud los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del Tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión. En defecto de justificación documental, el solicitante podrá ofrecerla por otros medios de prueba, que deberá proponer en forma en el mismo escrito.

⁴⁷ Art. 595. 3. Con la demanda de tercería de dominio deberá aportarse un principio de prueba por escrito del fundamento de la pretensión del tercerista.

Son supuestos cuyas características propias justifican la excepción al no control sustantivo de la demanda para su admisión.

25. Por lo demás, cabe señalar que en Derecho español, el límite más poderoso para la mera admisión de las demandas está constituido por el requisito de la „buena fe procesal«⁴⁸. Con arreglo al mismo, se inadmitirán las demandas interpuestas cuyo objetivo no es obtener una tutela judicial efectiva, sino otro objetivo distinto, tal como ralentizar la solución de un litigio, provocar falsas litispensiones, crear meras apariencias legales, coaccionar o forzar a la otra parte, etc.

No obstante, tales consideraciones, como puede apreciarse, no tiene nada que ver con el carácter jurídico o ajurídico de los pactos entre caballeros incluidos en una Carta de Patrocinio. Es por ello que las reglas de la buena fe procesal no se verán alteradas por la presentación de una demanda en la que se reclame el cumplimiento de lo que se consignó, con base a un pacto entre caballeros. De cumplirse el resto de requisitos, tal reclamación deberá ser admitida.

26. En definitiva, debe concluirse que en la decisión relativa a la admisión o inadmisión de una demanda que reclama el cumplimiento de un Pacto entre caballeros contenido en una Carta de Patrocinio de ámbito internacional, no hay lugar alguno para consideraciones de Derecho material. Bastará con que se cumplan los requisitos ya citados. Tales requisitos son de carácter estrictamente fáctico y procesal, y no sustantivos. Será entonces cuando se active el Derecho al proceso y a una sentencia sobre el fondo.

27. Cuestión diferente será el Derecho a la acción. En la litigación internacional el paso metodológico siguiente consiste en la determinación de la competencia judicial internacional de los tribunales del Estado ante los que se ha presentado la demanda, para, posteriormente, en su caso, proceder a la fijación del Derecho aplicable al fondo del litigio.

Será el Derecho que regule el fondo del litigio el que proporcione la solución material definitiva al supuesto, el que señale si existía verdadero derecho a lo pretendido, a la acción. Esto es, será dicho ordenamiento el que decida si el „pacto entre caballeros« tiene relevancia jurídica o carece de ella. En el primer supuesto, establecerá la responsabilidad en la que, en su caso, haya incurrido el patrocinador.

28. Obsérvese que la admisión de la demanda y el tratamiento en origen del pacto de honor, como relación jurídica relevante para el Derecho, no presupone ni condiciona, naturalmente, el resultado material del litigio. No debe olvidarse que se ejercita una acción judicial y que, como ya repetidamente se ha señalado, siempre que la demanda reúna los requisitos necesarios para ser admitida, se genera de inmediato el derecho a una respuesta fundada jurídicamente.

La respuesta final será proporcionada por el ordenamiento estatal designado por la norma de conflicto. Este ordenamiento y su aplicación al caso concreto, puede finalmente no conceder relevancia jurídica al pacto de honor o puede concederla, en todo caso el resultado final enlaza con el Derecho a la acción y no con el Derecho al proceso, en la distinción que se ha realizado.

4. Caso específico. La reclamación judicial del cumplimiento de un compromiso de patrocinio basado exclusivamente en el honor del patrocinador (*binding in honour only*) y la elección de Ley aplicable a la garantía

29. Una de las reglas del juego de la negociación internacional del crédito, como ya ha sido puesto de manifiesto, es la búsqueda de apoyos que refuercen la credibilidad del solicitante de la financiación. Estos apoyos, como se ha tenido ocasión de exponer, pueden encontrarse en compromisos que se emiten en una esfera ajurídica o parajurídica que se rige por sus propias normas. Su arteria principal es una Carta de Patrocinio, basada en el honor del emisor y a través de la cual fluye la

⁴⁸ Los trabajos relativos a la buena fe procesal son muy abundantes. V., por todos, el estudio de J. PICÓ I JUNOY, *El Principio de la buena fe procesal*, Barcelona 2003.

confianza necesaria para la consecución de su principal objetivo: la obtención de financiación para la patrocinada.

La práctica de los negocios internacionales en la que se utilizan estos «pactos entre caballeros» demuestra que los *binding in honour only* son generalmente respetados y de ahí el que no sea frecuente que generen problemas que los reenvíe al ámbito jurídico, esto es, que no se exija fuerza jurídica a las declaraciones que los acompañan, en caso de incumplimiento.

De no respetarse lo pactado, se desplegarán los propios efectos morales de su incumplimiento y entonces la patrocinada sufrirá el descrédito que impactará de manera negativa en su capacidad inmediata y futura de negociación. Esta sanción puede producir la suficiente «satisfacción» como para no romper el pacto de honor, si bien la entidad de crédito cancelará de manera inmediata cualquier otra negociación con la Sociedad madre y/o sus filiales.

No debe olvidarse que en numerosas ocasiones (como ocurre en los supuestos que dieron lugar a la sentencia inglesa y a las australianas analizadas), la emisora ocupa una posición de fuerza tal, que puede permitirse negar la concesión de otra garantía o *a strong letter of comfort* a la entidad de crédito, pues el riesgo de perder su buen nombre, puede ser considerado como garantía suficiente. Perderlo, finalmente, significará el fin de las relaciones con esa misma entidad y con otras similares alertadas de esta situación.

Sea como fuere, lo que resulta cierto es que pese a la relativa escasa litigiosidad a la que dan lugar las Cartas de Patrocinio, la realidad demuestra que muchas de ellas contienen pactos de honor, por lo que una reclamación judicial por su incumplimiento obliga a plantearse los posibles efectos de los *Gentlemen's Agreements* que aquella pueda contener, tal y como ha sido puesto de relieve en el apartado anterior de éste estudio.

30. Lo que se pretende examinar, ahora, es el efecto «blindaje» de estos pactos que se puede obtener gracias al diferente trato del que son objeto en los diversos ordenamientos jurídicos y a la combinación con el principio inspirador de las propias Cartas: la autonomía de la voluntad.

Lejos de las formulas encorsetadas que caracterizan al resto de garantías, las Cartas de Patrocinio son lo que el emitente quiere que sean, puesto que puede configurarlas como desee. Estas figuras ofrecen una zona de libertad tan amplia que el patrocinador puede diseñarlas como mejor se ajuste a sus intereses. De ahí que la libertad, flexibilidad y discreción comercial y jurídica, sean sus marcas distintivas y resulten tan atractivas que justifiquen sobradamente su generalización en las transacciones internacionales del crédito bancario.

Pues bien, la autonomía de la voluntad puede, también, cristalizar en la elección de la ley aplicable al litigio. En el mismo texto puede incorporarse una cláusula de elección de ley, posibilidad abierta dentro del DIPr. de la UE, tanto por el Reglamento Roma I (art. 3)⁴⁹ sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales⁵⁰ como por el Reglamento Roma II (art. 14b) relativo a la ley aplicable a las relaciones extracontractuales⁵¹. Las ventajas de esta previsión son evidentes. Las incertidumbres a cerca de la determinación de la ley aplicable desaparecen, la ley elegida por definición, es la que más y mejor se ajusta a los intereses de las partes y en definitiva, la litigación llegado el caso, se desarrollará al menor coste.

La autonomía de la voluntad constituye, sin duda, el criterio más eficiente para determinar la ley aplicable tal y como justifica J. CARRASCOSA GONZÁLEZ desde los planteamientos base de la Teoría Económica⁵². La Ley elegida es, en definitiva, la más eficiente para las partes que la han elegido y la que comporta menores costes de transacción conflictual.

31. Todo ello lleva a afirmar, en el ámbito de las precauciones que se deben tomar a la hora de elaborar las Cartas, que resulta altamente aconsejable incorporar no sólo cláusulas de elección de ley,

⁴⁹ V. por todos el exhaustivo y enriquecedor análisis de este precepto de A. L. CALVO CARAVACA «El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas» en *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT* vol. 1 n° 2 2009 pp. 52-133 <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/78>

⁵⁰ Reglamento n° 593/2008 de 17 de junio de 2008 sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

⁵¹ Reglamento n°864/2007 de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II).

⁵² V. el sugerente y clarificador estudio de éste autor J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflicto de leyes y Teoría Económica*, Colex, Madrid, 2011, en concreto pp. 209-211 y p. 249.

sino también cláusulas de sumisión a los Tribunales de un determinado Estado⁵³ (posibilidad ofrecida por el artículo 23 del Reglamento Bruselas I relativo a la competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil⁵⁴), por las mismas razones señaladas⁵⁵.

Resulta significativo a este respecto, el particular consejo que ofrece DAUNIZEAU, que tras reconocer que la práctica de las Letras de Patrocinio es extremadamente frecuente en el comercio internacional señala que «*Pour des bénéficiaires français et face à des émetteurs dont la loi nationale n'est pas très favorable aux lettres d'intention, il sera évidemment conseillé de prévoir l'applicabilité de la loi française, et de la compétence des tribunaux français*».

Pues bien, si combinamos esta posibilidad con el diferente tratamiento que reciben las Cartas en los distintos ordenamientos y la intención de blindar un pacto entre caballeros que no pueda ser roto, obtendremos la fórmula definitiva para efectuar tal blindaje. El ingrediente principal no será otro que elegir, como Derecho aplicable, aquel que reconoce la posibilidad de situar los pactos en una esfera ajurídica.

Tal elección conducirá, en la práctica, a una exención de responsabilidad jurídica por parte del emitente. Este se compromete por su honor a cumplir aquello a lo que se obligó en la Carta y la elección de ley produce el efecto directo de que tal compromiso sólo producirá efectos en el ámbito de la moral y los posibles intentos de ruptura por la otra parte no producirán efecto alguno. A salvo las consecuencias que, en su caso, pudieran derivarse en el ámbito de las obligaciones delictuales.

Como se puede observar, esta es una manera de forzar un resultado material a favor de la ajuricidad del «pacto entre caballeros». En el ámbito del DIPr. de la UE, se logra así que la reclamación judicial acerca del cumplimiento de los *Gentlemen's Agreements* sea finalmente desestimada y ello con independencia de cual sea el Tribunal competente y de la calificación autónoma de la que haya partido.

Ello es así porque el Tribunal una vez determinada su competencia, debe proceder a designar el Derecho aplicable. Tanto si en origen se ha partido de una calificación como «materia contractual» como si se ha partido de una calificación como «materia extracontractual» las cláusulas de elección de ley (siempre que reúnan las formalidades exigidas) serán plenamente operativas y serán las que designen directamente la ley estatal aplicable al litigio, pues así queda establecido en los Reglamentos Roma I y Roma II.

32. Esta realidad pone de manifiesto el que se pueden llegar a producir situaciones ciertamente paradójicas. Pudiera ocurrir que para determinar la Competencia Judicial Internacional y posteriormente el Derecho aplicable, el Tribunal en la operación de calificación que debe realizar, ingresase la demanda por incumplimiento del pacto de honor, dentro de la «materia contractual». Obsérvese entonces, que la cláusula de elección de ley en el ámbito calificado como contractual, sería utilizada como «un medio para salir del contrato»⁵⁶, pues designa como aplicable un Derecho material que sitúa finalmente a la Carta en una esfera ajurídica en la que las normas de cumplimiento tienen su único anclaje en el ámbito del honor y de la moral.

Pese a que se ha sugerido que detrás de éste comportamiento puede existir un fraude de ley, conviene recordar, en este punto, que la calificación que ayudará a determinar la Ley aplicable al litigio

⁵³ V., por todos, A. RODRIGUEZ BENOT, *Los acuerdos atributivos de competencia judicial internacional en Derecho Comunitario Europeo*, Eurolex, 1994, y F.F. GARAU SOBRINO, *Los acuerdos internacionales de elección de foro*, Colex, Madrid, 2008.

⁵⁴ Reglamento n° 44/2001 de 22 de diciembre de 2000.

⁵⁵ En la doctrina belga, L. JARDIN sugiere la siguiente fórmula que se incorporaría al final de la Carta de Patrocinio «*La presente lettre et les droits et obligations en résultant sont exclusivement régis par le droit (pays). Tout litige les concernant sera soumis à la compétence exclusive des tribunaux de (lieu)*» pero además, sugiere incorporar una precisión, que trata de neutralizar el temor infundado que parece generar la inclusión de éstas cláusulas, de cara a su errónea e inmediata identificación con un compromiso de carácter contractual: «*Sans préjudice à la nature et au contenu des clauses qui précèdent*» (L. JARDIN *Un confort sous-estimé dans la contractualisation des groupes de sociétés: la lettre de patronage*, Bruxelles, Paris, 2002, p. 299). V., sobre esta concreta cuestión, M^a P. DIAGO DIAGO, *Las Cartas de Patrocinio en los negocios internacionales. Estudio jurídico*, Navarra, 2012.

⁵⁶ V. el debate sobre las cláusulas de este tipo que merecen un juicio negativo por parte de JOBARD-BACHELIER, «*La clause éte utilisée comme un moyen de sortir du contrat. Il ne s'agit pas de choisir la loi d'un contrat; el s'agit d'imposer un système de responsabilité délictuelle*», *Débats en Travaux du Comité Français de Droit International Privé années 1993-1994, 1994-1995*, Paris, 1996, pp. 149-156.

internacional, no condiciona el resultado material del mismo. Se trata en realidad, de una calificación neutra. La relevancia jurídica del pacto entre caballeros es una cuestión que ha de ser dirimida por la ley aplicable a la misma Carta de Patrocinio y para determinar cual es ésta, se debe proceder a su calificación.

Pues bien, al existir una cláusula de elección de ley, ésta designará el Derecho aplicable que, por voluntad del emitente y de receptor, es el de una ordenamiento que respete la exclusión de jurisdicción de la Carta, por lo que no habrá lugar a responsabilidad y no se reinsertara la Carta en el ámbito jurídico de la responsabilidad contractual, pese a que estos supuestos, envuelvan cierta contradicción (dada la calificación como «materia contractual» de la que se partió). Los pactos de honor han sido entonces blindados utilizando, precisamente, como llave la cláusula de elección de ley y pese a lo paradójico que ello puede resultar, no existe ningún obstáculo para su consecución.

33. Dos son las únicas condiciones que deben concurrir para que este blindaje funcione: el cumplimiento de los requisitos formales y la aceptación por el receptor. Basta con incorporar por escrito la cláusula para que se satisfaga la primera condición, pues tal y como señalan los Reglamentos Roma I y Roma II la elección de la ley aplicable, deberá *manifestarse expresamente* (artículo 3 Roma I y Artículo 14 b) Roma II). Ahora bien, a diferencia de lo que dispone el Reglamento 1259/2010⁵⁷, el convenio sobre elección de ley no requiere que esté firmado por ambas partes.

34. Respecto de la prórroga de competencia, el hecho de que la cláusula se consigne por escrito en la Carta, viene a cumplir lo establecido en el artículo 23 a) del Reglamento Bruselas I, que dispone que tal acuerdo atributivo de competencia, deberá celebrarse por escrito o verbalmente con confirmación escrita. No siendo imprescindible, el que conste la firma del receptor de la Carta para la validez de la sumisión⁵⁸.

35. En los casos que nos ocupan, el receptor de la Carta conoce su contenido y por ende, conoce la existencia de la sumisión y de modo tácito la acepta. No se requiere entonces de aceptación escrita por parte de él. Si bien, ésta si que se le exigiría en el supuesto en que el acuerdo se celebrará verbalmente, tal y como puso de manifiesto la STJUE 14 diciembre 1976, asunto *Segoura*⁵⁹.

36. En todo caso, ya se trate de una cláusula de sumisión expresa o una cláusula de elección de ley, la condición imprescindible para su respectiva validez, es que no se trate de meras declaraciones unilaterales de voluntad. La aceptación por el destinatario (entidad de crédito o banco) debe ser real y

⁵⁷ Reglamento de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la Ley aplicable al divorcio y a la separación judicial *DOUE* L 343/10 29 de diciembre de 2010 v. Considerando 19.

⁵⁸ M. FALLON realiza una interpretación distinta de art.17 del Convenio de Bruselas cuando afirma que: «La prorogation de compétence contenue dans une lettre de patronage ne répondra aux *conditions* de l'article 17 que si elle est signée par son destinataire, la banque» (M. FALLON «Lettres de patronage et Droit International Privé» en AA.VV., *Les lettres de Patronage*, FEDUCI, Paris, 1984, pp. 358-359, en concreto p. 335 [sobre la posibilidad de incluir una cláusula de estas características v. p. 367]). Por otro lado, M. VIRGOS SORIANO / F.J GARCIMARTIN ALFÉREZ señalan respecto del art. 23.1 a) que: «en el primer supuesto (*acuerdo por escrito*), no se exige que las declaraciones de las partes sean simultáneas ni que se refieran a un único texto contractual, pero si que ambas consten por escrito. Por consiguiente, si el contrato consta de un único documento, es necesaria la firma de ambas partes en el texto del contrato donde se contiene la cláusula» (M. VIRGOS SORIANO / F.J GARCIMARTIN ALFÉREZ, *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación internacional*, Pamplona, 2007, p. 287).

⁵⁹ Asunto 25/76 Las conclusiones del Tribunal, seguían señalando que el hecho de que el comprador no formule objeción alguna a la confirmación, emanada unilateralmente de la otra parte, no significa la aceptación de la cláusula atributiva de competencia, salvo si el acuerdo verbal se encuadra en el marco de las relaciones comerciales habituales entre las partes, establecidas sobre la base de las condiciones generales de una de ellas, que contienen una cláusula atributiva de competencia. Entre otras notas doctrinales dedicadas a esta Sentencia v. B. AUDIT, «Note Jurisprudence en droit international privé», *Recueil Dalloz Sirey*, 1977, I, R., pp. 349-350; E. MEZGER, «Note», *Rev. Crit. Dr. Internat. Privé*, 1977, pp. 585-593; T. HARTLEY, «Article 17: Choice of Jurisdiction», *European Law Review*, 1977, pp. 148-149; J.-M. BISCHOFF, *Journal du droit international*, 1977, pp. 734-739; M. J. BONELL, «L'art. 17 della Convenzione di Bruxelles sulla competenza giurisdizionale ed il diritto transnazionale», *Rivista del diritto commerciale*, 1977, II, pp. 214-230; E. KRINGS «Reflexion au sujet de la prorogation de compétence territoriale et du for contractuel», *Revue de droit international et de droit comparé*, 1978, pp. 99-107.

cierta, si bien no tiene por qué hacerse constar a través de la firma por aquel de la Carta. Será suficiente la manifestación tácita de su consentimiento al aceptar la Carta y al acceder finalmente, a conceder financiación a la beneficiaria.

III. Protocolo de actuación. Carta de Patrocinio que contiene un compromiso recepticio de la sociedad patrocinadora basado en un pacto de honor

1. Descripción del supuesto fáctico

37. Las Cartas de Patrocinio son garantías atípicas, que presentan una configuración variable. No existe un modelo único de Carta de Patrocinio, más bien al contrario, ésta se construye por el emiteinte según las circunstancias que concurren en el supuesto concreto, lo que hace imposible predecir su contenido. Precisamente su carácter flexible es el que les permite adaptarse a las necesidades cambiantes de la negociación internacional del crédito y es uno de los motivos que las ha hecho inmunes a los avatares de la crisis económica mundial.

38. El diverso y variado contenido de las Cartas de Patrocinio genera no sólo problemas de definición (a los que ya se ha aludido), sino también dificultades para su sistematización. Siendo conscientes de estas limitaciones, puede procederse a realizar una clasificación meramente instrumental y abierta en atención a su objeto.

39. Desde ésta perspectiva son habituales dos tipos de Cartas: aquellas que transmiten una información determinada y aquellas que contienen algún tipo de compromiso. Ahora bien, en la práctica de la transacción internacional del crédito las Cartas a menudo contienen declaraciones de los dos tipos, por lo que es absolutamente necesario el examen de la concreta Carta que dará lugar a la litigación.

40. Se pueden distinguir en atención a las cuestiones sobre las cuales versan las cláusulas o declaraciones, cuatro tipos de cartas⁶⁰, a saber:

- a) Cartas de Patrocinio de referencia al crédito
- b) Cartas de Patrocinio relativas a la participación en el capital
- c) Cartas de Patrocinio relativas a la calidad de la gestión
- d) Cartas de Patrocinio relativas a la situación financiera

41. El supuesto fáctico que aquí interesa puede corresponderse a una sola de estas modalidades o puede contener un combinado más o menos complejo de declaraciones pertenecientes a uno o varios de estos tipos, lo importante, es que en él deben concurrir dos requisitos.

42. El primer requisito es que debe tratarse de compromisos recepticios, esto es, la Carta es dirigida a una concreta entidad de crédito que la acepta. La *praxis* internacional pone de relieve, como ya se ha tenido ocasión de observar, que muy a menudo será la misma entidad de crédito la que solicite la Carta de Patrocinio al emisor, en los casos más frecuentes, la sociedad madre. El patrocinado será una sociedad filial de aquella.

43. El segundo requisito, como cabe esperar, es que la Carta debe contener un pacto entre caballeros. No resulta baladí insistir en que el tratamiento que se de al pacto sellará el destino final de la Carta de Patrocinio. El uso de éstas formulas no ésta muy extendido en el Derecho continental, pero si en el Derecho anglosajón.

⁶⁰ V. esta clasificación en M. BELLIS, «Définition et typologie», en AA.VV., *Les lettres de Patronage*, FEDUCI, Paris, 1984, p. 18.

44. Pese a que no es habitual la inclusión de pactos de honor en nuestro círculo jurídico, la práctica jurisprudencial tanto española como francesa, belga, suiza o italiana pone de relieve que la cuestión nuclear que se plantea ante los Tribunales es la fuerza vinculante de éstas garantías. Siendo especialmente interesante destacar que pese a que pueden no contener formulas concretas que las identifiquen inmediatamente como pactos de honor, puede llegar a negárseles efectos jurídicos cuando son consideradas «débiles», por lo que en realidad, son tratadas como auténticos pactos entre caballeros.

El dato fundamental que es utilizado en la doctrina mercantilista mayoritaria y en la misma jurisprudencia para distinguir las Cartas denominadas fuertes o débiles⁶¹, es la existencia o no de la voluntad de obligarse del emisor. Cuando aquella no existe se entiende que carece de efectos jurídicos, tal y como puso de relieve la Sentencia del Tribunal Supremo español de 16 de diciembre de 1985⁶².

Este mismo Tribunal, en Sentencia de 13 febrero 2007, señaló que las Cartas débiles «pueden estimarse como simples recomendaciones que no sirven de fundamento para que la entidad crediticia pueda exigir el pago del crédito a la entidad patrocinadora»⁶³. Por el contrario las «Cartas fuertes» pueden entenderse «como contrato atípico de garantía personal con un encuadramiento específico en alguna de las firmas negociales o categorías contractuales tipificadas en el ordenamiento jurídico como contrato de garantía, o como contrato a favor de terceros, o como promesa de crédito»⁶⁴.

Negar relevancia jurídica a las Cartas débiles es tanto como reconocer que el pacto al que se llegó por parte del emisor y del emitente, al aceptar la Carta, fue en verdad un pacto de honor, pues no generará repercusiones en el ámbito jurídico. Ello no impedirá, sin embargo, que se generen efectos en esa otra esfera ajurídica de autorregulación que ha sido descrita. La tendencia reiterada a identificar las Cartas de Patrocinio sin efectos jurídicos (denominadas «débiles» por la doctrina mercantilista) y los pactos entre caballeros con la total anomia no es, como se ha podido demostrar, un enfoque correcto.

45. Volviendo al supuesto factico objeto de éste estudio y tal y como se ha indicado, ha de contener una de las formulas que anteriormente han sido descritas para la configuración de los *Gentlemen's Agreement*. Atendiendo a la recomendación que efectúa L. JARDIN⁶⁵ a cerca de la formulación de los pactos de honor incorporados a las Castas de Patrocinio y tomando como referencia una de las declaraciones que más se utilizan en el ámbito de la negociación del crédito, que es el mantenimiento de la participación en el capital de la sociedad patrocinada, un modelo de Carta de Patrocinio que cumple con los requisitos señalados sería el siguiente⁶⁶:

C'est avec plaisir que nous avons appris que (décrire l'opération que la banque destinataire de la lettre projette de mettre en oeuvre avec la filiale)

Pour autant que de besoin, nous vous confirmons que notre participation dans le capital de la société patronnée s'élève à ---% et que nous veillerons à, sans cependant nous y obliger juridiquement la maintenir à ce niveau.

La cession de tout ou partie de cette participation fera l'objet d'un avertissement à votre attention.

⁶¹ Esta distinción se encuentra en prácticamente todos los estudios mercantilistas v., por todos, J. DUQUE DOMINGUEZ, «Las Cartas de Patrocinio», en AA.VV., *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, Madrid, 1990, pp. 717 y ss., en concreto p. 738; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, «Garantías bancarias: las cartas de patrocinio y las garantías a primera demanda», en AA.VV., *Contratos Bancarios*, 1992, en concreto p. 730. En cuanto a la importancia secundaria de esta clasificación v., entre otros, M. SÁNCHEZ ÁLVAREZ «Las Cartas de Patrocinio» en AA.VV., *La contratación bancaria*, Madrid, 2007, pp. 1153-1175, en especial pp. 1166-1167.

⁶² RJ/1995/6442 v. en especial Fundamento de Derecho Tercero «... pero las declaraciones meramente enunciativas carecerán de obligatoriedad, dado que por su contenido no crean nexo alguno con posible ejecución forzosa entre la sociedad principal y el tercero, ni aun invocando el elemento de la buena fe proclamado en los artículos 57 del Código de Comercio y 1258 del Código Civil, pues no hay contrato, o acudiendo a los usos normativos –que tendrían que ser probados– por la vía del artículo 2º de aquel Cuerpo legal.»

⁶³ Sentencia nº 96/2007 de 13 febrero, RJ/2007/684.

⁶⁴ V. Fundamento de Derecho Tercero. STS nº 96/2007 de 13 febrero RA/2007/684

⁶⁵ L. JARDIN, *Un confort sous-estimé dans la contractualisation des groupes de sociétés: la lettre de patronage*, Bruxelles, Paris, 2002, pp. 294-295.

⁶⁶ V. otros modelos que responden al mismo planteamiento entre otros en F. GUERCHOUN, *Pratique du cautionnement et autres sûretés*, Paris, 2008, pp. 361-362.

Este modelo de Carta recoge el compromiso que dio lugar al litigio objeto de la Sentencia Tribunal Supremo español de 15 de junio de 2009⁶⁷ y también es utilizado en la Carta de Patrocinio que expidió Hero AG residente en Suiza a favor de Hero España S.A y que ha sido recientemente analizada en otra Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2011⁶⁸.

En esa Carta, se expresa que la entidad HERO AG conoce las facilidades de crédito que se están concediendo a HERO España SA 40 millones de francos suizos, y acepta HERO AG esos compromisos y se hace constar en la Carta que:

Por la presente asumimos que mientras que HERO ESPAÑA SA esté endeudada con ustedes, no venderemos ni dispondremos de ninguna otra forma de ningún capital social de HERO ESPAÑA SA y les confirmamos que si en algún momento tuviéramos la intención de cambiar nuestro accionariado en HERO ESPAÑA SA les informariamos al respecto, si así lo solicitan, con el fin de que las facilidades de crédito pudieran darse por reembolsadas o renegociarse.

Accedemos y entendemos que su decisión de otorgar facilidades a HERO ESPAÑA SA está sujeta a la confianza que otorga esta carta.

En la mencionada Sentencia el Tribunal trata de determinar si, en el caso concreto, se produjo un endeudamiento indirecto relevante para medir una situación de subcapitalización, que pudiera generar una elusión fiscal⁶⁹. La consideración de que la Carta no tenía fuerza ejecutiva llevo a entender que no se había producido el endeudamiento indirecto en línea con los pronunciamientos emitidos por la Dirección General de Tributos en la consulta 0503-98 que estableció que: «*En el caso concreto aquí consultado, en el que la entidad vinculada no residente no ofrecería garantías formales y concretas, con fuerza ejecutiva, sino tan sólo la confianza generada por el volumen y la solvencia demostrados hasta ese momento, la posible insolvencia del deudor residente no queda jurídicamente cubierta por aquella, por lo que no cabría hablar de endeudamiento indirecto con él.*»

Se reconoce, por tanto, que la Carta generó confianza y que gracias a ella se consiguió el crédito para la patrocinada, pero adviértase que se le niega fuerza ejecutiva lo que no equivale, no obstante, a confirmar la ausencia de toda relevancia jurídica. De lo que se trataba era de concretar, en atención a las circunstancias del caso concreto, si existió endeudamiento indirecto, lo que es preciso establecer caso por caso al tratarse de un concepto jurídico indeterminado. No ha lugar, por no ser ese el objeto del recurso de casación del que conoce el Tribunal, a plantear los posibles efectos que el incumplimiento de lo consignado en ella pudiera acarrear. Cuestión que, por lo demás, se regiría por el Derecho aplicable a la mencionada declaración de Patrocinio.

Tanto ésta Carta, con la correspondiente inclusión de un compromiso de honor a través de una de las formulas expuestas (como puede ser *This is not a binding obligation*) como el modelo propuesto o cualquier otra Carta que contenga otro tipo de declaraciones pero que reúna los dos requisitos señalados, pueden dar lugar a una reclamación judicial. La situación se planteará cuando el receptor de la misma, tras constatar el incumplimiento de lo en ella establecido, acude a los Tribunales, rompiendo de ésta forma el pacto de honor que la Carta contenía y que él mismo aceptó al conceder finalmente la financiación.

46. A continuación se va a exponer el protocolo de actuación que debería desplegar el Tribunal que recibiera tal reclamación y que ha de centrarse en cuatro cuestiones fundamentales, a saber, admisión de la demanda judicial que denuncia el incumplimiento, calificación autónoma de la Carta a la luz del DIPr. de la UE, determinación de la Competencia Judicial Internacional del Tribunal que conoce del asunto y por último, designación de la Ley aplicable al presunto incumplimiento.

⁶⁷ STS nº 420/2009 R.J/2009/4226

⁶⁸ REC. 5871/2011.

⁶⁹ Esta si se produce mediante la erosión de las bases tributarias españolas a favor de otra entidad del mismo grupo no residente en España, daría lugar a la aplicación del art. 16.9 de la Ley 61/1978 reguladora del impuesto sobre sociedades v. Fundamento de Derecho cuarto.

2. Presunto incumplimiento del compromiso de honor por parte de la sociedad patrocinadora y admisión de la demanda judicial que reclama su cumplimiento

47. La primera cuestión que deberá decidirse será la de la admisión o inadmisión de la demanda. En principio nada diferenciaría éste tipo de reclamaciones de cualquier otro, en lo que respecta a ésta primera decisión. No obstante, la existencia de un pacto de honor que sitúa, por voluntad de las partes, a la Carta en un ámbito extrajurídico, podría quizás conducir a plantear su posible inadmisión con base en el carácter «no jurídico» de la pretensión.

48. Esto, sin embargo, no ocurrirá cuando la reclamación se plantee ante un Tribunal español. Tal y como ha sido puesto de relieve en el apartado de éste trabajo dedicado a la «reclamación judicial del cumplimiento de un compromiso de patrocinio basado exclusivamente en el honor del patrocinado. Litigios internacionales» la admisión de la demanda en los litigios internacionales constituye una cuestión de calificación «procesal». En consecuencia, su régimen vendrá determinado por la normativa procesal del Estado ante cuyos Tribunales se presenta la demanda, conforme a lo dispuesto en el artículo 3 LEC *Lex Fori Regit Processum*.

49. Las normas procesales españolas sólo exigen requisitos de carácter procesal y no sustantivo para la admisión de la demanda, siendo el límite más importante el constituido por la buena fe procesal. Basta con que concurran los requisitos establecidos en los arts. 403 y 247 LEC y art. 11 LOPJ para que se produzca la automática admisión de la demanda y se de cumplimiento así, al Derecho al proceso y a la tutela judicial efectiva demandada.

50. Corresponderá al Derecho material designado por la norma de conflicto, determinar si la ruptura del pacto de honor producirá o no efectos jurídicos y de ser así, cuales serán estos. Pero téngase en cuenta que esa será la solución final, la que dictaminará si existía derecho a lo pretendido, esto es, si existía derecho a la acción.

51. Se puede concluir, por tanto, que las normas procesales, incluidas las de Competencia Judicial Internacional, no influyen ni deben influir en el resultado final del litigio, lo mismo que no debe influir la *Lex Materialis Fori*. El cumplimiento de las normas procesales españolas da lugar a la admisión de la demanda y a la generación, por ende, del Derecho a una sentencia sobre el fondo del asunto. Ahora bien, las normas que deciden el resultado final del proceso son las normas sustantivas designadas por las normas de conflicto españolas.

52. Desde éste razonamiento puede entenderse el carácter instrumental de las normas procesales que dan lugar al proceso, y que están al servicio de las normas de conflicto, que son las que señalan qué Derecho sustantivo debe regir el fondo del asunto. Lo mismo que están también, en última instancia, al servicio de las normas jurídicas sustantivas que rigen el fondo del asunto, una vez designadas como aplicables por las normas de conflicto.

3. Calificación contractual de las Cartas de Patrocinio recepticias, que contienen un pacto de honor, en el DIPr. de la UE

53. Ya se ha avanzado las dificultades que se presentan en el Derecho material de cara a la calificación de las Cartas de Patrocinio. No es nítida la diferenciación entre Cartas débiles y fuertes, además la jurisprudencia se muestra preocupantemente errática y a ello hay que añadir la ausencia de normas sustantivas que las regulen.

El panorama se reproduce en el contexto de los Derechos sustantivos de los países de nuestro entorno. Si bien el Derecho francés ha sido pionero en éste tema, pues a la luz de la importancia creciente que tiene ésta figura en el tráfico comercial y de los problemas jurídicos que plantea, ha dado entrada

a la Cartas de Patrocinio en su Código Civil mediante la *Ordonnance* n°2006-346 de 2006 relativa a las *sûretés*⁷⁰.

Las dificultades, igualmente, se manifiestan a un nivel diferente cuando la Carta es utilizada en el contexto de la negociación internacional del crédito. No existen normas de conflicto ni normas de competencia judicial internacional dedicadas a estas especiales figuras, ni siquiera en el Derecho francés, pese a haberlas positivizado en su ordenamiento. Tampoco los Reglamentos de la UE: Bruselas I, Roma I y Roma II, disponen de normas específicas sobre el particular.

54. Esta situación provoca que el siguiente problema que se debe resolver sea el de la calificación. Es imprescindible proceder a la subsunción de la declaración de Patrocinio en alguna de las categorías jurídicas existentes, en el ordenamiento de referencia⁷¹, para seleccionar así, las normas de competencia judicial internacional y las normas de conflictos de leyes. Las primeras fijarán la competencia del Tribunal al que se le ha presentado la demanda y las segundas señalarán el Derecho a aplicar por el Tribunal competente.

55. El marco del DIPr. de la UE se caracteriza, en este contexto, por contar con categorías jurídicas y conceptos propios, que son los que deberán ser tenidos en cuenta para realizar la operación de la calificación. No se atenderá a concepciones materiales del Estado del Tribunal que conoce del asunto, sino que la calificación se realizará con base a conceptos autónomos e independientes de los Derechos materiales internos de los diferentes Estados miembros. Ello consagra la independencia funcional definitiva del DIPr..

Se ha de proceder, en consecuencia, a una calificación autónoma dentro de los parámetros proporcionados por el DIPr. de la UE. Lo correcto es examinar el concepto autónomo de «materia contractual»⁷², que ha sido desarrollado en reiterada jurisprudencia por el TJUE, para comprobar si las Cartas de Patrocinio, objeto del supuesto fáctico planteado, pueden ser subsumidas en él.

56. El Tribunal establece que *el concepto de materia contractual no puede ser entendido como referido a una situación en la que no existe ningún compromiso libremente asumido por una parte frente a la otra*⁷³. Este compromiso existirá en la tipología de Cartas objeto de examen. Piénsese que en muchas ocasiones la misma Carta es requerida por la entidad crediticia (lo que ocurría en los supuestos objeto de la Sentencias australianas e inglesa examinados), con lo que no surgen dudas acerca de la existencia del compromiso que el mismo receptor solicita y acepta.

57. La Carta de Patrocinio emitida por HERO A.G es una buen ejemplo de la existencia del concurso de voluntades libremente asumido por ambas partes. En ella se hace costar expresamente que *Accedemos y entendemos que su decisión de otorgar facilidades a HERO ESPAÑA SA está sujeta a la confianza que otorga esta carta*. Se reconoce, de esta manera, que el compromiso es real y que el receptor concedió el crédito motivado por el «efecto contagio» que produce el prestigio de la emitente.

58. En los supuestos en los que no consta que haya habido solicitud expresa de la declaración de Patrocinio (como ocurriría en el modelo propuesto), entonces, el análisis debe centrarse en si ha existido aceptación por parte del receptor, siendo especialmente importante atender a la literalidad de la Carta y al contexto en el que se emite. El hecho de que finalmente el receptor, al que se dirige la declaración

⁷⁰ El proyecto de reforma se elaboró por el grupo de trabajo presidido por el profesor GRIMALDI. V. M. GRIMALDI, «Orientations générales», *Droit & Patrimoine*, n° 140, septembre de 2005, pp. 50-54, y, en general, todo el Dossier que, desde diferentes enfoques, se dedicó a este tema (pp. 55-100).

⁷¹ El DIPr. autónomo español consagra la calificación *lege fori* en el art.12.1 del Código Civil.

⁷² Tanto los conceptos de «materia contractual» y «materia delictual» son conceptos autónomos tal y como ha señalado el TJUE en reiterada jurisprudencia. V., entre otras, STJCE 22 marzo 1983, en el caso *Martin Peters*, asunto 34/82, o STJCE 8 marzo 1988, en el caso *Arcado/Haviland*, asunto 9/87.

⁷³ V., entre otras, Sentencias de 17 junio 1992, *Handte*, C 26/91, Rec. p. I 3967, apartado 15; *Reunión européenne y otros*, apartado 17; *Tacconi*, apartado 23, ya citadas y STJCE 5 febrero 2004, *Frahuil*, C-265/02, apartado 24.

de patrocinio, concede la financiación a la patrocinada, da pie a presumir que el destinatario aceptó la Carta de Patrocinio.

59. En ambos casos, el que la Carta no aparezca firmada por el receptor no es obstáculo para entender que ha existido el concurso de voluntades necesario para aprehender la Carta en el concepto de «materia contractual». Tal y como ha puesto de manifiesto el Tribunal de Justicia en diferentes Sentencias⁷⁴ no es condición *sine qua non* que exista una manifestación de voluntad expresa por parte del receptor de la Carta, si bien debe existir, en todo caso, como ya se ha señalado, un compromiso libremente asumido de una parte frente a la otra.

60. Obsérvese que el compromiso que, en su caso, asume la emitente siempre estará subordinado, a que se haya proporcionado la ventaja que trataba de conseguir para la patrocinada, esto es, el crédito. En el modelo propuesto es evidente que el mantenimiento de la participación en el capital de la sociedad patrocinadora, se encuentra subordinado a la culminación de la operación bancaria: la concesión de financiación.

61. Cabe concluir, por tanto, que existe una voluntad tácita del receptor de aceptar la Carta o lo que es lo mismo, que existe un consentimiento contractual implícito de aceptación. Pero además, esa voluntad es cierta por las circunstancias señaladas, por lo que es evidente que existe un concurso de voluntades lo suficientemente claro, como para integrar el concepto autónomo de materia contractual, que exige el compromiso libremente asumido del emitente por el receptor.

L. JARDIN llega incluso a afirmar que *il paraît donc évident qu'il y a à l'origine de la lettre un concours des volontés, et donc un contrat*⁷⁵; G. VAN HECKE insiste que en estos supuestos *le caractère contractuel de l'engagement paraît relativement net*⁷⁶ y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ no duda en asegurar que en estos casos las Cartas de Patrocinio contienen auténticas obligaciones contractuales⁷⁷.

En los supuestos que dan lugar a reclamación judicial, el crédito habrá sido concedido, por lo que el Tribunal podrá, siguiendo la argumentación aquí expuesta, realizar la operación de la calificación autónoma sin mayores dificultades.

4. Competencia judicial internacional: Reglamento Bruselas I

A) Consideraciones generales

62. El Tribunal ante el cual se ha presentado la demanda deberá ahora, determinar si tiene competencia judicial internacional para conocer del asunto. Para ello, y puesto que el contexto es el del DIPr. de la UE, deberá acudir al Reglamento Bruselas I en busca de un foro que le otorgue tal competencia.

63. Salvo en los supuestos en que se haya producido la sumisión a los Tribunales de otro Estado miembro (a través de la inclusión en la Carta de cláusulas de sumisión como las descritas anteriormente art. 23 o a través de la sumisión tácita art. 24) serán competentes para conocer del litigio derivado del incumplimiento de la Carta de Patrocinio, los Tribunales del domicilio del demandado.

El Reglamento Bruselas I consigna en su artículo 2 este foro general: «Salvo lo dispuesto en el presente Reglamento, las personas domiciliadas en un Estado miembro estarán sometidas, sea cual fuera su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado».

⁷⁴ V. STJCE 5 febrero 2004, asunto *Frahuil*, C 265/02; STJCE 20 enero 2005, asunto *Engler*, C-27/02.

⁷⁵ L. JARDIN *Un confort sous-estimé dans la contractualisation des groupes de sociétés: la lettre de patronage*, Bruxelles Paris 2002 y del mismo autor nota *Euredia* 2001-2002/1 p. 365 a 370 en concreto p. 367

⁷⁶ G. VAN HECKE «Le droit international privé des sûretés nouvelles issues de la pratique» en AAVV *Les Sûretés (Sûretés traditionnelles, réeles et personnelles, en droit français et en droit belge: sûretés issues de la pratique; droit international privé*. Colloque de Bruxelles des 20 et 21 octobre 1983 p. 453 a 465 en concreto p. 457.

⁷⁷ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Colex, Madrid, 2009, en concreto p. 383.

64. El artículo 60 establece la determinación del domicilio de las personas jurídicas que, para hacer operativo el foro general, se deberá encontrar en uno de los Estados miembros de la Unión; a efectos del presente Reglamento, se entenderá que una sociedad u otra persona jurídica está domiciliada en el lugar en que se encuentre:

- a) su sede estatutaria
- b) su administración central
- c) su centro de actividad principal

65. El supuesto más común en el marco de la transferencia internacional del crédito será aquel en el que la demandada sea la Sociedad madre de una Sociedad multinacional, que opera en varios países. La determinación del domicilio tal y como dispone el artículo 60, puede otorgar competencia a los Tribunales de más de un Estado. Eso ocurrirá si por ejemplo el domicilio formal, esto es, su sede estatutaria, está situada en un Estado diferente de aquel en el que tiene la administración central o el centro de actividades principal. Cuando más deslocalizados estén estos lugares, más posibilidades habrá de que sean competentes Tribunales de diferentes Estados para conocer el litigio.

El Derecho de Reino Unido e Irlanda no conoce el concepto de «sede estatutaria» es por eso que el artículo 60.2 dispone que la expresión «sede estatutaria» se equiparará al *registered office* y en caso de que en ningún lugar exista una *registered office*, al *place of incorporation*, (lugar de constitución) o, a falta de tal lugar, el lugar conforme a cuya legislación se hubiere efectuado la *formation* (creación) de la sociedad o persona jurídica.

66. El Reglamento Bruselas I establece, también, foros de vinculación procesal, que consagran competencias derivadas de dos supuestos concretos descritos en los arts. 6.1 y 6.2: «Las personas a las que se refiere el artículo anterior también podrán ser demandadas:

1. Si hubiera varios demandados, ante el tribunal del domicilio de cualquiera de ellos, siempre que las demandas estuvieran vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que sería oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser incompatibles si los asuntos fueren juzgados separadamente
2. Si se tratara de una demanda sobre obligaciones de garantía o para la intervención de terceros en el proceso, ante el Tribunal que estuviera conociendo de la demanda principal, salvo que esta se hubiera formulado con el único objeto de provocar la intervención de un Tribunal distinto del correspondiente al demandado».

67. Por último, Bruselas I establece un foro especial en materia contractual en su art. 5.1 que cuenta con una configuración específica, cuando se trata de una prestación de servicios o una compraventa de mercaderías. El hecho de que las Cartas de Patrocinio recepticias merezcan, como se ha demostrado, una calificación contractual, hace necesario examinar si tales Cartas se pueden situar dentro de esa configuración específica. Deberá analizarse, por tanto, si las Cartas recepticias que contienen un pacto de honor, son o no prestación de servicios.

El artículo 5. 1 b) dispone que «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 que hubieras sido o debiera ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda

b) A efectos de la presente disposición, y salvo pacto en contrario, dicho lugar será:

— Cuando se trataré de una prestación de servicios, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hubieran sido o debieran ser prestados los servicios».

Como expone H. GAUDEMET-TALLON⁷⁸ este precepto está diseñado para limitar las consecuencias

⁷⁸ H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe, règlement n° 44/2001, conventions de Bruxelles et de Lugano*, LGDJ 2001 p. 145.

de aplicar el artículo 5.1 del Convenio de Bruselas, en la interpretación dada por la jurisprudencia del TJUE⁷⁹. En los casos específicamente regulados en el 5-1 b) se evita el retorno obligado a la norma de conflicto para la determinación del lugar de ejecución de la obligación litigiosa⁸⁰. La economía en la argumentación que permite el artículo 5-1 b) es valorada muy positivamente y lleva a inducir, que el concepto de prestación de servicios es un concepto amplio que permite «escapar» del método analítico distributivo⁸¹, al mayor número de supuestos⁸².

Pero además de ser un concepto amplio, es un concepto autónomo que requiere una interpretación independiente de los Derechos nacionales de los diferentes Estados miembros⁸³ tal y como ocurría con el concepto de «materia contractual» anteriormente examinado.

68. En línea con lo señalado en el apartado anterior se debe recordar que la disparidad entre los distintos Derechos materiales provocaría el efecto directo de que la aplicación del artículo 5-1 b) (pero también del mismo Reglamento Roma I, como se verá más adelante) presentase variaciones contrarias a la unificación de las normas de conflictos de jurisdicción y de conflictos de leyes. Ello justifica la configuración de conceptos propios y autónomos en esta dimensión del DIPr. de la UE que, cabe recordar una vez más, goza de independencia efectiva respecto de los Derechos materiales de los Estados miembros.

69. El problema que, no obstante, se plantea es la inexistencia de una delimitación en los Reglamentos sobre el particular. Es por ello que debe recurrirse a diferentes Sentencias del TJUE, así como a otros instrumentos, como es la Directiva n^o 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 diciembre 2006 relativa a los servicios en el Mercado interior y al mismo articulado general de los Reglamentos para perfilar éste concepto autónomo.

70. Una de las principales ideas que se deben retener respecto de la prestación de servicios, es que como señala P. PUIG⁸⁴ es una noción más económica que jurídica. No se trata de la transmisión de una «cosa», no se trata de una entrega de mercaderías, no da lugar en definitiva, a un efecto traslativo de la propiedad. Los servicios forman parte de lo que D. CARREAU y P. JUILLARD⁸⁵ denominan *commerce des invisibles*, ya que los servicios no son «cosas», sino que son «hechos» y por ello no se pueden transmitir, sino simplemente cumplir.

71. El estudio que lleva a cabo P. BERLIOZ sobre la noción de prestación de servicios en el seno del artículo 5-1 b) del Reglamento Bruselas I concluye con una acertada definición. Se entenderá por prestación de servicios en el ámbito del Derecho de la UE: *toute opération ayant pour finalité l'accomplissement par une personne, au profit d'une autre, d'un acte, positif ou non, à titre onéreux ou non*⁸⁶. Tomando como referencia esta definición, corresponde examinar si las Cartas

⁷⁹ V. Asunto *Tessili*, C-12/76, de 6 octubre 1976. Sobre esta Sentencia v., entre otras referencias doctrinales, T. HARTLEY, «First Cases before the European Court», *European Law Review*, 1977, pp. 57-63; P. GOTHOT / D. HOLLEAUX, «Note», *Rev. Crit. Dr. Internat. Privé*, 1977, pp. 761-772; G.A.L. DROZ «L'interprétation, par la Cour de justice des Communautés, des règles de compétence judiciaire européennes en matière de contrat», *Recueil Dalloz Sirey*, 1977 *Chr.*, pp. 287-294.

⁸⁰ Los autores han criticado esta complejidad. V., entre otros, G.A.L. DROZ, «Delendum est fórum contractus? Vingt ans après les arrêts De Bloos et Tessili interprétant l'article 5-1 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968», *Dalloz*, 1997, *chron.* p. 351. V. HEUZÉ, «De quelques infirmités congénitales du droit uniforme: l'application de le article 5-1 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968», *Rev. Crit. Dr. Internat. Privé*, 2000, pp. 595 y ss.

⁸¹ V. el origen de esta terminología en F. SALERNO, «L'incidenza del diritto applicabile nell'accertamento del *forum destinationis*», *RDIPP*, 1995, pp. 76 a 121. V. además del mismo autor *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (CE) n. 44/2001*, Padova, 2006 y «La nozione autonoma del titolo di giurisdizione in materia di vendita», *RDIPP*, 2008, pp. 381 a 394.

⁸² H. BOURLARBAH A. NUYTS N. WATTÉ, «Le règlement 'Bruxelles I' sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale», *JT*, 2002, pp. 164 y ss.

⁸³ V. comentario al art.5 de la propuesta de Reglamento Bruselas I 14 de julio de 2007 COM (1999) 348 final.

⁸⁴ P. PUIG *La qualification du contrat d'entreprise*, Paris, 2002 p. 37

⁸⁵ D. CARREAU y P. JUILLARD *Droit International Economique*, Paris, 2005, p. 261

⁸⁶ Esta terminología en P. BERLIOZ, «La notion de fourniture de services au sens de l'article 5-1 b) du règlement 'Bruxelles I'», *Journal de Droit International*, 2008, pp. 675-717, en concreto p. 717.

de Patrocinio, objeto de estudio, pueden subsumirse en éste concepto autónomo de prestación de servicios.

Como se ha indicado en numerosas ocasiones en éste estudio, la característica definitoria de las Cartas de Patrocinio es que constituyen garantías personales. Su finalidad es confortar al receptor acerca de la situación financiera del patrocinado y de la feliz ejecución de la deuda que le va a conceder. Su función es proporcionar una garantía que minimice el riesgo que el banco va a asumir.

Es evidente que la Carta no supone la entrega de ningún bien material al receptor, no hay ninguna «cosa» que transferir, pero si hay un servicio que proporcionar: la generación de confianza y seguridad. Es cierto que este servicio se caracteriza por la inmaterialidad, pero los servicios forman parte de ese comercio invisible ya mencionado y muy importante.

En el caso de otras garantías como la fianza que implican el pago de una cantidad de dinero, la calificación como prestación de servicios, plantea menos problemas. Pero obsérvese, que el concepto amplio descrito, necesariamente comprende a este otro tipo de garantías que cumplen en esencia, la misma función: asegurar y proteger al acreedor. Si bien lo hacen de manera distinta, según lo que establezca la misma Carta.

72. Todos estos planteamientos llevan, en consecuencia, a concluir, que las Cartas de Patrocinio recepticias (con independencia de su contenido), dirigidas a una concreta entidad financiera, que ha concedido finalmente el crédito a la beneficiaria, están incluidas en el concepto de prestación de servicios y su emisión forma parte de la estrategia comercial y financiera del grupo de empresas.

73. Serán competentes, por tanto, los Tribunales del lugar del Estado miembro en el que según la Carta hubieran sido o debieran ser prestados los servicios. La determinación de los concretos Tribunales dependerá del tenor de la Carta y de las concretas obligaciones que en ella se hayan asumido.

Si bien debe tenerse siempre presente, a la hora de concretar esta regla de Competencia Judicial Internacional en el supuesto del que se trate, que se debe cumplir con las exigencias de previsibilidad, proximidad y certidumbre por cuanto su existencia misma viene motivada por el estrecho vínculo de conexión existente entre el contrato y el Tribunal que debe conocer del mismo. Así lo puso de relieve la STJUE 2 mayo 2007, en el asunto *Color Drack*⁸⁷.

El criterio factual que ha de servir para identificar el lugar en el que hubieran sido o debieran ser prestados los servicios, en los supuestos que aquí interesan, dependerá de las concretas declaraciones que contenga la Letra. Si en ella, como suele ser habitual, se contienen simplemente informaciones acerca de la situación financiera de la filial o sobre su vinculación sobre ésta o relativas al crédito consentido y habida cuenta del carácter inmaterial que presentan, ese lugar no será otro que aquél al que se dirigieron y que identifica su misma finalidad: la generación de seguridad y confianza.

Esta seguridad se proporciona a través de lo consignado en ella y, por tanto, el lugar del cumplimiento es el del domicilio del receptor de la Carta al que ésta se dirige específicamente. Es allí donde se crea la confianza y donde se cumple, por tanto, el servicio. Si la confianza resulta rota porque las informaciones consignadas en la Carta no son veraces, deberán ser los Tribunales del domicilio de la entidad financiera, los competentes para conocer la controversia.

74. La proximidad del litigio a los Tribunales del domicilio del banco, en estos casos, es evidente. Pero además, se trata de un foro previsible porque la patrocinadora debe responsabilizarse de las

⁸⁷ STJCE 2 mayo 2007, C-386/05, apartado vigésimo segundo. Para un acercamiento a esta Sentencia v., entre otros muchos estudios, L. IDOT, «Premières précisions sur les nouvelles règles de compétence en matière contractuelle», *Europe* 2007 Juillet, n° 196, p. 24; J-S QUEGUINER, «Simplification et centralisation de la compétence territoriale interne: première interprétation communautaire de l'article 5, paragraphe 1, b) du règlement 'Bruxelles I'», *Revue Lamy droit des affaires*, 2007, n° 19, pp. 73-75; A. R. MARKUS, «La compétence en matière contractuelle selon le règlement 44/2001 'Bruxelles I' et la Convention de Lugano révisée à la suite de l'arrêt CJCE Color Drack», en AA.VV., *La Convention de Lugano: passé, présent et devenir. Actes de la 19e journée de droit international privé du 16 mars 2007 à Lausanne*, 2007, pp. 23-39; E. ADOBATI, «In caso di consegna di beni mobili in più luoghi di uno stesso Stato membro è competente a dirimere le controversie il giudice del luogo della consegna principale», *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2007, pp. 746-747; A. GARDELLA, «The ECJ in Search of Legal Certainty for Jurisdiction in Contract: The Color Drack Decision», *Yearbook of private international law*, 2007, pp. 439-447.

externalidades negativas que ocasiona su actuación en el extranjero. Si aquella hizo declaraciones falsas a un destinatario situado en el extranjero, debe prever que pueda ser demandada ante los Tribunales del país donde el destinatario recibió tales informaciones y donde aquellas generaron la confianza que le llevo a conceder la financiación⁸⁸.

Los ejemplos prácticos propuestos encajan en ésta determinación del foro especial del artículo 5.1 b). En efecto, el compromiso que configura el núcleo de las Cartas es, en realidad, una simple información sobre la participación de la patrocinadora en el capital de la sociedad patrocinada y sobre la intención de mantener, en el futuro, esa participación.

La confianza y la seguridad se genera en el domicilio de la receptora que la acepta, concediendo la financiación. Si al final la Sociedad emitente no mantiene su compromiso, podrá ser demanda en el país del banco al que dirigió una declaración de Patrocinio que produjo un mero espejismo de confort, en cuanto que se trataba de una mera información.

75. Es necesario retener que existe otro compromiso que aparece, en ambos supuestos, unido al primero y que enmarca el carácter informativo de la misma Carta: el de advertir a la entidad crediticia de un eventual cambio de política de la patrocinadora. Si esto ocurriera y hubiera variaciones en la participación en el capital social, aquella se obliga a realizar la oportuna comunicación. En éste caso el compromiso debe realizarse en el domicilio de la entidad crediticia, pues a ella se debe dirigir la información comprometida.

76. La solución será, no obstante, diferente, si la Carta contiene compromisos concretos (conductas activas)⁸⁹ que deben ser satisfechos en el lugar de la residencia habitual de la filial. Es lo que ocurrirá cuando las Cartas contengan declaraciones relativas al aumento de capital de la filial, o al control de la dirección de las operaciones de ésta o al saneamiento de la situación financiera de la filial. En estos casos la designación pragmática del lugar de cumplimiento del servicio (artículo 5.1 b) del Reglamento Bruselas I), conduciría a otorgar competencia a los Tribunales del domicilio de la filial.

Obsérvese que esta solución es acorde con las exigencias de proximidad y de previsibilidad que deben cumplir, como se ha visto, las competencias especiales. El foro es próximo al litigio, pues supuestamente se ha incumplido por parte de la sociedad madre su compromiso a realizar en el país de la residencia de la filial y tal compromiso aparece consignado en la Carta. Pero además, es previsible para las partes, pues esos compromisos estipulados en la Carta ya habían sido aceptados por el banco, como sustento de la garantía que aquella proporcionó.

77. A ello hay que añadir, que la patrocinadora, como ocurría en el caso anterior, debe responsabilizarse de las externalidades negativas que ocasiona su actuación en el extranjero. Si aquella se obligó a cumplir algo en otro país, debe prever que pueda ser demandada ante los Tribunales del país donde está obligada a cumplir lo que ella misma estipuló⁹⁰.

78. Por lo demás, será en última instancia el demandante el que si lo considera conveniente, utilizará éste foro, ya que siempre quedará abierto el foro general. En todo caso, podrá optar, sean cuales sean los compromisos asumidos en la Carta por la sociedad madre, por presentar la demanda ante los Tribunales de la residencia de ésta.

⁸⁸ M. VIRGOS SORIANO / F.J GARCIMARTIN ALFÉREZ, *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, Navarra, 2007, p. 143, consideran que el acreedor debe gozar de un foro en ese lugar: «De otro modo, esto es, si tuviese que acudir al foro del demandado para reclamar ese derecho subjetivo, su posición material se vería alterada: las reglas de CJI no reflejarían la localización geográfica del derecho subjetivo hecha por el derecho material que rige este derecho subjetivo».

⁸⁹ Como lo sería la declaración de mantenimiento de la participación social, si no fuera acompañada de la obligación de informar sobre su variación, lo que marca su carácter informativo.

⁹⁰ M. VIRGOS SORIANO / F.J GARCIMARTIN ALFÉREZ *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, Navarra, 2007, p. 143.

B) Especial referencia a las Cartas de Patrocinio recepticias de contenido complejo y mixto

79. Quedaría por analizar un último tipo de Cartas de Patrocinio de contenido complejo, puesto que contienen más de una declaración, y mixto, puesto que contienen declaraciones de dos tipos: informativas y promisorias (entendiendo por tales las declaraciones relativas a obligaciones a cumplir en el país de la residencia de la filial). Adviértase que éstas Cartas contienen declaraciones que conducen a hacer competentes a Tribunales de diferentes Estados miembros.

Esto ocurriría si en los ejemplos propuestos existiera otra declaración más en la que se hiciese constar un compromiso particular como podría ser el siguiente: *«se pondrá a disposición de la sociedad patrocinada, en forma de préstamo, la suma de dinero que precisase»*.

Esta declaración abriría la competencia al Tribunal de la residencia de la filial, siendo igualmente competentes los Tribunales del domicilio de la entidad financiera por los motivos expuestos.

80. Si la reclamación se refiere a uno sólo de los compromisos, no se plantearía problemas de dualidad. La situación es otra, si se ha producido variaciones en el capital de la patrocinada sin acompañarse de la debida información a la entidad financiera y además, la patrocinadora no ha puesto a disposición de la filial suma de dinero alguna.

81. Debe recordarse a estos efectos que el artículo 5-1 b) establece una norma de competencia que se aplica al conjunto del contrato. Será competente el Tribunal del lugar del Estado en el que según el contrato, hubieran sido o deberían ser prestados los servicios. El tenor literal es cristalino, no cabe con base en él, abrir más que un foro de competencia especial. Con esta previsión se permite concentrar todos los litigios sobre un mismo contrato, (en este caso, sobre la Carta de Patrocinio) en un mismo lugar⁹¹. Por tanto, no es posible aceptar más que la competencia de un único Tribunal, con base a este foro especial.

82. Estos supuestos presentan una importante dificultad, si no es posible detectar factores determinantes para precisar cual es el lugar principal de prestación de los servicios⁹². En todo caso, habrá que analizar detalladamente el supuesto concreto para detectarlos y en el caso de existir y que no den lugar a dudas, justificar finalmente, la competencia de ese concreto Tribunal.

83. No obstante, no debe perderse la perspectiva global de la Carta. Esta estará integrada por declaraciones de diferente tipo; pero en la medida en que responden a una misma finalidad, es difícil determinar cual de ellas es la principal ya que todas coadyuvan al cumplimiento del mismo objetivo. Cuando no sea posible (atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto) determinar cual es el lugar principal de prestación de servicios, que represente la conexión más estrecha entre el litigio y el Tribunal competente, se deberá recurrir como solución final al foro general.

84. Téngase en cuenta que el art. 5.1 b) es aplicable, por lo que no habrá lugar al juego de la letra c) del mismo precepto que remitiría a la solución general de la letra a). Lo que ocurre en estos supuestos es que la posibilidad abierta por el art. 5.1 b) no conduce a un único Tribunal competente, razón por la que se excluye la apertura de un foro alternativo.

Esta solución será la más acorde con el principio de seguridad jurídica que, como recuerda la STJCE 19 febrero 2002 en el asunto *Bexis*, C-256/00, exige que las reglas de competencia que establecen excepciones al principio general, se interpreten de modo que permitan al demandado, normalmente informado, prever razonablemente cuál es el órgano jurisdiccional, distinto al del Estado de su domicilio ante el que pudiera ser demandado⁹³.

⁹¹ M. VIRGOS SORIANO y F.J GARCIMARTIN ALFÉREZ tef. nota anterior p. 144.

⁹² V. Sentencia asunto *Color Drack* ya citada.

⁹³ V. Apartado vigésimo sexto. En esta misma línea Sentencias del TJUE 28 septiembre 1999, *Gie Groupe Concorde y otros*, C-440/97 apartado vigésimo cuarto y Sentencia de 1 marzo 2005, *Owusu*, C- 281/02, ya citada, apartado cuarentésimo.

85. A salvo del examen que deberá hacer el Tribunal en el supuesto concreto, los supuestos fácticos planteados hacen muy difícil determinar cual es el lugar principal de la prestación del servicio. Si la suma de dinero hubiera sido prestada, la filial habría saldado sus deudas; pero también podría ocurrir que un mantenimiento de la participación en el capital de la patrocinadora, hubiera evitado un devenir financiero nefasto a su filial. De ser así, es imposible detectar cual es el lugar principal de la prestación de los servicios, por lo que la solución al problema de la competencia judicial internacional vendría de la mano del foro general.

5. Ley aplicable al presunto incumplimiento de un pacto de honor por la sociedad patrocinadora

86. Una vez determinada la competencia del Tribunal para conocer de la demanda, se ha de designar la ley aplicable al litigio y ésta será la que determine los efectos de la ruptura del pacto de honor y con ello, el destino final de la reclamación. Las Cartas de Patrocinio recepticias, reciben la calificación de «materia contractual», como ya se ha visto, de ahí que la solución a este último problema haya de buscarse en el Reglamento Roma I.

87. Es un Reglamento de aplicación universal, tal y como dispone su artículo 2⁹⁴, y a través de él se trata de conseguir que los Estados miembros designen la misma ley nacional, con independencia del país del Tribunal ante el que se haya planteado el litigio. Con ello se logra favorecer la previsibilidad del resultado de los litigios y se fomenta la seguridad, tal y como dispone el Considerando sexto de dicho Reglamento.

88. En defecto de clausula de elección de ley incorporada a la Carta, el Reglamento Roma I designa de manera directa la ley aplicable, cuando el supuesto puede ser subsumido en alguno de los contratos que se relacionan en el artículo 4.1. Es esa precisamente la solución que aquí interesa, pues la Carta de Patrocinio es atraída por la fuerza expansiva del concepto autónomo de contrato de prestación de servicios, que debe interpretarse del mismo modo que al aplicar Bruselas I, como así establece el considerando decimo séptimo de aquel Reglamento.

89. El artículo 4.1 b) dispone que el contrato de prestación de servicios se regirá por la ley del país donde el prestador del servicio tenga su residencia habitual. El concepto de residencia habitual que mantiene el Reglamento coincide, por lo demás, con el establecido en el Reglamento Roma II. El art. 19.1 establece que:

- «1. A efectos de este Reglamento, la residencia habitual de una sociedad, asociación o persona jurídica será el lugar de su administración central.
2. Cuando el contrato se celebre en el curso de las operaciones de una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento o si según el contrato, la prestación debe ser realizada por tal sucursal, agencia o establecimiento, se considerará residencia habitual, el lugar en el que dicha sucursal, agencia u otro establecimiento está situado.»

90. En todas las variadas configuraciones que las Cartas de Patrocinio puedan presentar, la residencia habitual del prestador del servicio siempre será la misma: la del país donde este situada la administración central de la patrocinadora, que es la encargada de proporcionar seguridad al receptor, esto es, de realizar la prestación del servicio estipulada en la Carta.

91. La manera de proporcionarla puede cambiar. Unas veces será a través de la inserción de declaraciones meramente informativas, como las que son objeto de los dos supuestos fácticos propuestos;

⁹⁴ la Ley designada por el presente Reglamento se aplicará incluso si tal ley es la de un Estado no contratante. Se aplica a los contratos celebrados a partir del 17 de diciembre de 2009 y lo aplican todos los Tribunales de los Estados miembros, salvo Dinamarca.

otras veces incluirá obligaciones concretas respecto de la filial, como ocurre en el último ejemplo; pero en todos y en cada uno de estos casos, sólo habrá un prestador del servicio que es la entidad patrocinadora⁹⁵.

92. Será la emisora la que tenga que mantener la participación en el capital de la sociedad filial, la que deba informar a la entidad financiera de cualquier modificación y la que, en su caso, prestará dinero a la patrocinada. La ley de su residencia habitual será la aplicable, es una ley cercana, previsible y su aplicación no resultará sorpresiva a las partes, ni difícil de determinar para el Tribunal competente.

93. Ahora bien, pudiera darse el caso de que esta norma, pese a las apreciaciones vertidas, condujera a la aplicación de una ley poco conectada con la Carta en determinadas circunstancias. Si esto ocurriera en un supuesto concreto, el propio Reglamento Roma I diseña un mecanismo de corrección, a través de la activación de la cláusula de excepción del artículo 4.3. «si del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos, con otro país distinto del indicado en los apartados 1 y 2, se aplicará la ley de ese otro país».

94. Como puede observarse, el tono de la redacción del precepto, no deja dudas a cerca de la excepcionalidad de la aplicación de esta cláusula. No será suficiente con que existan vínculos con otro país, sino que estos deben ser *manifiestamente más estrechos*. Pero además, del conjunto de circunstancias se debe desprender *claramente*, que el contrato presenta esos lazos más intensos.

95. Será difícil que en la práctica de la transacción internacional del crédito llegue a desplegar efectos ésta cláusula de escape. Los vínculos con la ley de la residencia del prestador de servicio siempre serán muy significativos. Por otro lado, atender a la circunstancia muy común de que el banco y la filial tengan su residencia habitual en el mismo Estado (diferente del de la sociedad madre) sería tanto como hacer de la excepción la regla general. En todo caso, el Tribunal deberá realizar un examen exhaustivo de las circunstancias del caso concreto y en los supuestos más frecuentes no habrá lugar a activar la cláusula de los vínculos más estrechos.

⁹⁵ Considerando decimo noveno del Reglamento Roma I.

Cuadro-resumen del Protocolo de actuación

Supuestos fácticos Pactos de honor - Cartas de Patrocinio:

Nº 1. C'est avec plaisir que nous avons appris que (décrire l'opération que la banque destinataire de la lettre projetée de mettre en oeuvre avec la filiale)

Pour autant que de besoin, nous vous confirmons que notre participation dans le capital de la société patronnée s'élève à ----% et que nous veillerons à, sans cependant nous y obliger juridiquement la maintenir à ce niveau.

La cession de tout ou partie de cette participation fera l'objet d'un avertissement à votre attention.

Nº 2. Por la presente asumimos que mientras que HERO ESPAÑA SA esté endeudada con ustedes, no venderemos ni dispondremos de ninguna otra forma de ningún capital social de HERO ESPAÑA SA y les confirmamos que si en algún momento tuviéramos la intención de cambiar nuestro accionariado en HERO ES-PAÑA SA les informáramos al respecto, si así lo solicitan, con el fin de que las facilidades de crédito pudieran darse por reembolsadas o renegociarse.

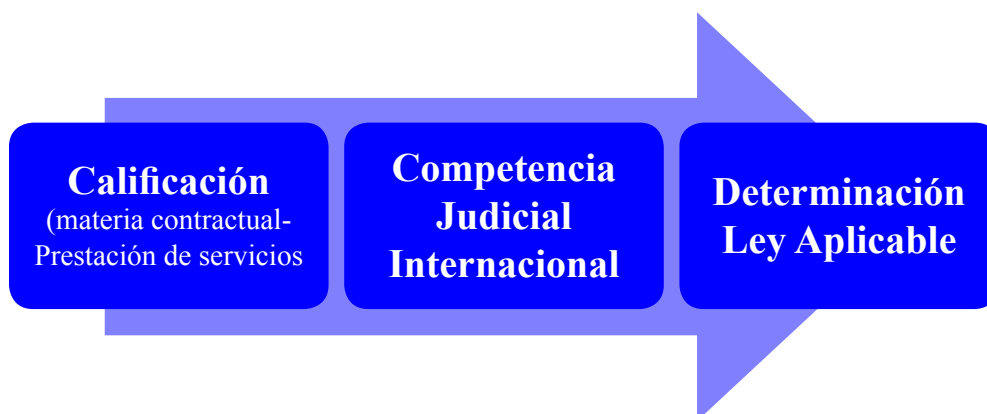
Accedemos y entendemos que su decisión de otorgar facilidades a HERO ESPAÑA SA está sujeta a la confianza que otorga esta carta.

Declaración de Patrocinio nº 3. «se pondrá a disposición de la sociedad patrocinada, en forma de préstamo, la suma de dinero que precisase»

Admisión de la demanda



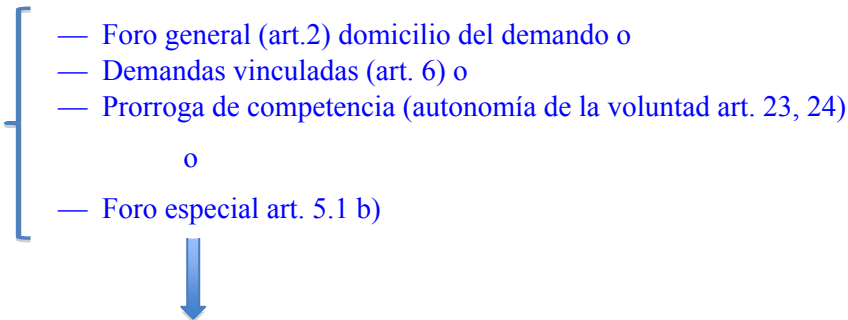
cumplimiento requisitos 403 y 247 LEC y art. 11 LOPJ



⊙ Calificación autónoma: «materia contractual»

Fundamento: jurisprudencia del TJUE

⊙ Determinación de la CJ: Reglamento Bruselas I



Tribunal del Estado miembro en que según el contrato hubiera sido o debieran ser prestados los servicios

- Modelos N° 1 y N° 2: mantenimiento del capital (información)



Tribunal del Estado de la entidad financiera

- Modelos N°1 y N° 2: Información de variaciones en la participación en el capital

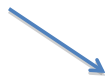


Tribunal del Estado de la Entidad financiera

- Declaración n° 3: Puesta a disposición de capital → Tribunal del Estado de la filial

*** Carta de patrocinio compleja y mixta ***

T. del lugar principal del servicio
supuesto más frecuente: Imposible concreción



Consecuencia: no juego del foro especial

⊙ Determinación de la Ley aplicable: Reglamento Roma I

Modelo 1, 2 y 3 → art 4. b)

Ley del país en el que el prestador (sociedad madre) tenga su residencia habitual

Determinación de los efectos materiales de la ruptura del Pacto de honor