



El Anteproyecto de Código Mercantil en sus previsiones sobre las cartas de patrocinio

Autor/a

José Carlos Espigares Huete

Profesor de Derecho Mercantil. Universidad Miguel Hernández.

**REVISTA LEX
MERCATORIA.**

Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación

RLM nº1 | Año 2016

Artículo nº 9

Páginas 43-49

revistalexmercatoria.umh.es

ISSN 2445-0936

Todo el mundo sabe lo que son las “cartas de patrocinio”: y nadie sabe lo que son. No se nos ocurre mejor fórmula para expresar una realidad ciertamente desconcertante. El caso es especialmente comprometido porque la relevancia práctica de tal desconcierto es muy significativa y con efectos que van más allá de nuestras fronteras [En cuanto al escenario económico internacional de las cartas de patrocinio, *Vid. Las cartas de patrocinio en los negocios internacionales. Estudio jurídico*, DIAGO DIAGO, Cizur

Menor, 2012]. La situación, cuando menos, es de una incertidumbre notable. Así me permití calificarla en un artículo publicado en 2010 [*Vid. «La incertidumbre sobre las cartas de patrocinio en la práctica financiera», RDM, núm. 275, enero-marzo, 2010, pp. 127-194*], motivado por el interés que generan y por los escasos pronunciamientos judiciales existentes hasta entonces sobre el particular.

Dos nuevas resoluciones han despertado mi interés por la cuestión pretérita (STS de

28 de julio de 2015, RJ\2015\4899 y STS de 26 de diciembre de 2014, RJ\2014\6828). El sentido de esas resoluciones es de suma relevancia. Las comentaré en breve en una contribución más extensa que la que propicia estas reflexiones. Lo cierto, en todo caso, es que su lectura y análisis ha acrecentado y renovado mi interés por esta figura; y, lo que se ajusta mejor a la rúbrica de estas líneas, mi interés por las previsiones del *Anteproyecto de Ley de Código Mercantil* sobre las cartas de patrocinio.

El sentido del Anteproyecto, a nuestro juicio, camina en dirección opuesta a la de las últimas resoluciones de nuestro TS en este ámbito. Realmente llama poderosamente la atención, y hasta cierto punto sorprende, el distinto y antitético posicionamiento. Parece razonable plantearse, por lo tanto, por qué no se produce en esta ocasión la sinergia. Vamos a intentar proporcionar alguna luz.

El *Anteproyecto de Ley del Código Mercantil*, de fecha 30/05/2014, dedica el artículo 578-6 a las *cartas de patrocinio*. Comencemos por realizar tres consideraciones de extraordinario interés, aunque pueda resultar una obviedad:

- a) Se opta, en primer lugar, por proporcionar tipicidad legal a las cartas de patrocinio;
- b) La regulación, en segundo lugar, se condensa en un solo precepto;
- c) Y, en tercer lugar, la tipicidad legal se incardina en la Sección 1ª del Capítulo VII de su Libro Quinto; es decir, bajo las rúbricas “*Del contrato de fianza o aval*” (Sección 1ª), “*De los contratos de garantía*” (Capítulo

VII) y “*De los contratos mercantiles en particular*” (Libro Quinto).

La ubicación sistemática de esta regulación ya es sintomática del problema propio de las cartas de patrocinio. La fuerza atractiva de la fianza, como garantía personal por excelencia en Derecho español - y frente a otras figuras atípicas-, encuentra consagración legal en la propia ubicación de la carta en examen. Las cartas de patrocinio, bajo la rúbrica “*Del contrato de fianza o aval*”, se regulan inmediatamente después de la *fianza mercantil* - en particular, después de determinados preceptos relativos a la *mercantilidad* de la fianza (art.578-1), su *constitución* (art.578 -2), *solidaridad* (art. 578-3) y *derechos del fiador* (art. 578-4) -, así como de la *fianza a primer requerimiento* (art.578-5). Únicamente se excluyen de las disposiciones de este capítulo los *acuerdos de garantía financiera*, pues se considera idóneo que sigan regulándose por su legislación específica.

La ubicación descrita evidencia una tendencia. **La sugerencia del Anteproyecto es clara, porque todo parece indicar que no será fácil entender las cartas de patrocinio desvinculadas de la fianza.** Pero vamos ahora al precepto regulador en cuestión:

*Artículo 578-6. Cartas de patrocinio. El emisor de manifestaciones de patrocinio, de conformidad o de garantía, **asumirá iguales obligaciones que un fiador** por dicha manifestación cuando la vinculación obligacional la hubiese asumido de modo claro e indubitado, con expresiones vertidas que sean determinantes para la conclusión de la operación o actividad garantizada y con la intención de obligarse a prestar*

apoyo financiero o contraer deberes positivos de cooperación.

Lo primero que salta a la vista es la confirmación de la tendencia *fideusoria* indicada (que la propia ubicación sistemática, como hemos visto, sugiere). El emisor de una carta de patrocinio, en consecuencia, podrá asumir iguales obligaciones que un fiador. Y no será ya por una *interpretación* judicial de la voluntad de las partes, más o menos *usual*, sino por una interpretación legal o *auténtica*. Esta interpretación no es auténtica por ser la única vez, sino sólo por ser la proporcionada por el legislador (*interpretatio legis*). Bien es cierto, en cualquier hipótesis, que la redacción del precepto no cierra completamente paso a una interpretación de la voluntad de las partes que concluya la inexistencia de una fianza en el caso concreto. Pero ciertamente la limita considerablemente.

El tenor del art. 578-6, en todo caso, deja sentir una particular sensibilidad en torno al problema de las cartas de patrocinio. Esta sensibilidad es la de ver en las cartas de patrocinio *preferentemente* una fianza. Permítasenos este exceso, pero parece que la redacción sugiere una regla general y una excepción. Algo así como decir que las cartas de patrocinio serán como regla general una fianza y que sólo excepcionalmente no lo serán. Es verdad que esta manera de juzgar la redacción del precepto puede rebatirse fácilmente, porque la condición de fianza (o, si se quiere, la asunción de *iguales obligaciones que un fiador*) se supedita legalmente, en realidad, a la concurrencia de determinados presupuestos que se formulan.

Aunque **compárese el tenor del Anteproyecto con el anterior de la Propuesta de Código Mercantil, de fecha 17/06/2013.** La

ubicación sistemática es la misma, pero no la redacción del precepto propuesto.

*Artículo 578-11. Las cartas de patrocinio. El emisor de manifestaciones de patrocinio, de conformidad o de garantía, en términos simples, **no contrae obligación como fiador por dicha mera manifestación, salvo que la hubiese asumido de modo claro e indubitado.***

Cualquier lector algo pertrechado advierte que en esta formulación las cartas de patrocinio no serán como regla general una fianza. La excepción, sugiere este tenor, es su valor *fideusorio*. El planteamiento es contrario, por lo tanto – y al menos en apariencia-, al tenor del *Anteproyecto*.

Habría que preguntarse cuál es la razón de este distinto posicionamiento en el *Anteproyecto*. Esto aunque sólo fuese su intención una toma de posición en la forma (no tanto, quizás, en el fondo). Y la razón última, a nuestro juicio, ya la hemos referido más arriba: nadie sabe lo que son las cartas de patrocinio; o mejor aún, nadie sabe si las cartas de patrocinio son, o no, una fianza.

Lo que resulta indudable es que el *Anteproyecto* proporciona a las cartas de patrocinio una naturaleza idéntica a la fianza en todos los casos en que:

Primero.- La manifestación de patrocinio, sea de conformidad o de garantía, suponga asumir de *modo claro e indubitado* tal obligación como fiador.

Segundo.- Se entenderá que así lo hace cuando las expresiones vertidas en la carta hayan sido *determinantes* para la conclusión de la operación o actividad garantizada.

Tercero.- Y, además, concurra la *intención de obligarse a prestar apoyo financiero o contraer deberes positivos de cooperación*.

Imaginemos, en este estado de la cuestión, que se emite una carta de patrocinio con esta literalidad:

"Muy señores nuestros:

*Por la presente les confirmamos que tenemos conocimiento de la operación de descuento que por importe nominal de (x) Euros van ustedes a formalizar con D.H.O. el presente día. Les confirmamos que somos accionistas de esta sociedad y **somos conocedores de que la citada operación se ha concedido en base a nuestra participación en la misma.***

*Así mismo les confirmamos que, en base a las relaciones que mantenemos con dicha compañía, **nos comprometemos frente a ustedes a realizar nuestros mejores esfuerzos, incluido el apoyo financiero, para que D.H.O. cumpla en todo momento sus compromisos con ustedes, y en especial los adquiridos por la citada operación de descuento, con objeto de que ustedes no tengan ningún perjuicio.***

El presente compromiso permanecerá en vigor en tanto subsistan responsabilidades derivadas de la citada operación de descuento que ustedes formalicen con D.H.O".

El tenor del art. 578-11, de no tratarse de un Anteproyecto, no ofrecería dudas en cuanto a la oportunidad y necesidad de calificar la obligación asumida por el emisor como

una fianza. ¿Alguien lo dudaría? La interpretación auténtica del precepto se impondría sin admitir interpretaciones más o menos veraces. Fundamentalmente porque concurren en el supuesto todos y cada uno de los requisitos exigibles conforme al art. 578-11 proyectado.

Y es aquí donde queríamos llegar. Esta carta es precisamente la que se enjuicia en la **STS de 28 de julio de 2015**. Pero **nada tiene que ver la interpretación del Tribunal con la interpretatio legis propugnada en el Anteproyecto**. Una carta con esta literalidad, para el TS, no es una fianza. La conclusión se impone necesariamente: **las soluciones son antitéticas y, sin duda, confirman el desconcierto anunciado**.

No es una novedad, en todo caso, que el TS considere que conceptualmente la carta de patrocinio no pueda quedar embebida o ser reconducida al contrato de fianza o a una mera aplicación analógica de la misma. Se trata, refiere, de una modalidad de garantía personal con personalidad propia y diferenciada. **Sí es llamativo, en cambio, el especial desafecto hacia la fianza que dialécticamente el TS manifiesta en esta sentencia**. Sobre todo, como hemos visto, teniendo en cuenta el tenor literal de la carta emitida: ¡Y los términos del fallo que confirma!, que indican todo lo contrario. Lo que se produce en el caso particular es, realmente, la denominada conversión *fideusoria* en caso de concurso del patrocinado propia de la doctrina alemana y de la que dio oportuna cuenta CARRASCO PERERA) [«Una conversión en obligación fideusoria. Este es un pensamiento arraigado en la doctrina alemana, que parte de la extinción sobrevenida, debido al concurso, de la obligación de apoyo financiero a la filial». Aunque este proceder no le parece posible si no se desprende del tenor de la carta: «creo que no existen términos hábiles para sostener esta mutación de la obligación primigenia en deuda directa frente al acreedor, si no se deriva del propio tenor

de la carta (...) No creo que una interpretación integradora de la carta sea suficiente para dar por implícitamente aceptada entre las partes esta mutación». Recomienda pues, en interés del acreedor, prever en la carta esta novación subjetivamente condicionada al hecho del concurso. *Vid.* CARRASCO PERERA, «Comentario a la sentencia TS de 30 de junio de 2005», *CCJC*, mayo-septiembre 2006, p.913; «Cartas de patrocinio y garantías independientes en el concurso», *RCP*, núm.4/2006, pp.104 y 105].

El TS, en el supuesto de la *STS de 28 de julio de 2015*, acoge precisamente esta conversión en obligación *fideusoria*. Lo que sucede es que lo hace ahora veladamente y bajo el artificio de considerar que la obligación asumida por el patrocinador es “*una obligación de indemnidad patrimonial respecto del buen fin o resultado de la operación financiera proyectada a cargo del acreedor*”: ¡No es una fianza, ni procede invocar los preceptos de la fianza, *pero resuelvo como una fianza sólo a los efectos que me interesan!* ¡La obligación original, como consecuencia del concurso, se convierte en una deuda directa frente al acreedor! Cualquier estudioso que se aproxime a la resolución se sorprende en este punto. Son de sumo interés, en este sentido, los términos del reproche del TS a la parte recurrente: que, a su juicio, « (...) basa su fundamentación técnica en una incorrecta asimilación conceptual de la carta de patrocinio con el contrato de fianza, pretendiendo una aplicación analógica y directa del régimen de esta figura (...) que resulta improcedente con la naturaleza y función negocial de la carta de patrocinio». Refiere, además, que no hay « (...) previsión alguna de las partes respecto de la aplicación del régimen legal de la fianza en relación al compromiso obligacional alcanzado o proyectado en la misma».

Cuerpo de doctrina fundamental, y antitético hasta extremos insospechados

con la tipicidad proyectada en el Anteproyecto, es el siguiente:

« (...) En efecto, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial de esta Sala en orden a la atipicidad contractual y disciplina normativa aplicable, expuesta en la sentencia de 24 de octubre de 2014 (núm. 613/2014), la tipicidad básica de la denominada carta de patrocinio responde a tres criterios de interpretación, claramente concatenados. El primero, relativo a su función negocial, da cuenta de su carácter instrumental respecto de un negocio principal (operación financiera de que se trate) al que acompaña o sirve como una modalidad de garantía personal dentro del marco general de estas garantías. Correlativamente, el segundo criterio, ya en el plano de la normativa o régimen aplicable, concreta que esta función de garantía personal que caracteriza a la carta de patrocinio **no se realiza como una proyección o suerte de contrato de fianza sino como una modalidad de garantía personal que, precisamente, excluye la tipicidad y régimen que se deriva de esta figura, de ahí que conceptualmente la carta de patrocinio no pueda quedar embebida o ser reconducida al contrato de fianza o a una mera aplicación analógica de la misma, pues conforme a su tipicidad básica se trata de una modalidad de garantía personal con personalidad propia y diferenciada** (*STS de 30 de junio de 2005*). En consecuencia, tercer criterio de interpretación, el contenido obligatorio que se establece en la relación jurídica entre el patrocinador y el acreedor resulta claramente especializado respecto del contenido típico que regula esta misma relación en el contrato de fianza. En efecto, en primer término, porque el patrocinador no viene obligado a ejecutar a favor del acreedor una prestación idéntica a aquélla que adeuda el deudor principal o patrocinado, por la operación financiera llevada a cabo, sino otra de distinta naturaleza

y contenido, esto es, una obligación de indemnidad patrimonial respecto del buen fin o resultado de la operación financiera proyectada a cargo del acreedor. En segundo término, porque este cambio en el objeto u obligación garantizada también comporta una clara modificación del régimen típico que en la fianza regula la extensión y alcance de la obligación del fiador desde sus notas de accesibilidad y subsidiariedad; de forma que al patrocinador, en principio, tampoco le resulta aplicable este contenido obligacional expresamente previsto para el contrato de fianza, particularmente, en relación a la extensión máxima de la obligación del fiador y la reclamación legal del exceso, dado que el compromiso indemnizatorio asumido puede ser mayor que la prestación programada, a la aplicación legal del llamado beneficio de excusión a favor del fiador, o a las propias excepciones oponibles al acreedor.

En definitiva, del análisis de la tipicidad básica que subyace en la función negocial de esta práctica, y **de su naturaleza o autonomía en el marco de las garantías personales, no se infiere, salvo pacto expreso de las partes al respecto, que resulte de aplicación el régimen legal previsto para el fiador en el contrato de fianza».**

¿Cuál es nuestra opinión?

Es claro que la solución del TS y la solución proyectada en el *Anteproyecto* son divergentes. Más aún si tenemos en cuenta la falta de uniformidad en la doctrina formulada por el TS en resoluciones anteriores (sobre todo en el sentido de predicar efectos distintos para idénticas declaraciones) [Advierte SÁNCHEZ-CALERO que «las cartas de patrocinio plantean siempre, también en casación, un problema de interpretación contractual» y la peculiaridad del tratamiento jurisprudencial de las mismas reside

también en este aspecto: « (...) el Tribunal Supremo en casi todos los casos tiene que adentrarse en un ámbito de revisión del que repetidamente se ha afirmado su incompatibilidad con el recurso casacional». De este modo, que se alegue por la partes que la interpretación contractual merecida por la carta de patrocinio en cuestión no es la adecuada plantea «una situación cuestionable si se pone en relación con los asentados principios que en materia de casación nos señalan que la interpretación contractual es facultad privativa y exclusiva de los Tribunales de Instancia, sin que la mera alegación de las alegaciones de las infracciones de los preceptos dedicados a la interpretación contractual sea suficiente para sustentar un motivo en este ámbito casacional, debiendo acompañarse de una adecuada y suficiente explicación de en qué ha consistido la interpretación errónea que se denuncia. *En materia de declaraciones de patrocinio, el error se concentra en la cuestión de la eficaz obligación de las mismas*». Vid. «De nuevo, el valor obligacional de las cartas de patrocinio», *RDBB*, núm. 106/ Abril-Junio 2007, pp. .179 y 180.]

Por lo que se refiere a la última de estas sentencias, la STS de *28 de julio de 2015*, puede afirmarse que es sólo coincidente con el *anteproyecto* en un determinado extremo no exento de interés: en el de proporcionar a la carta emitida, finalmente, el trato no declarado de una fianza. Lo que no es admisible es que lo haga veladamente y sin declararlo expresamente. Es más: lo hace, como hemos visto, negando en cualquier caso que el emisor de la carta asuma iguales obligaciones que un fiador. El TS la considera *carta fuerte*, pero de esta calificación estima que no se deriva la obligación de responder en calidad de fiador. No sé si el TS pretende convertir las cartas de patrocinio en garantías autónomas o independientes, pero es lo que nos faltaba por ver en este panorama de incertidumbres. Y eso parece. Lo que no creemos, desde luego, es que sea esa la voluntad efectiva del emisor de la carta de patrocinio. Otra cosa, bien distinta, es que pueda ser conveniente para una mejor y

más justa resolución del litigio particular. Pero la interpretación de la voluntad de las partes, a nuestro juicio, no puede ser forzada hasta ese extremo. Si es así, y este fuese el camino que nos espera, preferimos sin dudarle un texto como el del *Anteproyecto* u otro cualquiera que en esa línea se proponga. Esto en el bien entendido de que la cuestión de las cartas de patrocinio puede ser irresoluble y que pretender su tipicidad puede convertirse en su propia sentencia de muerte.

La solución final puede venir determinada, siendo así las cosas - y en la práctica-, **por un cierto sentir común de vuelta a los orígenes en los emisores de tales cartas. Vuelta al origen que podría concretarse en la sola subsistencia de la figura en su versión de las denominadas cartas débiles**; esto es, el deseo de los “patrocinadores” de considerar estas cartas como mero pacto entre caballeros, *gentlement agreement*, **generador de un solo vínculo de orden moral**. Advertidos están los habituales emisores de tales cartas. Más les vale que comiencen a eliminar expresiones incómodas que presupongan su carácter completamente determinante para la conclusión de la operación. Olvídense, también, de expresiones claras por las que se obliguen a prestar apoyo financiero o contraer deberes positivos de cooperación. **Las posibilidades del lenguaje, como saben, son inmensas. Y no les conviene perder el tiempo si lo que pretenden con estas cartas es dar a entender algo bien distinto de lo que eventualmente está interpretando nuestro TS o de lo que propone ahora nuestro legislador**. El grado de compromiso que adquieren, en ambos casos, puede desbordar sus previsiones apuntando serios problemas de solvencia futura [La evolución doctrinal sobre el discutido valor jurídico de las cartas de patrocinio, con destacadas referencias a esta evolución en Derecho comparado, puede verse con detalle en

FUENTES NAHARRO. *Vid.* «Cartas de patrocinio: algunas reflexiones sobre la construcción jurisprudencial del fenómeno», *RDBB*, Abril-junio 2008, pp.61 y ss. La jurisprudencia y doctrina anglosajona nos permite dibujar una línea que iría desde la consideración de tales cartas como mero pacto entre caballeros, a la afirmación cada vez mayor de su juridicidad. Y esto, como expone FUENTES NAHARRO, frente al peso de la tradición: «Y aunque el peso de la tradición, tendente a negar cualquier efecto jurídico al fenómeno del patrocinio en general, sigue condicionando fuertemente muchas actitudes de autores y jueces del mundo anglosajón –e incluso de otros países más cercanos al nuestro, lo cierto es que la mayor parte de la doctrina europea ha evolucionado hasta posturas justamente contrarias, predicándose hoy en día de forma prácticamente unánime la juridicidad de todas o, cuando menos, de algunas cartas de patrocinio». Abundantes y significativos detalles sobre esta evolución también los encontramos en DE CASTRO MARTÍN, *Las cartas de patrocinio*, Madrid, 1991, pp.78 y ss. y SUÁREZ GONZÁLEZ, *Las declaraciones de patrocinio*, Madrid, 1994, pp. 44 y ss].