

UNIVERSIDAD DE DEUSTO

FACULTAD DE DERECHO

LAS CARTAS DE PATROCINIO

CONTRIBUCION AL ESTUDIO DE SU  
REGIMEN JURIDICO

TESIS PRESENTADA POR  
CARLOS SUAREZ GONZALEZ

DIRECTOR DE LA TESIS  
D. JOSE MIGUEL EMBID IRUJO

# INDICE

## I N D I C E

|                                                                                                                    | <u>Págs</u> |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------|
| ABREVIATURAS .....                                                                                                 | 8           |
| PRESENTACION .....                                                                                                 | 11          |
| CAPITULO PRIMERO . GENERALIDADES .....                                                                             | 15          |
| I. LAS DECLARACIONES DE INTENCION                                                                                  |             |
| 1) CONCEPTO .....                                                                                                  | 16          |
| 2) ESPECIES .....                                                                                                  | 18          |
| 3) NATURALEZA JURIDICA .....                                                                                       | 20          |
| a) Declaración de intención y precontrato .....                                                                    | 20          |
| b) Declaración de intención y tratos precontractuales ....                                                         | 22          |
| II LAS DECLARACIONES DE PATROCINIO.                                                                                |             |
| 1) INTRODUCCION .....                                                                                              | 26          |
| 2) TERMINOLOGIA .....                                                                                              | 27          |
| 3) FUNCION ECONOMICA .....                                                                                         | 29          |
| 4) TIPOLOGIA .....                                                                                                 | 36          |
| a) Planteamiento .....                                                                                             | 36          |
| b) Supuestos reales de declaración de patrocinio .....                                                             | 36          |
| c) Declaraciones de conocimiento de la operación .....                                                             | 44          |
| d) Declaraciones de participación .....                                                                            | 46          |
| e) Declaracion de mantenimiento de la participación .....                                                          | 47          |
| f) Declaraciones de política general o comportamiento<br>con las sociedades filiales ("policy") .....              | 48          |
| g) Declaraciones relativas a la situación de la filial en<br>orden al cumplimiento de sus compromisos crediticios. | 49          |
| h) Declaraciones de mantenimiento de la solvencia .....                                                            | 50          |
| i) Declaraciones de mantenimiento del capital y/o patrimonio.                                                      | 61          |

|                                                                                                                         | <u>Págs</u> |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------|
| j) Declaraciones de cumplimiento .....                                                                                  | 52          |
| NOTAS .....                                                                                                             | 53          |
| <br>                                                                                                                    |             |
| CAPITULO SEGUNDO .- CARACTER JURIDICO O EXTRAJURIDICO DE LAS<br>DECLARACIONES DE PATROCINIO. ....                       | 69          |
| <br>                                                                                                                    |             |
| I) PLANTEAMIENTO GENERAL .....                                                                                          | 70          |
| <br>                                                                                                                    |             |
| II) DERECHO COMPARADO .....                                                                                             | 71          |
| 1) Estados Unidos .....                                                                                                 | 71          |
| 2) Alemania .....                                                                                                       | 74          |
| 3) Italia .....                                                                                                         | 78          |
| 4) Francia-Bélgica .....                                                                                                | 82          |
| 5) Doctrina y jurisprudencia españolas .....                                                                            | 84          |
| <br>                                                                                                                    |             |
| III) NORMAS MORALES, NORMAS O USOS SOCIALES, NORMAS JURIDICAS.<br>LA CONCURRENCIA DE DISTINTOS ORDENES NORMATIVOS ..... | 87          |
| <br>                                                                                                                    |             |
| IV) LA POSIBILIDAD DE EXCLUSION DE LA JURIDICIDAD .....                                                                 | 90          |
| V) PRESUNCION DE JURIDICIDAD .....                                                                                      | 97          |
| VI) LA OBLIGACION NATURAL Y LAS DECLARACIONES DE PATROCINIO .....                                                       | 102         |
| VII) LA INTERPRETACION .....                                                                                            | 106         |
| NOTAS .....                                                                                                             | 116         |
| <br>                                                                                                                    |             |
| CAPITULO TERCERO.- NATURALEZA Y EFECTOS DE LOS DISTINTOS TIPOS DE<br>DECLARACIONES .....                                | 127         |
| <br>                                                                                                                    |             |
| I) INTRODUCCION .....                                                                                                   | 129         |
| A) ESTUDIO GENERAL DE LAS FORMAS TIPICAS DE GARANTIA .....                                                              | 129         |



|                                                                                                  | <u>Págs</u> |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------|
| B) ESTUDIO DE ALGUNAS FORMAS DE GARANTIA TIPICAS .....                                           | 134         |
| 1) La fianza .....                                                                               | 134         |
| 2) Garantía a primer requerimiento .....                                                         | 136         |
| 3) Intercesión cumulativa o de refuerzo .....                                                    | 138         |
| 4) Promesa del hecho ajeno .....                                                                 | 140         |
| 5) Mandato de crédito .....                                                                      | 143         |
| II) ESTUDIO DE LOS DISTINTOS TIPOS DE DECLARACION .....                                          | 145         |
| A) DECLARACIONES DE CONOCIMIENTO .....                                                           | 145         |
| 1) Declaraciones de conocimiento simple .....                                                    | 145         |
| 2) Declaraciones de conocimiento y aprobación .....                                              | 148         |
| 3) Declaraciones de conocimiento como elemento determinante<br>de la concesión del crédito ..... | 151         |
| B) DECLARACIONES DE PARTICIPACION .....                                                          | 156         |
| C) DECLARACIONES DE MANTENIMIENTO DE LA PARTICIPACION .....                                      | 161         |
| 1) Declaraciones de mantenimiento simple .....                                                   | 162         |
| 2) Declaraciones de mantenimiento con preaviso .....                                             | 165         |
| 3) Declaraciones de mantenimiento con acuerdo sustitutivo ...                                    | 170         |
| a) Con obligación de concertar o consultar .....                                                 | 171         |
| b) Con obligación de emitir una garantía .....                                                   | 172         |
| c) Con acuerdo de la entidad financiera .....                                                    | 178         |
| d) Con compromiso de liquidar o "apurar" las deudas de la<br>filial .....                        | 182         |
| D) DECLARACIONES DE POLITICA GENERAL ("POLICY") .....                                            | 183         |
| E) DECLARACIONES RELATIVAS A LA SITUACION DE LA FILIAL EN ORDEN<br>AL CUMPLIMIENTO .....         | 191         |
| 1) Obligaciones de medios y obligaciones de resultado .....                                      | 191         |
| 2) Declaración de situación de la filial en órden al<br>cumplimiento .....                       | 194         |
| F) DECLARACIONES DE MANTENIMIENTO DE LA SOLVENCIA .....                                          | 217         |
| G) DECLARACIONES DE MANTENIMIENTO DEL CAPITAL Y/O PATRIMONIO ..                                  | 229         |
| H) DECLARACIONES DE CUMPLIMIENTO .....                                                           | 234         |
| NOTAS .....                                                                                      | 258         |

|                                                                                                                                                                          | <u>Págs.</u> |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------|
| CAPITULO CUARTO .- DECLARACIONES DE PATROCINIO Y GRUPO DE SOCIEDADES.                                                                                                    | 278          |
| I) INTRODUCCION .....                                                                                                                                                    | 279          |
| A) LAS DISTINTAS CONCEPCIONES DEL GRUPO DE SOCIEDADES.....                                                                                                               | 281          |
| B) LA CONCEPCION DINAMICA DEL GRUPO .....                                                                                                                                | 283          |
| 1) Control de la sociedad .....                                                                                                                                          | 284          |
| 2) La situación de dependencia .....                                                                                                                                     | 286          |
| 3) El grupo de sociedades .....                                                                                                                                          | 289          |
| II) DECLARACION DE PATROCINIO Y SOCIEDADES LIGADAS .....                                                                                                                 | 291          |
| A) RELACION ESENCIAL .....                                                                                                                                               | 291          |
| B) UTILIDAD DE LAS DECLARACIONES DE PATROCINIO .....                                                                                                                     | 296          |
| NOTAS .....                                                                                                                                                              | 303          |
| <br>CAPITULO QUINTO .-                                                                                                                                                   |              |
| I) DECLARACIONES DE PATROCINIO Y DERECHO COMUN DE SOCIEDADES ....                                                                                                        | 314          |
| A) INTRODUCCION .....                                                                                                                                                    | 314          |
| 1) Validez de la emisión de la declaración de patrocinio ...                                                                                                             | 315          |
| 2) Organos sociales que pueden acordar la emisión de la<br>declaracion de patrocinio y organos sociales que pueden re-<br>presentar a la sociedad en dicha emisión ..... | 317          |
| 3) Validez de la declaracion de patrocinio que implica limites a<br>la disposición de las acciones o que obliga a votar en -<br>un determinado sentido .....             | 319          |
| II) DECLARACIONES DE PATROCINIO Y DERECHO CONTABLE .....                                                                                                                 | 322          |
| 1) Premisas .....                                                                                                                                                        | 322          |
| 2) Normas comunitarias y estatales .....                                                                                                                                 | 323          |
| 3) Conclusiones .....                                                                                                                                                    | 326          |
| NOTAS .....                                                                                                                                                              | 328          |

|                                                                                                             | <u>Págs.</u> |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------|
| CAPITULO SEXTO .-                                                                                           |              |
| ASPECTOS INTERNACIONALES DE LAS DECLARACIONES DE PATROCINIO .....                                           |              |
|                                                                                                             | 335          |
| I) CUESTIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. ....                                                        | 335          |
| 1) Conflictos de jurisdicción .....                                                                         | 336          |
| 2) Legislación aplicable .....                                                                              | 340          |
| a) Cuestiones generales .....                                                                               | 340          |
| b) Normas de conflicto en el Derecho Español .....                                                          | 344          |
| c) El Convenio de Roma de 19 de Junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales ..... | 347          |
| II) CONTROL DE CAMBIOS. ....                                                                                | 350          |
| 1) Generalidades .....                                                                                      | 350          |
| 2) Normativa aplicable .....                                                                                | 351          |
| 3) La aplicación a las distintas declaraciones de patrocinio. ....                                          | 355          |
| NOTAS .....                                                                                                 | 359          |
| CONCLUSIONES .....                                                                                          | 365          |
| BIBLIOGRAFIA ESPECIFICA DE LAS DECLARACIONES DE PATROCINIO .....                                            | 400          |
| BIBLIOGRAFIA GENERAL .....                                                                                  | 411          |

# ABREVIATURAS

## ABREVIATURAS

|          |                                                                                                |
|----------|------------------------------------------------------------------------------------------------|
| AAVV     | Autores varios (Obra colectiva).                                                               |
| ADC      | Anuario de Derecho Civil.                                                                      |
| AF       | Actualidad financiera.                                                                         |
| AJCL     | The American Journal of Comparative Law.                                                       |
| AktG     | Aktiengesetz de 6-9-1965.                                                                      |
| BBTC     | Banca, Borsa e Titoli di credito.                                                              |
| CAE      | Cuadernos Aragoneses de Economía.                                                              |
| CC       | Código Civil.                                                                                  |
| CCJC     | Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil.                                                     |
| C. de C. | Código de Comercio.                                                                            |
| CEE      | Comunidad Económica Europea.                                                                   |
| CLN      | Centenario Ley del Notariado. Publicado en<br>varios volúmenes con motivo de dicho centenario. |
| DCI      | Diritto del Commercio Internazionale.                                                          |
| D. de I. | Diritto dell'impresa.                                                                          |
| DDP      | Dizionari de diritto privato.                                                                  |
| DPCI     | Droit et pratique du commerce international.                                                   |
| Feduci   | Fondation pour l'estude du droit et des usages<br>du commerce international.                   |
| FLR      | Financial Law Revue.                                                                           |
| GJCEE    | Gaceta Jurídica de la Comunidad Económica<br>Europea.                                          |
| GVCi     | Gazeta Valutaria e del Commercio Intrnazionale                                                 |
| IBL      | International Business Lawyer.                                                                 |
| LCS      | Ley de Contrato de Seguro.                                                                     |
| LEC      | Ley de Enjuiciamiento Civil.                                                                   |
| LMV      | Ley de Mercado de Valores.                                                                     |

|                |                                                                                                  |
|----------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------|
| LOPJ           | Ley Orgánica del Poder Judicial.                                                                 |
| LSA            | Ley de Sociedades Anónimas.                                                                      |
| NEFCGMF        | Nuevas Entidades, Figuras Contractuales y Garantías en el Mercado Financiero. (Obras Colectiva). |
| NNDI           | Novissimo Digesto Italiano.                                                                      |
| DPA            | Oferta Pública de Adquisición.                                                                   |
| RDBB           | Revista de Derecho Bancario y Bursátil.                                                          |
| Rabels Z       | Rabels Zeitschrift.                                                                              |
| RCASV          | Revista del Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya.                                          |
| RCDI           | Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.                                                         |
| RCDP           | Rivista Critica de Diritto Privato.                                                              |
| RDC            | Rivista del Diritto Commerciale.                                                                 |
| RDESC          | Reforma del Derecho Español de Sociedades de Capital (Obra Colectiva).                           |
| RDEV           | Rivista de diritto economico e valutario.                                                        |
| RDJ            | Revista de Derecho Judicial.                                                                     |
| RDN            | Revista de Derecho Notarial.                                                                     |
| RDP            | Revista de Derecho Privado.                                                                      |
| RGD            | Revista General de Derecho.                                                                      |
| RGLJ           | Revista General de Legislación y Jurisprudencia.                                                 |
| Riv. Dir. Civ. | Rivista di Diritto Civile.                                                                       |
| Riv. Soc.      | Rivista delle Società.                                                                           |
| RJC            | Revista Jurídica de Cataluña.                                                                    |
| RPCAG          | Revista Profesional del Colegio de Abogados de Granada.                                          |
| RFDUC          | Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense.                                 |
| RTDPC          | Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura - Civil.                                              |
| STS            | Sentencia del Tribunal Supremo.                                                                  |
| ZGR            | Zeitschrift für Unternehmens und Gesellschaftsrecht.                                             |

ZSR/RDS

Zeitschrift für Schweizerisches Recht/Revue -  
de Droit Suisse.

ZSS

Zeitschrift der Savigny-Stiftung für  
Rechtsgeschichte; Romanistische Abteilung.

# PRESENTACION



### PRESENTACION

Han sido varias las razones por las cuales la denominada declaración de patrocinio ha sido elegida por mí como tema de este trabajo.

La principal, sin duda, es que, de un lado, el tema es suficientemente circunscrito para permitir incluso en mis escasas fuerzas intelectuales, su abarcabilidad, y, sin embargo, plantea problemas relativos a varias disciplinas jurídicas.

En efecto, además de cuestiones de Derecho Fiscal, Contable, Valutario, Internacional Privado, etc. plantea problemas relativos al Derecho Civil, tanto por lo que respecta al principio de buena fe, como al derecho de obligaciones, y muy especialmente a los contratos de garantía en su más amplio sentido. Pero también, de una manera muy intensa, afecta al Derecho Mercantil, dentro del derecho de sociedades, y de forma muy particular al problema de la relación jurídica de los denominados grupos de sociedades.

Esto es, la carta de patrocinio puede ser contemplada de muy diversos puntos de vista y, dentro de un tema concreto plantea, por tanto, un gran abanico de problemas jurídicos.

Por otro lado, tiene también una muy importante vertiente práctica, pues este tipo de declaraciones aparecidas primero en la práctica bancaria anglosajona y después en la Europa Continental, se utilizan de forma creciente en la práctica bancaria española, y, probablemente su difusión será mayor todavía en el futuro, con lo que los problemas teóricos antes apuntados están también ceñidos a la

realidad práctica.

El tema a partir del año 1984 ha sido objeto de atención entre nosotros por algunos autores, y este trabajo pretende, partiendo de lo ya escrito, con una visión amplia, que pueda ser utilizado, cuando menos, como gufa o inicio para futuros trabajos más completos y profundos que el presente.

El plan seguido en el trabajo es el siguiente :

En primer término, se coloca la institución en el marco de otra, a nuestro entender más amplia y con la que guarda innegable parentesco; las llamadas declaraciones de intención.

A continuación, pasamos a elaborar el concepto de la institución, destacando también problemas atinentes a su terminología, que, como veremos es extraordinariamente variada y también a la función económica que desempeña y que justifica, su existencia. A continuación se trata de describir, más que la clasificación, entre las diversas que ha planteado la doctrina, la variada tipología de la institución, la cual, tiene, sin duda alguna, decisivas consecuencias en torno a su naturaleza jurídica y efectos.

Con carácter previo al examen de los problemas jurídicos concretos que se plantean, parece oportuno hacer una justificación acerca de su pertenencia o no al mundo jurídico, pues pudiera pensarse que la institución contemplada es extraña a ese mundo y pertenece de forma exclusiva al de las normas o usos sociales.

A continuación entramos en el estudio de la naturaleza jurídica de las declaraciones de patrocinio, contemplada en primer término desde el derecho de obligaciones, y para ello, y como previo, se hace referencia a aquellas figuras jurídicas con las que guarda relación o afinidad. A partir de dicha referencia, se trata de

averiguar la naturaleza jurídica y los efectos de los distintos tipos de declaraciones de patrocinio, dedicando especial atención a la interpretación de tales declaraciones.

A continuación, la naturaleza jurídica es contemplada desde otra vertiente, concretamente desde el punto de vista de la regulación de los llamados grupos de sociedades.

Más tarde, se examina la declaración de patrocinio en relación con el derecho común de sociedades y en relación con el derecho contable.

Y por último, se hace una referencia a los aspectos internacionales de la declaración de patrocinio, así como a la normativa de control de cambios.

CAPITULO PRIMERO

- I). LAS DECLARACIONES DE INTENCION. 1) CONCEPTO. 2) ESPECIES. 3) NATURALEZA JURIDICA; DECLARACIONES DE INTENCION Y PRE-CONTRATO; DECLARACIONES DE INTENCION Y TRATOS PRELIMINARES.
- II). LAS DECLARACIONES DE PATROCINIO; 1) INTRODUCCION. 2) TERMINOLOGIA. 3) FUNCION ECONOMICA. 4) TIPOLOGIA; A) PLANTEAMIENTO; B) IMPUESTOS REALES DE DECLARACIONES DE PATROCINIO; C) DECLARACION DE CONOCIMIENTO DE LA OPERACION; D) DECLARACION DE PARTICIPACION; E) DECLARACIONES DE MANTENIMIENTO DE LA PARTICIPACION; -- F) DECLARACION DE POLITICA GENERAL O COMPORTAMIENTO -- CON LAS SOCIEDADES FILIALES. G) DECLARACIONES RELATIVAS A LA SITUACION DE SOCIEDAD FILIAL EN ORDEN AL CUMPLIMIENTO DE SUS COMPROMISOS CREDITICIOS; H) DECLARACIONES DE MANTENIMIENTO DE LA SOLVENCIA; I) DECLARACIONES DEL MANTENIMIENTO DEL CAPITAL Y/O PATRIMONIO; J) DECLARACIONES DE CUMPLIMIENTO.

I). LAS DECLARACIONES DE INTENCION

1) CONCEPTO

Con el nombre de declaraciones o cartas de intención se designan una serie de documentos de variado contenido, en los que se recoge, testimonia, garantiza o expresa una determinada situación, intención, programa o iniciativa que a través de dicho documento se comunica a alguien.

Las dos notas fundamentales son, pues, tratarse de un documento expedido por una o varias personas y dirigido a otra u otras, en el que las primeras dejan constancia de una determinada situación concreta que conocen y asumen o de una determinada intención o programa que interesa o afecta a los destinatarios de dicha declaración.

A pesar de que se ha extendido la terminología "carta de intención", parece más comprensivo hablar de declaración sin hacer referencia a la forma concreta del documento en que dicha declaración se recoge, pues si bien es cierto que frecuentemente adopta la forma de carta, ello no es en rigor necesario, ni se produce en todos los casos, y, naturalmente, lo que importa no es tanto el vehículo como el contenido, es decir, la declaración y no la carta.

De la exposición anterior se deduce que no siempre tales declaraciones contienen una intención o programa (a pesar de la denominación), ya que, como veremos, en algunas solamente se constata un hecho y en otras se trata de una simple declaración de conocimiento (por ejemplo de la existencia de un préstamo o crédito) sin que la

declarante manifieste intención, programa o iniciativa alguna, por lo menos de forma expresa.

Como otras muchas instituciones, la declaración de intención encuentra origen en el mundo negocial y no ha sido recogida inmediatamente por las normas jurídicas. Nacida, en concreto, en la práctica de los Estados Unidos (1) y utilizada con éxito en aquel país ha sido transplantada a Europa, encontrando recepción sobre todo en Alemania. Con posterioridad se ha extendido a los demás países, utilizándose también y con creciente pujanza entre nosotros.

No es en absoluto nuevo que una institución, nazca en la vida de los negocios y no haya sido recibida por el Derecho sino con posterioridad, pues, ciertamente, los ordenamientos jurídicos tienen una pretensión de estabilidad que les impide una recepción automática. Pero, primero la vida jurídica espontánea, más tarde la jurisprudencia y en último término el ordenamiento jurídico, reciben y juridifican estas instituciones que tienen, como la comentada, gran extensión social (2).

No obstante, en el caso presente existe una peculiaridad al respecto: Las cartas de intención han nacido, en general, como substitutivos de otras formas de actuación tipificadas en el ordenamiento jurídico, y de forma más o menos confesada y con mayor o menor intensidad según los distintos tipos, con el fin de evitar al declarante la asunción de un compromiso jurídico o, cuando menos, un compromiso jurídico típico.

Este es el punto de equilibrio común a todas las declaraciones de intención. En general las funciones que desempeñan las declaraciones de intención pueden realizarse a través de instituciones jurídicas consolidadas, pero sus autores huyen de ellas precisamente para evitar en mayor o menor medida la asunción de compromisos jurídicos.

Ello plantea un delicado problema: Si se atribuye a las declaraciones de intención, consecuencias jurídicas que supongan un compromiso asumido por los declarantes, supondría quizá privarlas de su eficacia, pues para ello, se utilizarían los modelos tipificados tradicionalmente, y por tanto, determinaría la muerte por inutilidad de la institución. Pero, por otro lado, atribuir a las declaraciones una mera eficacia social supone dejarlas al margen del derecho y, por tanto sin coacción jurídica, con la consecuencia inevitable de su caída.

Sin perjuicio de ulteriores previsiones dentro de esta rúbrica general cabe advertir la existencia de muy diversos tipos de cartas de intención. Una primera clasificación sería precisamente la que distingue entre aquellas declaraciones que no pertenecen al mundo jurídico sino al mundo de los usos sociales, y aquellas otras que, sin perjuicio de la eficacia de la sanción social, muy importante en algún sector del mundo de los negocios, tienen también transcendencia o relevancia jurídica.

Parece, pues, en términos generales, que, con objeto de evitar su inutilidad o desuso, habrá de atribuirse a tales declaraciones eficacia jurídica, pero ésta, no ha de coincidir con la de aquellas instituciones a las que la declaración de intención trata de sustituir.

## 2). ESPECIES

Dentro de las declaraciones de intención, y además de la distinción anteriormente mencionada, pueden distinguirse dos tipos que participan de los caracteres antes apuntados, pero que desempeñan distintas funciones y ofrecen por ello características propias que las diferencian notablemente.

\* Un primer grupo está constituido por todas aquellas

declaraciones ligadas a las fases preparatorias de los diferentes contratos, especialmente en aquellos donde es frecuente que esa fase preparatoria comporte la realización de trabajos, estudios, proyectos, etc. con elevados gastos. En ellos, la parte que ha de realizar tales proyectos, y que ha de incurrir en los gastos consiguientes, trata de asegurarse la seriedad precontractual de quien con ellos se relaciona, en tanto que la otra parte no quiere vincularse con un solo futuro contratante, o, por lo menos, no quiere hacerlo en tanto en cuanto no conozca tales proyectos, estudios, etc.

De lo expuesto se deduce la aplicación frecuente de esta figura a los futuros contratos de arrendamiento de obra o empresa, aunque no con carácter exclusivo, ya que cabe mencionar otros supuestos muy variados. Así, en relación con la constitución de empresas, la intención de fusionar varias sociedades, la absorción de una sociedad por otra, etc., que constituyen operaciones que comportan muchas veces una gran complejidad, y una declaración de este tipo sirve para poner en marcha los distintos estudios, proyectos, etc. (3).

A efectos ilustrativos recogemos un ejemplo tomado de la realidad relativo a un contrato de obra. Cabe destacar que la propia carta se autocalifica como carta de intención.

"Muy Sres. nuestros:

Nos referimos a nuestra petición de oferta de referencia, satisfecha por Vds. con su propuesta de fecha .....

Les participamos que, ponderada debidamente por .... dicha oferta, así como las modificaciones establecidas por la correspondencia arriba citada, es nuestra intención llegar a un convenio de adquisición en su favor de ....



La presente carta de intención queda condicionada a que lleguemos a un acuerdo satisfactorio sobre los diversos aspectos contractuales y técnicos que surjan hasta el momento de formular el correspondiente pedido y esperamos que la recepción de la misma les permita iniciar sus trabajos par asegurar los plazos de entrega ofrecidos.

Atentamente les saluda,"

### 3) A NATURALEZA JURIDICA. DECLARACIONES DE INTENCION Y PRECONTRATO

---

Aún cuando este tipo de declaraciones que hemos denominado de intención en sentido amplio no constituyen el objeto propio de este trabajo, sí parece oportuno dedicarles un breve comentario poniendo en relación la figura con dos instituciones conocidas.

En primer lugar con la figura del precontrato o contrato preliminar.

No es cuestión pacífica en la doctrina la del concepto y naturaleza jurídica del precontrato. Con un criterio sintético podemos enunciar las siguientes tesis :

En primer lugar la tesis que puede considerarse tradicional, para la cual el precontrato es un contrato en virtud del cual los intervinientes se obligan a celebrar en el futuro un nuevo contrato. El objeto del precontrato, es la conclusión de un futuro contrato obligatorio. (4). De mantenerse este punto de vista, podría dudarse de la utilidad de la figura, ya que, como se ha advertido

críticamente sería inútil, si el resultado es la celebración de este simple contrato posterior.

La doctrina más moderna, configura la obligación surgida del precontrato no como la de emitir un consentimiento para la celebración de un futuro contrato, sino como de desarrollar y desenvolver, en un momento posterior, las bases o líneas fundamentales del mismo, establecidas en el negocio precontractual. (5). A este respecto Federico de Castro considera que el precontrato no es más que una etapa de un "iter" negocial complejo de formación sucesiva, reservándose una de las partes o ambas la facultad de exigir en un momento posterior la puesta en vigor del contrato previsto. (6).

Ninguna de las tesis sintéticamente mencionadas encaja con la genérica finalidad que trata de obtenerse a través de las citadas declaraciones de intención. En ellas se trata de dar seriedad a la fase preliminar al contrato, pero (siempre en términos generales y a salvo de casos concretos) ninguno de los intervinientes, ni el emisor ni el receptor de la carta, se obligan en modo alguno respecto del contrato a que dichas declaraciones hacen referencia.

Es evidente que ni el emisor ni el receptor de la carta contraen la obligación de celebrar un contrato posterior, ni puede aceptarse que lo celebren efectivamente, ni que al mismo tiempo estén estableciendo las bases más o menos completas del futuro negocio, ni se comprometen tampoco a desarrollarlas en el futuro. Tampoco adquieren, en virtud de la carta o declaración, el derecho a exigir la puesta en vigor del contrato proyectado, pues, es característico en general de las declaraciones de intención, que las partes se reserven de forma expresa el derecho a no celebrar el futuro contrato. Por ello, su contenido, con mayor o menor fuerza, con más o menos matices, es, exclusivamente, el de comprometerse a actuar con seriedad en el estudio de las posibilidades de celebración de tal contrato.

Así pues, y siempre en términos generales, la figura del precontrato es probablemente algo más y algo distinto de las declaraciones de intención; éstas no pueden ser incluidas en dicha figura precontractual.

B) DECLARACION DE INTENCION Y  
TRATOS PRECONTRACTUALES

---

En términos generales, y en la sucinta referencia que aquí conviene, la figura de la declaración de intención está ligada a los llamados tratos preliminares del contrato, esto es, a las consecuencias jurídicas que pueden derivarse de las conversaciones, estudios, etc. que suelen preceder a la celebración de determinados contratos.

En efecto, los actos previos a la celebración de un contrato pueden ser de enorme sencillez, consistiendo exclusivamente en meras conversaciones; o estar dotados de mayor complejidad, consistiendo entonces en relación de estudios, proyectos, borradores, viajes, consultas con suministradores y un largo etc.

Cuando tales tratos culminan en la celebración del contrato y este es válido, no se plantean especiales problemas, pues las consecuencias jurídicas de esos tratos preliminares quedarán embebidas en el propio contrato que se celebra. Sin embargo, cuando tales tratos no culminan adecuadamente, cabe preguntarse si esos actos anteriores al contrato tienen transcendencia jurídica, y de los mismos puede derivarse una responsabilidad para alguno de los frustrados contratantes.

Frente a la tesis negativa, ya Ihering (7) en el siglo pasado partiendo del estudio de textos romanos elaboró la tesis de la "culpa in contrahendo", la obligación del resarcimiento de los daños y

perjuicios derivados de negligencia en los tratos precontractuales. (8)

La idea, con distintos matices, está ampliamente admitida en los ordenamientos jurídicos próximos, si bien, en general la doctrina alemana, sostiene una posición contractualista, frente a la doctrina italiana, que sobre la base de lo dispuesto en el Art. 1337 del "Codice Civile" y la referencia al comportamiento según la buena fe, así como los matizados estudios en relación con las reglas y deberes de corrección, coloca el acento precisamente en función de la obligación de comportarse de acuerdo con las normas de la buena fe.(9).

En la doctrina española la responsabilidad precontractual está ligada a la responsabilidad extracontractual o aquiliana recogida en el Art. 1902 del Código Civil, que sujeta a la obligación de indemnizar el daño causado a los que por culpa o negligencia, en este caso en los tratos precontractuales, causaren tales daños. (10).

Por lo que respecta a nuestra jurisprudencia, parece interesante al respecto recordar dos sentencias dictadas en un plazo muy breve de tiempo, y que sostienen posturas divergentes al respecto. Nos referimos a la sentencia de 16 de Mayo de 1.988, dictada por la Sala 1ª del Tribunal Supremo y a la de 30 de Octubre del mismo año dictada por la Sala 6ª (11).

Ambas sentencias se refieren a un caso semejante, esto es la existencia de tratos previos -posteriormente frustrados- en relación con un futuro puesto de trabajo. El beneficiario de dicho futuro puesto de trabajo reclama la indemnización por los perjuicios ocasionados por las gestiones (venta de bienes, renuncia al puesto de trabajo anterior, etc) que realizó en contemplación al futuro puesto.

La primera de dichas sentencias considera el caso contemplado como una situación de "culpa in contraendo", que, al

faltar aquella relación contractual, se nos ofrece como aquiliana, aplicando por tanto la obligación de indemnizar los daños causados de conformidad con lo dispuesto en el Art. 1902 del Código Civil.

La dictada por la Sala 6ª, en su tercer Fundamento de Derecho, entiende que existió entre las partes una relación jurídica precontractual o prenegocial equivalente a un precontrato de trabajo originador de "culpa in contrahendo" para la demandada. Advertimos aquí una cierta confusión terminológica producida por la mezcla de dos conceptos íntimamente relacionados, y que probablemente suponen un paso más en el "iter negocial", pero que pueden perfectamente separarse: la "culpa in contrahendo", debe ser previa al contrato, y el incumplimiento de un precontrato no es otra cosa que el incumplimiento de un auténtico contrato. Se trata de una distinción particularmente útil en el terreno de las cartas de intención, ya que en ellas como antes señalábamos, (y siempre por regla general y con respeto al caso concreto) no existe contrato, sino trato precontractual.

A este respecto, es conveniente recordar las cuatro hipótesis señaladas por Díez Picazo (12): La primera, cuando se concierta un contrato nulo y una de partes conocía la causa de nulidad ocultándola a la otra; la segunda cuando, alcanzado formalmente un acuerdo verbal, una de las partes desiste antes de la suscripción del documento necesario por tratarse de forma "ad solemnitatem"; la tercera se refiere al caso en que las negociaciones hayan sido iniciadas de mala fe o prolongadas a partir de un determinado momento, asimismo de mala fe, sin propósito serio de concluir el contrato; y la cuarta cuando se rompen las negociaciones comenzadas de buena fe, en cuyo caso la parte que se separa de la negociación y que decide no contratar, aún cuando sus motivos puedan no ser razonables, no hace otra cosa que ejercer su libertad contractual. En el primer caso, siempre según el citado autor, surge una responsabilidad precontractual fundada en la violación de un deber de buena fe, esto es, faltando al deber de prestar información. En el segundo deben ser resarcidos los

daños originados sobre la base de la confianza suscitada por el acuerdo verbal, si bien el desistimiento del contrato es lícito. En el tercer supuesto existe un deber de indemnizar basado en el Art. 1902 del Código Civil, pues el comportamiento que es la causa del daño constituye un ataque ilícito a la esfera de libertad del otro contratante. En el cuarto supuesto, y teniendo en cuenta que la parte que desiste ejerce su libertad, ni moral ni jurídicamente puede considerarse que estaba obligado a contratar.

En todos los supuestos que den lugar al resarcimiento, su contenido, estará única y exclusivamente constituido por el llamado interés contractual negativo; es decir no el equivalente a la prestación que hubiera sido prometida, sino el que resulta como consecuencia de la esterilidad de la negociacion, comprendiendo, sin duda, los gastos y desembolsos llevados a cabo en vista de la ejecución del contrato proyectado.

Aun cuando las declaraciones de intención tienen un contenido muy diverso, es claro que, en la cuarta hipótesis, si la declaración implica un compromiso serio de estudiar las condiciones contractuales no será desistimiento lícito aquél que se deba a motivos fútiles o no razonables. Surge así, por virtud de la carta, la obligación de indemnizar frente a la tesis general de la hipótesis señalada en cuarto lugar.

Con respecto a los restantes supuestos, podría decirse que la carta es inútil, pues sin ella existe ya un deber de resarcimiento; sin embargo, aún en estos casos, la declaración puede desempeñar funciones complementarias tales como las probatorias para acreditar no solo la existencia de dichos tratos, sino también la procedencia y existencia de las distintas gestiones realizadas en la etapa precontractual. De tal manera quedará simplificada en gran medida la reclamación a efectuar por la parte perjudicada. Igualmente puede desempeñar una función interpretativa de los tratos precontractuales y

su alcance, y por último, dependiendo del contenido de la carta, la asunción de específicas responsabilidades, tales, como por ejemplo, la limitación de las causas por virtud de las cuales lícitamente podrá desistirse de la contratación, quedando, por tanto "a sensu contrario", o por acuerdo expreso, excluidas algunas de ellas.

Así pues, tales declaraciones de intención no deben calificarse de precontratos o de contratos preliminares, sino que se emiten a efectos de complementar o precisar el régimen jurídico de los llamados tratos preliminares del contrato y por lo tanto, ligadas a la responsabilidad extracontractual y a las exigencias del comportamiento según buena fe.

Por lo que respecta a su naturaleza jurídica, sin perjuicio de posteriores ampliaciones en las declaraciones que son objeto de este estudio, cabría identificarla con la de los actos quasi negociales. Larenz (13) considera que pertenecen dichos actos a las intimaciones y comunicaciones referidas a pretensiones o relaciones jurídicas; frecuentemente se realizan con conocimiento de los efectos jurídicos que ellas producen; no se dirigen directamente, sin embargo, al cumplimiento de esos efectos jurídicos, ni designándolos como aquellos que deben ser válidos. Entre ellos incluye la comunicación de que se ha otorgado un poder a otra persona, o que se ha cedido un crédito, o que se ha transferido a un tercero un inmueble arrendado. (14).

## II. DECLARACIONES DE PATROCINIO

### 1). INTRODUCCION

El segundo tipo de declaraciones, participa de los caracteres comunes a la figura a que hemos hecho referencia más arriba pero presenta destacadísimas particularidades que permiten y aún

aconsejan su consideración separada.

Se trata de un fenómeno que acontece en la práctica bancaria y está constituido por aquellas declaraciones que una sociedad matriz o dominante dirige a una empresa financiera en relación con un crédito u operación semejante que tal entidad financiera se dispone a concertar o tenga concertada con una de las sociedades filiales de aquélla.

Nos encontramos así, con un instrumento que viene a sustituir a las garantías tradicionales prestadas por terceros ante entidades bancarias o de crédito. Su complejísima tipología, aconseja dejar para un momento posterior una definición de tales declaraciones, siquiera de carácter general o descriptivo.

## 2). TERMINOLOGIA

Son muy diversas las denominaciones que han venido recibiendo los documentos a los que hacemos referencia, y en síntesis, podemos distinguir :

A) .- La primera divergencia se produce entre aquellos que prefieren utilizar el término más amplio de declaración y los que prefieren hablar de carta.

Como ya hemos señalado con respecto a las declaraciones de intención, parece más útil emplear el término declaración, por ser más amplio que el de carta. Cabe imaginar la existencia de documentos semejantes que necesariamente hayan de revestir la forma de carta; por ejemplo a través de un simple telegrama o a través de medios modernos de comunicación, los cuales difícilmente pueden aparecer comprendidos en el término "carta", salvo que demos a este término una extensión desmesurada. Y además, porque parece que lo importante no es el continente -la carta- sino el contenido, esto es la declaración



Incluida en ella.

Sin embargo, es forzoso reconocer que la mayor parte de la doctrina, excepto la doctrina alemana (15) y en Italia Mazzoni (16), utilizan la denominación carta. En nuestra doctrina, los autores han utilizado con preferencia el término carta, siendo de destacar la posición de Lopez Uriel, (17) el cual, considera que debe utilizarse el término carta ya que el documento adopta la forma epistolar en la casi totalidad de los supuestos y solo raramente abandona este vehículo. Sin embargo, la expresión declaración se refiere a cada una de las contenidas en las cartas, pues como veremos después, un mismo documento puede contener varias declaraciones, las cuales, señala el citado autor, deben ser contempladas en su conjunto, lo que nos dará el verdadero sentido y alcance de la declaración.

Aún cuando la distinción resulta interesante y útil, en ella está implícito el reconocimiento de que no es imprescindible utilizar la forma epistolar, y por ello, no parece que exista inconveniente en dar prioridad al término declaración sin perjuicio de que también pueda aplicarse a las concretas que puedan contenerse en un mismo documento.

B) .- Mayor variedad existe en cuanto al segundo extremo . A efectos de sistematización, podemos distinguir cuatro opciones fundamentales : En primer lugar los que emplean el término intención. (18).- En segundo, los que emplean el término inglés "confort" (19) .- En tercer lugar, muy frecuente en Francia, Italia y Alemania, el término "patronage" (20) y en cuarto lugar, otras denominaciones menos utilizadas entre las cuales podemos mencionar la de "letter of responsibility", "letter of support", "letter of awareness", "carta di gradimento" (21), etc.

Como ya hemos señalado, la utilización del término intención, debe ser rechazada por las razones ya expuestas. Las

designaciones citadas en cuarto lugar tienen como inconveniente fundamental su escasa extensión en la práctica, y algunas de ellas, como "letter of awareness" hacen referencia a lo que pudieramos llamar contenido básico de este tipo de documentos. (22).

Quedan, pues, las aludidas en segundo y tercer lugar, esto es, el término "confort", que utilizado en Estados Unidos no ha tenido excesiva repercusión en la doctrina europea, salvo las citas concretas ya efectuadas. Y en segundo lugar el término "patronage" utilizado con carácter general por la doctrina francesa, alemana e italiana. Las dos expresiones mencionadas aluden a aspectos parciales de la institución, pues, en términos generales esta supone una declaración de la sociedad matriz dirigida al Banco con el fin de dotarle de una mayor seguridad del cumplimiento de las obligaciones que frente a él ha contraído o se dispone a contraer la sociedad filial. El término "confort" hace referencia al punto de vista del Banco y recoge la fundamental misión de "asegurar". El término "patronage" por su parte nos indica su procedencia de una sociedad matriz; este es el motivo tanto por el que la carta se expide como por el que produce dicha seguridad. Ello determina que nos inclinemos por ésta última por ser más específica que la primera y contener, en nuestro criterio, mayores matices. Sin embargo, el término "patronage" es extraño en nuestra lengua, por lo que le sustituiremos por el de "patrocinio", mayoritariamente utilizado por la doctrina española.

### 3). FUNCION ECONOMICA

Como antes señalábamos la declaración de patrocinio ha aparecido en la práctica para desempeñar una genérica función de garantía -no tomamos todavía este término en sentido jurídico- sustituyendo a otras formas de garantía típica.

Nos detendremos brevemente en la mención de las razones de tipo económico que justifican la aparición, existencia y

mantenimiento de las declaraciones de patrocinio. (23). El marco general, o las causas remotas, lo encontramos en dos datos fundamentales : El primero la aparición de los grandes grupos de sociedades y su actuación a través de sus filiales en distintos países, y el segundo en la evolución de las garantías bancarias.

El desarrollo económico que se produce a partir de la Segunda Guerra Mundial, tiene entre otras características, la aparición y potenciación de grandes grupos de sociedades, que realizan sus inversiones y actividades en países extranjeros, utilizando, como medio o sistema la creación de sociedades filiales enclavadas en los distintos países donde el grupo desarrolla su actividad. Naturalmente esta actividad de las filiales implica la necesidad de su adecuada financiación, que puede ser interna con relación al grupo al que pertenecen, o externa, y dentro de esta última, a través del crédito bancario.

Como han puesto de relieve López Uriel y Van Wymmeers (obras citadas), en caso de financiación externa, es muy frecuente que las filiales acudan al crédito bancario local, es decir al crédito bancario del país donde están establecidas, debido a varias razones :

A) En primer lugar, una política de prudencia en la gestión aconseja equilibrar el balance por lo que se refiere al riesgo de cambio, lo que implica el recurso tanto la misma moneda para la obtención de los eventuales beneficios como para el endeudamiento financiero.

B) En ocasiones, el interés es menor si la financiación se realiza en la moneda del país donde está establecida la filial.

C) .- También en términos generales, el endeudamiento de la filial no afecta a la capacidad de endeudamiento de la sociedad dominante (naturalmente esto no es aplicable al caso de consolidación

de balances, ni tampoco a aquellos supuestos en los que se prestan garantías típicas por parte de la sociedad madre).

D) .- En algunos países, se dificulta la aportación directa de fondos, pues se considera que la entrada de capitales extranjeros puede falsear los presupuestos de competencia respecto de las demás empresas nacionales que carecerían de ese posible apoyo financiero.

E) .- Por otra parte, la diversificación geográfica del endeudamiento y la diversificación monetaria, en el sentido de que se trata de distintas divisas, constituye una política eficaz de protección para el grupo contra una posible política monetaria restrictiva en el país de la sociedad madre.

Estas son en breve síntesis, las razones que aconsejan acudir a un Banco sito en el país donde la filial desempeña su actividad.

Pero, como señala López Uriel (obra citada Pag. 194) todavía la elección puede hacerse en favor de un banco que sea filial de un grupo bancario internacional, es decir un Banco que esté en situación paralela a la de la propia sociedad que solicita el crédito, ambas filiales de grupos internacionales. Ello puede presentar la ventaja de ese mismo paralelismo, por cuanto que la solvencia de la dominada podrá ser fielmente evaluada por el Banco filial dadas las relaciones con la sociedad dominante; en segundo lugar porque los servicios podrán proyectarse sobre el terreno internacional con mayor variedad y efectividad. La elección de un Banco del país de implantación supondrá una mejor y más fácil integración en el medio económico, y probablemente una mejor atención en el orden interno, por la mayor densidad de la red de sucursales de oficinas, etc.

La existencia de las filiales, su necesidad de

financiación en el país donde están implantadas, y la opción por la financiación externa, concretamente en forma de crédito bancario entendido éste en sentido amplio, constituyen, por ello, el primer dato al que hacemos referencia. El segundo dato está constituido por las garantías bancarias. Como señala Garrigues (24) "los Bancos no suelen conceder créditos sin garantías. En el estudio de cada operación concreta, el examen y la ponderación de la garantía es tema de preferente atención para el Banco".

En efecto, el recurso de las filiales al crédito bancario vendrá acompañado sin duda de la exigencia por parte de las entidades crediticias de las correspondientes garantías. Pero en este punto, también se observa una evolución y una tensión. Así, la clasificación jurídica tradicional de las garantías distingue entre garantías reales y garantías personales; la hipoteca y la prenda respecto de las primeras, y la fianza entendida en un sentido amplio, respecto de las segundas, constituyen los supuestos más frecuentes. La evolución, a nuestro entender es doble: En primer término se observa que si bien es cierto que las garantías reales son desde el punto de vista jurídico las que ofrecen mayor seguridad en el sentido de permitir recuperar, con mayores posibilidades los créditos impagados, no es menos verdad que presentan inconvenientes de importancia, no siendo los menores su elevado costo y su rigidez, lo que ha provocado un cierto desplazamiento hacia la elección de garantías de tipo personal.

En segundo lugar se observa un desplazamiento de las garantías en sentido estricto o técnico jurídico hacia otras formas de seguridad, que los Bancos aprecian, sobre todo cuando se trata de créditos dirigidos a la actividad empresarial. Se trata en estos casos, de examinar el destino del crédito, de tal manera que si aparece dirigido hacia una actividad que se considera rentable, puede, con fundamento, pensarse que el crédito, será devuelto puntualmente permitiendo, incluso una relación crediticia duradera, pues no

olvidemos que la actividad bancaria no se agota en una sola operación; la garantía está constituida por tanto por la propia solvencia moral del destinatario y por la actividad a la que va destinado el crédito, y ello supone, por parte de la entidad crediticia un examen previo, tanto de las circunstancias del peticionario, en definitiva de su solvencia económica y moral, como un examen de la actividad que se propone desarrollar. La información, se constituye así en una forma de garantía que se aparta de las figuras jurídicas típicas.

Y en segundo lugar se produce una tensión, pues no hemos de olvidar que en la operación crediticia, y más concretamente en la exigencia y concesión de las garantías correspondientes, será fundamental la negociación previa, y la correlación de fuerzas existente entre el concedente del crédito y el acreditado. Tal vez el Banco pretenda, para su mayor seguridad, no solo informarse sobre la solvencia moral y la adecuación del proyecto al que se dirige el crédito, sino también utilizar para su mayor protección las garantías tradicionales, incluso en forma real, pero, quizá no está en disposición de exigir este cúmulo de garantías, si pretende desarrollar su actividad y si la operación le resulta económicamente interesante. En el caso que nos ocupa habrá de tenerse presente que está negociando con una sociedad filial perteneciente a un grupo de sociedades tal vez con igual poderío económico que el de la entidad crediticia.

Los tratos, la correlación de fuerzas, la estrategia en definitiva es la que nos dará el adecuado punto de equilibrio determinante de las garantías que puedan concederse al Banco en la operación.

Así pues, este dato de la evolución de las garantías, de lo real a lo personal e incluso de las garantías típicas a las atípicas, y la tensión de la negociación en cada caso constituyen el segundo dato que justifica la aparición de las cartas de patrocinio.

Sin embargo junto a esas apuntadas razones de tipo general, deben existir, y de hecho existen, razones de tipo concreto y particular que determinan la utilización de las cartas de patrocinio frente a otras formas de garantía atípicas que pudieran manejarse. (25)

En primer término la sociedad matriz, dependiendo de las distintas regulaciones y de la mayor o menor intensidad de las obligaciones que se contraen en la carta de patrocinio, podrá obtener el resultado que se pretende, esto es la concesión o mantenimiento o renovación del crédito a la filial sin que la garantía quede reflejada en su balance. Ello, le permite presentar, por tanto, una contabilidad mas descargada, en términos generales, frente a terceros, y, a su vez le permite una mayor capacidad de endeudamiento frente a futuras operaciones crediticias. En otras ocasiones, quizá por razón de anteriores operaciones de crédito, la sociedad matriz se ha comprometido con sus financiadores a no contraer tales operaciones o a no contraerlas sin su autorización, y esta prohibición concreta puede soslayarse mediante la utilización de estas declaraciones de patrocinio. (26).

Por otro, lado la constitución de las garantías típicas exige en las sociedades una serie de requisitos, con las específicas atribuciones de competencia a sus distintos órganos, (27) lo que en ocasiones hacen muy difícil o embarazoso el establecimiento de tales garantías, no exigiéndose, en términos generales, tales requisitos cuando se trata de declaraciones de patrocinio. (28).

Es muy frecuente la utilización de las declaraciones de patrocinio tratándose de sociedades multinacionales, y por tanto de operaciones internacionales, en las cuales es preciso contar con el derecho público regulador de las transferencias, control de cambios, etc. En ciertos supuestos tales autorizaciones son difíciles de obtener, de tal manera que la legislación dificulta o hace imposible la concesión de una garantía típica, por lo que es necesario sustituirla

por las repetidas declaraciones. (29).

En otros casos son consideraciones de carácter fiscal, así, la prestación de garantías puede estar gravada por determinados impuestos, que no serían de aplicación si la garantía se presta en forma de carta de patrocinio. (30).

Cabe también aludir a razones de "imagen" corporativa de los grandes grupos de empresas para justificar la utilización de declaraciones de patrimonio. Suele pensarse que la prestación de garantías típicas en favor de la Banca merma su prestigio social, lo que acrecienta la necesidad de emplear garantías alternativas como las que ahora nos ocupan.

Y por último, como señala Aramendía, existe la aspiración más o menos confesada del emisor de no considerarse obligado jurídicamente sino en el plano moral. Con independencia de que esta obligación moral, no es, como después veremos, característica de las cartas de patrocinio, sí que las mismas suponen una vinculación jurídica más difuminada. Ello nos conduce a recordar cuanto antes señalábamos respecto de la tensión entre el deseo de refuerzo de las garantías por parte del beneficiario de las mismas -la entidad crediticia- y su reducción, que constituiría el deseo del acreditado.

En consecuencia la declaración de patrocinio supone un delicado punto de encuentro entre los intereses y aspiraciones de la sociedad matriz y de la filial por un lado, y de la entidad financiera concedente del crédito por otro.

Sin perjuicio de ulteriores previsiones, cabe afirmar que este punto de equilibrio es muy diferente según los distintos tipos de declaraciones de patrocinio. Probablemente, la conjunción de todos estos intereses y la correlación de fuerzas precontractuales darán lugar a que, según los casos, aparezcan obligaciones más flexibles o



más rígidas para el otorgante de la declaración. Por ello, la referencia debe ser general, pues los distintos tipos de declaración de patrocinio suponen efectivamente vinculaciones diversas, y ello hace absolutamente imprescindible el estudio de la distinta tipología de las declaraciones.

#### 4). TIPOLOGIA

##### A).- PLANTEAMIENTO.-

Como es sabido, no existe un unico modelo standard de declaración de patrocinio. Por el contrario, la práctica nos muestra una gran variedad de declaraciones, que aparecen conjuntadas, en ocasiones, en el mismo documento. Su significado jurídico es variable, y, sin duda, depende, como hemos advertido previamente, de aquella correlación de fuerzas anterior a la declaración.

Ante esta variedad, cabe seguir dos caminos : El primero es de carácter sintético, e inductivo y pretende extraer de todas estas declaraciones unos caracteres comunes, que nos permitan obtener el perfil, también común, de la institución, para poderla examinar como un concepto unitario. La segunda dirección por su parte se basa en un método analítico,(31) y pretende exponer y relacionar cada una de las distintas declaraciones (aunque físicamente se encuentren en un mismo documento), porque quizá su naturaleza y efectos jurídicos sean diferentes en cada caso, aún cuando pudieran al final extraerse unas conclusiones comunes a todas ellas. (32). (33).

##### B). SUPUESTOS REALES DE DECLARACIONES DE PATROCINIO

Para realizar esta exposición analítica recogemos en primer término varios ejemplos tomados de la realidad, que si bien no comprenden toda las posibles declaraciones (34) sí constituyen una muestra, (35) de diferentes declaraciones y naturalmente con distintos

niveles de compromiso, para a partir de ellas y de otras no incluidas, realizar una exposición o relacion analítica de las diferentes declaraciones. En la reproducción de las cartas, que sigue a continuación, se han omitido los nombres tanto de las sociedades matriz y filial, como de la entidad financiera destinataria.

Carta Nº 1 :

"18 de Julio de .....

Sres : CARTA DE CONOCIMIENTO

Estamos informados de la línea combinada de créditos locales y de cauciones financieras por un total de 400.000.000 ₡ que Vds. han concedido a nuestra filial ...

Seguimos de cerca la situación financiera de nuestras filiales y estamos convencidos de que ..... cumplirá todas sus obligaciones en lo que concierne a esta concesión.

Atentamente".

Carta Nº 2 :

2 de Abril de mil novecientos .....

Sres.:

Nosotros conocemos que Vds. han concedido a ..... un préstamo por importe de 30.000.000 ₡ con vencimiento al 2 de Abril de mil novecientos ..... Es una sociedad de la cual el 51% pertenece al capital de ..... empresa subsidiaria de .....

Para comunicarles que nosotros somos

conocedores del préstamo y asumimos que, mientras el mismo esté pendiente, ..... no venderá directa o indirectamente o de otra manera dispondrá de su participación en .... sin notificación anterior a Vds.

Complementariamente, les confirmamos que es la práctica negocial de .... el sostén de las compañías subsidiarias y ..... no tiene razón para creer que ..... no podrá pagar el préstamo de acuerdo con sus términos.

Atentamente".

Carta Nº 3:

"Paris, 17 de Enero de .....

Sres. :

Nosotros conocemos las operaciones siguientes a plazo de un año.

Línea de descuento comercial de Ptas. 15.000.000.- que Vds. han concedido a la sociedad ..... en ....., nuestra filial con participación del 60%.

Estos créditos han sido solicitados con nuestro acuerdo y con el de los otros accionistas, confirmamos que tenemos entero conocimiento de las obligaciones de .... en relación con estos créditos y con su Banco.

Confirmamos igualmente que somos propietarios del 60% del capital de la sociedad ..... Nos

comprometemos a mantener esta participación durante la vigencia de las operaciones objeto de su intervención y relacionadas más arriba, y a informarles inmediatamente en el caso de que hubieramos de modificar esta participación.

Seguimos la gestión de la sociedad ... y hacemos nuestros mejores esfuerzos para vigilar el satisfactorio desarrollo de sus operaciones financieras.

En defecto de denuncia por una u otra parte al menos con tres meses de anticipación antes del vencimiento de los créditos acordados, esta carta será, de comun acuerdo considerada como prorrogada por un nuevo periodo de un año.

Atentamente".

Carta Nº 4 :

"11 de Marzo de mil novecientos ...

Sres. :

como continuación a las conversaciones con M. .... les confirmamos que controlamos totalmente el capital de nuestra filial, la sociedad .... y que nosotros no podríamos desinteresarnos de su gestión.

En consecuencia nos obligamos, con la presente, a vigilar que ella esté siempre en situación de hacer honor a sus obligaciones frente a Vds. y a tomar, en caso contrario,

las disposiciones que fueren necesarias para dotarla de los medios financieros convenientes al buen fin de sus compromisos frente a Vds.

Bien entendido, que si por alguna razón hubiéramos de renunciar a nuestra posición de socios mayoritarios en esta sociedad, adoptaríamos antes con Vds. los acuerdos que juzguen necesarios para asegurar el buen fin de su crédito.

Atentamente".

Carta N° 5:

"Muy Sres. nuestros"

Estamos informados que su banco está de acuerdo en ofrecer una línea de crédito a corto plazo para el año mil novecientos .... de 30.000.000 M a ..... La compañía es propiedad total de .....

Estamos conformes con el tipo de línea de crédito propuesto por este Banco para ser otorgado a ....., siempre que parte del mismo quede pendiente, ..... está de acuerdo en que por lo menos mantendrá su actual holding en ..... y notificará al Banco ... cualquier cambio que se pretenda realizar con respecto a dicha propiedad.

Deseamos manifestarle que, como medida política, esperamos vigilar la salud

financiera de nuestras filiales con respecto a su capacidad para hacer frente a sus obligaciones.

Sin otro particular, les saludamos muy atentamente".

Carta Nº 6 :

21 de Noviembre de mil novecientos ....

Estimado Sr. :

Hemos sido informados de que su Banco ha aprobado facilidades crediticias en favor de nuestra subsidiaria, ... por una total suma de M. ....

Aprovechamos esta oportunidad para informarles que la empresa es una filial de .....

Es nuestra intención, mantener el control del interés o influencia de los negocios de .....

Entendemos que la operación bancaria se compone de una línea de descubierto y descuento de efectos.

Tan pronto como quede concertado el crédito en descubierto, nosotros controlaremos el mantenimiento de la solvencia de la filial, asegurando que cuidaremos por todos los medios apropiados, incluyendo entre otros la suficiente provisión de fondos para tal filial. La obligación de ..... se

mantendrá durante la existencia del crédito.

En relación con el descuento de facturas, nosotros damos instrucciones a ..... para que Vds, sean informados sobre la identidad de sus deudores y clientes directos, y aseguramos que es nuestra intención establecer una larga y duradera posición en el mercado .....

Somos conscientes de que será necesario mantener a .... por los medios apropiados para alcanzar esta posición.

Continuaremos informando a Vds, si nuestra actitud en este asunto hubiera

Atentamente".

Carta Nº 7 :

27 de Junio de mil novecientos ....

CARTA DE GARANTIA :

Sres. :

Hemos tenido conocimiento de su carta de 10 de Julio de mil novecientos ..... a nuestra filial ..... por la cual Vds. han decidido adelantar uniformemente el vencimiento de los créditos de 40.000.000 M acordados a la fecha de 12 de Julio de mil novecientos ....., correspondiente a la expiracion de nuestra carta de garantía.

Comprendemos que se trata de un nuevo punto de

partida de los créditos aludidos, y que Vds. están dispuestos a renovarlos por un periodo de un año.

Por la presente les hacemos constar nuestro acuerdo para la renovación de estos créditos, con las comisiones negociadas con nuestra filial.

Nosotros garantizamos durante el periodo de un año arriba indicado la buena ejecución de los términos de los contratos de préstamo relativos a los créditos indicados.

Nuestra garantía cubre el reembolso de los créditos concedidos a su vencimiento más los intereses, comisiones, indemnizaciones y gastos accesorios que dieran lugar a ello.

Atentamente".

De los ejemplos expuestos, de menor a mayor, y de otros muchos que pudieran citarse, es posible extraer ya algunas conclusiones. En primer término, que todos estos documentos contienen al menos, dos declaraciones básicas; a saber: La declaración de conocimiento de la operación financiera de que se trata, y la manifestación de que la entidad declarante ostenta una participación de determinado porcentaje en la sociedad beneficiaria de la operación financiera, es decir, la relación que existe entre ambas sociedades, de matriz a filial. Tales declaraciones son, como señala Mazzonni (36), el mínimo común denominador de todas las cartas de patrocinio y representan, en otras palabras, el contenido mínimo necesario para que un documento pueda ser -socialmente al menos- considerado como carta



de patrocinio.

En segundo lugar cabe deducir de los ejemplos expuestos que un mismo documento, puede contener varias declaraciones con un distinto contenido e, incluso, de distinta naturaleza; así, frente a simples declaraciones de conocimiento o de constatación de un hecho, se encuentran obligaciones asumidas de diferente tipo.

En tercer lugar, y en conexión con lo anterior, las distintas declaraciones reflejadas en las diversas cartas, con su distinto contenido e incluso naturaleza, aconsejan examinarlas separadamente a efectos de su estudio teórico. Ello no impide advertir la necesidad de su consideración conjunta en orden a su interpretación y a la determinación de sus efectos cuando ello sea prudente.

En cuarto lugar, hay que destacar que en ninguno de los modelos antecitados, salvo el último, la sociedad matriz asume frente a la entidad financiera la obligación de pago, ya sea directamente, ya con carácter subsidiario, en el caso de que la sociedad filial no cumpla con su obligación de pago. Este último contenido es el propio de la fianza típica o atípica, en la que un tercero se obliga a cumplir cuando no cumpla el deudor principal. Por ello, en nuestro criterio, deben excluirse del concepto típico de declaración de patrocinio, aquellas declaraciones, incluso contenidas en una carta que desde un punto de vista formal, pudieran ser asimiladas a las de patrocinio, pero que encierran en realidad un supuesto de fianza o asimilable a ella.

Tras lo expuesto pasamos a relacionar y ordenar las distintas declaraciones contenidas en los ejemplos anteriores, y algunas otras que se manifiestan también en la práctica y que no figuran en las cartas reproducidas.

C). DECLARACION DE CONOCIMIENTO DE LA OPERACION

Constituye, como es sabido, una declaración básica de este tipo de cartas de patrocinio. En ella, la sociedad matriz manifiesta tener conocimiento de la operación financiera de que se trata. A su vez, cabe distinguir tres modalidades: a).- Declaración de conocimiento simple, esto es, se trata de manifestación de conocimiento de la operación sin más, y así en los ejemplos aducidos, aparece en general en los primeros párrafos (carta Nº 1, párrafo 1º : "Nosotros estamos informados de la línea combinada de créditos locales y de garantías financieras por un total de 400.000.000 ₡ que Vds. han decidido conceder a nuestra filial....) ".

En la carta Nº 2, asimismo en el párrafo 1º : "Nosotros conocemos que Vds. han concedido a .... un préstamo por importe de 30.000.000 ₡ con vencimiento al 2 de Abril de 1.9... ".

De igual manera en los párrafos primeros de las cartas recogidas en los Nº 3, 5 y 6.

En ocasiones, esta genérica declaración, se refuerza para indicar que el conocimiento se refiere también a todos los aspectos de la operación, y así en el párrafo 3º de la carta Nº 2 se señala de nuevo : "Esta es para comunicarles que nosotros tenemos conocimiento del crédito".

Y en la carta Nº 3 párrafo 2º : "Nosotros les confirmamos que tenemos entero conocimiento de las obligaciones de ... en relación con estos créditos frente a su Banco.

En el mismo sentido el párrafo 2º de la carta Nº 6.

b) .- Modalidad en parte distinta de la anterior se produce cuando, además del mero conocimiento, la declaración expresa que la operación crediticia es aprobada por la sociedad matriz, así en

la carta Nº 3, párrafo 2º : "Estos créditos han sido solicitados con nuestro acuerdo y con el de los otros accionistas".

En parecido sentido la carta Nº 5 párrafo 2º : "Estamos conformes con el tipo de línea de crédito propuesto por este Banco.

c) .- Existe todavía una tercera manifestación del supuesto que nos ocupa cuando la cláusula reconoce que la declaración de patrocinio es la razón o causa determinante de la concesión del crédito. (37).

D). DECLARACION DE PARTICIPACION

Constituye, con la anterior, lo que hemos denominado mínimo común denominador, y resulta esencial a la declaración de patrocinio, ya que con ella queda expresada precisamente la relación de sociedad matriz y sociedad filial.

Así lo vemos en la carta Nº 1 párrafo 1º : "A nuestra filial ....".

En el párrafo 2º de la carta Nº 2 : " Es una sociedad en la que el 51 % del capital pertenece a .... una filial subsidiaria de .....".

De igual manera en el párrafo 3º de la carta Nº 3 : "Confirmamos igualmente que somos propietarios del 60% del capital de la sociedad ....".

En el párrafo 1º de la carta Nº 4 : "Les confirmamos que controlamos totalmente el capital de nuestra filial, la sociedad ....".

De igual manera en el párrafo 1º de la carta Nº 5, o en

los párrafos 1º y 2º de la carta Nº 6.

En ocasiones, además de esta información sobre el tipo de participación en la sociedad filial, las cartas suelen contener manifestaciones acerca de las especiales relaciones en las que se desenvuelve la situación de control societario (por ejemplo, la confianza que la sociedad matriz deposita en los órganos de gestión de la sociedad filial).

E). DECLARACIONES DE MANTENIMIENTO DE LA PARTICIPACION

En ella, y esto suele recogerse a continuación de las declaraciones anteriormente citadas, la sociedad matriz no solo informa sobre su actual participación, sino que manifiesta de forma más o menos rigurosa su compromiso de mantener inalterada dicha participación, por lo menos durante la vigencia de la operación crediticia de que se trate.

Supone, como veremos, un cambio muy importante respecto de las anteriores, pues no es ya una mera declaración de conocimiento o de constatación de un hecho, sino de un compromiso que con mayor o menor rigidez asume la sociedad matriz. Todavía dentro de este tipo de declaraciones cabe distinguir tres modalidades :

a) .- Aquella en que la sociedad matriz se limita a manifestar su compromiso de mantener inalterada su participación. Por ejemplo, en la carta Nº 6, párrafo 2º : "Confirmamos que la empresa es completamente filial y es nuestra intención mantener el control de interés e influencia".

b) .- Con preaviso, cuando la sociedad matriz se compromete a mantener inalterada su participación y asume el compromiso de notificar previamente a la entidad financiera cualquier

modificación de la misma con anterioridad a que se produzca . En este sentido el párrafo 2º de la carta Nº 2: "Y asumimos que mientras que el préstamo esté subsistente ... no venderá directa o indirectamente o de otra manera dispondrá de su participación en ... sín anterior notificación a Vds. ".

Y, de igual manera, el párrafo 3º de la carta Nº 3: "E informaros inmediatamente en el caso de que nos viéramos movidos a modificar esta participación".

En el mismo sentido el párrafo 2º de la carta Nº 5.

c) .- Con acuerdo sustitutivo, en cuyo caso la sociedad matriz asume para el caso de alterar su participación, no solo el aviso a la entidad financiera, sino la conclusión con el de un nuevo acuerdo en términos de buena fe o el ofrecimiento de una garantía sustitutiva, típica o atípica. Así lo recoge el párrafo 3º de la carta Nº 4: "Bien entendido, que si estamos obligados por una razón cualquiera a renunciar a nuestra posición de socios mayoritarios en esta sociedad, nosotros adoptaríamos, antes con Vds. los acuerdos que juzgue necesarios para asegurar el buen fin de su crédito. (38).

F).       DECLARACION DE POLITICA GENERAL O  
          COMPORTAMIENTO CON LAS SOCIEDADES FILIALES

En tales declaraciones, la sociedad de control hace una declaración genérica de su política negocial en relación con sus filiales, y aún cuando dicho comportamiento puede ser concebido en términos absolutamente genéricos de sostén ("support") o en términos más específicos, relativos a algunos aspectos de dicha política o comportamiento, el dato diferencial de estas declaraciones respecto de otras (como las de mantenimiento de la solvencia), está en que no se hace referencia a la operación concreta de que se trata, sino que es una manifestación de política general de la sociedad. Las notas

características, por tanto son la ya apuntada de no referirse a una operación en concreto y la de que constituye, más que un compromiso de actuación, una declaración general de política o comportamiento de la matriz respecto de sus filiales.

Encontramos un ejemplo de dichas declaraciones en el párrafo 2º de la carta Nº 1: "Seguimos de cerca la situación financiera de nuestras filiales"; o en el párrafo 4º de la carta Nº 2: "En adición, ésta es para confirmar que la práctica negocial de ... es la de sostener a sus subsidiarias". En idéntico sentido el párrafo 3º de la carta Nº 5 "deseamos manifestarles que, como medida política esperamos vigilar la salud financiera de nuestras filiales".

G) DECLARACIONES RELATIVAS A LA SITUACION  
DE LA SOCIEDAD FILIAL EN ORDEN AL CUMPLI--  
MIENTO DE SUS COMPROMISOS CREDITICIOS

Dentro de esta rúbrica pueden distinguirse claramente dos modalidades :

a) .- Declaraciones en que la sociedad matriz manifiesta su opinión de que la sociedad filial está en condiciones de cumplir los compromisos adquiridos frente al ente financiador, sin asumir ningún compromiso ulterior de vigilancia o supervisión para el mantenimiento de dicha situación. Así, en el párrafo 2º de la carta Nº 1: "Nosotros estamos convencidos de que ... cumplirá todas sus obligaciones en lo que concierne a esta concesión".

Y en el párrafo 4º de la carta Nº 2 : "Y ... no tiene razón para pensar que ... no realizará el reembolso del préstamo de acuerdo con sus términos.

b) .- Aquellas declaraciones en que la sociedad matriz

asume también el compromiso de vigilar que la sociedad controlada o filial se mantenga la situación idónea para el cumplimiento de sus obligaciones, pero sin especificar deberes concretos, por ejemplo de mantenimiento de la solvencia, que constituyen el contenido típico de otras declaraciones. Encontramos dichas declaraciones en el párrafo 4º de la carta Nº 3: "Nosotros seguimos la gestión de la sociedad ... y hacemos nuestros mejores esfuerzos para velar por el desarrollo satisfactorio de sus operaciones financieras.

De igual manera en la carta Nº 4, párrafo 2º : "En consecuencia, nos comprometemos por la presente a velar para que ella esté siempre en situación de hacer honor a sus obligaciones frente a Vds".

#### H). DECLARACIONES DE MANTENIMIENTO DE LA SOLVENCIA

Se trata de aquellas declaraciones en que la sociedad matriz asume el compromiso de mantener a la filial en situación de solvencia que le permita el cumplimiento de sus obligaciones. Dentro de esta declaración genérica cabe hacer, de nuevo, una subdistinción del modo siguiente :

a) .- Declaraciones genéricas del mantenimiento de la solvencia en las que la declaración, no vincula el mantenimiento de la solvencia con el crédito u operación financiera de que se trate. Estas declaraciones se distinguen de las declaraciones de comportamiento o política general, como ya hemos señalado, porque en ellas no se hace referencia a una filial concreta, sino a la política general de la sociedad matriz. Es ejemplo de esto el párrafo 4º de la carta Nº 6 : " Tan pronto como quede concertado el crédito en descubierto, nosotros controlaremos el mantenimiento de la solvencia de la filial".

b) .- Declaraciones de mantenimiento de la solvencia con el fin específico de reembolsarla operación financiera de que se

trata. La distinción respecto de la anterior reside en la conexión efectuada entre la solvencia y, en ocasiones, la liquidez de la sociedad filial con los específicos efectos de reembolsar el crédito o facilidad crediticia concedida. En este sentido, la carta N° 4 en su párrafo 2º: " Y adoptar, en caso contrario, las disposiciones adecuadas para adoptarla de los medios financieros necesarios al buen fin de sus compromisos frente a Vds."

I). DECLARACIONES DE MANTENIMIENTO DEL CAPITAL Y/O PATRIMONIO

Tienen estas declaraciones como característica fundamental el compromiso asumido por la sociedad matriz de conservar o procurar a la sociedad filial el mantenimiento de su capital y/o patrimonio y a su vez pueden revestir dos modalidades :

a) .- Una prohibición inicial de disminuir o eliminar la "sustancia patrimonial" de la sociedad filial; se trata de una obligación de no hacer, asumiendo la sociedad matriz el compromiso de no perjudicar la situación de la sociedad controlada disminuyendo sus recursos, y por ende, su capacidad de cumplimiento (prohibición de "svuotamento"). Estas declaraciones no son muy habituales en la práctica pero se encuentran, en ocasiones, en relación directa a la prohibición de sustraer recursos o de realizar o permitir una gestión que produzca como efecto esta disminución de recursos.

b) .- Declaración de mantenimiento positiva, asumiendo la declarante el compromiso no solo de no sustraer o reducir, sino de mantener, cuando menos, inalterado el capital o patrimonio neto de la sociedad filial, Supone, por tanto, el compromiso de reintegrar las pérdidas que se hubieran producido y es frecuente en la práctica establecer un módulo de relación entre el capital y/o el patrimonio neto y el endeudamiento de la sociedad filial. Caso de que se modifique esta relación en sentido descendente obliga a la sociedad matriz a efectuar las aportaciones necesarias para restablecer su



equilibrio.

Dicha declaración se distingue de la de mantenimiento de la solvencia de la sociedad, pues el acento fundamental de liquidez que se pone en las anteriores declaraciones no es en absoluto consustancial a éstas. Así, puede tratarse de aportaciones "in natura" con las que se cumple el compromiso asumido por la sociedad matriz y sin embargo no tienen porqué traducirse en un aumento de la liquidez que permita a la sociedad controlada un fácil cumplimiento de sus obligaciones. (39).

#### J). DECLARACIONES DE CUMPLIMIENTO

Este último grupo de declaraciones está constituido por aquéllas en las que la sociedad madre se compromete, bien con carácter general o bien en determinados supuestos, a que la facilidad crediticia sea reembolsada al Banco por la filial o se asuma el compromiso de reparar las pérdidas que eventualmente pueda sufrir el Banco como consecuencia de la operación crediticia. Tales declaraciones constituyen la frontera de las declaraciones de patrocinio, ya que junto a ellas, (y a veces no es fácil la distinción), se encuentran declaraciones que formalmente pudieran ser consideradas como de patrocinio, por figurar en una carta, pero que en realidad constituyen figuras jurídicas típicas, y que por lo tanto quedan fuera del fenómeno que contemplamos. En síntesis, se trataría de declaraciones de patrocinio sólo en su aspecto formal, por estar incluidas en una carta que aparentemente reúne los caracteres comunes a las declaraciones de patrocinio, pero que en el fondo, constituirían garantías tipificadas por el ordenamiento jurídico distintas de la institución que examinamos.

NOTAS DEL CAPITULO PRIMERO

(1) Este fenómeno no es exclusivo de este tipo de declaraciones, pues como señala Gomez Segade, algunos problemas actuales del Derecho Mercantil, en Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría. Pag. 218, 1978, el centro de propulsión del Derecho Mercantil ha seguido con su corrimiento hacia el Oeste, y se ha colocado en los Estados Unidos de América. La preponderancia de los empresarios norteamericanos y su poderío económico, hace que por todo el mundo incluida Europa se expandan reglas jurídicas y soluciones al calor de la vida económica americana.

(2) Díez Picazo : Experiencias jurídicas y teoría del Derecho., Madrid, 1975, pág. 307 y 308 "La vida jurídica espontánea reacciona casi de inmediato ... reacciona creando sus propios cauces de operatividad y sus propios instrumentos (contratos atípicos, nuevas formas de documentación, etc. ) la aplicación del derecho, y en definitiva todo el fenómeno interpretativo reacciona más lentamente, pero reaccionan también".

(3) No se agotan los supuestos en los enumerados, pues también constituyen declaraciones de intención aquellas manifestaciones de ciertas empresas que habiendo adoptado el criterio de no aceptar formalmente letras de cambio y documentos semejantes, y para facilitar la financiación a sus proveedores, expiden declaraciones en las que manifiestan su intención de atender un pago concreto bajo ciertas condiciones, como la correcta y puntual recepción de la mercancía, etc. También puede comprenderse en la figura que a

continuacion estudiamos, aquellas cartas en las que una entidad financiera o de crédito manifiesta su intención de conceder facilidades crediticas a alguien, y esa carta, puede ser mostrada por el futuro beneficiario a terceros acreditando así su solvencia.

(4) Coviello Contratto preliminare Enciclopedia giuridica italiana Volumen III, Parte 3ª Sección 2ª.

(5) Roca Sastre El contrato de promesa Estudios de derecho privado, Tomo 1. Pág 624 y siguientes.

(6) De Castro Bravo, Federico : La promesa del contrato A.D.C., 1950, Pág. 1193.

(7) Culpa in contrahendo, 1981 (Obras escogidas, Traducción francesa, París. 1893. Pág. 1 y siguientes). V.I.D.

(8) Moreno Quesada, B. : La oferta del contrato. Génesis del contrato y responsabilidad antecontractual. Barcelona, 1963; Asúa, Clara: La culpa in contrahendo Tratamiento en el Derecho Alemán y presencia en otros ordenamientos. T. Doctoral, Donostia, 1987.

(9) Bessone Rapporto precontractuale e doveri di correttezza, R.T.D.D.P.C., 1972. Pag. 1021.

(10) Díez Picazo, Luis Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Madrid, 1979, pág. 191 y siguientes; Moreno Quesada, Bernardo, La oferta del contrato, R.D.N. 1956, pág. 42 y siguientes.

(11) La primera de ellas, ha sido objeto de un comentario en La Ley, Año 1989, Nº 2372 por Mª Paz García Rubio, sosteniendo -opinión que compartimos- la corrección de la misma en cuanto al planteamiento general del tema.

(12) Díez Picazo, Fundamentos cit. Págs. 191 y siguientes.

(13) Larenz, Karl, Derecho Civil. Parte general Trad. esp. Madrid, 1958, págs. 201 y siguientes.

(14) Para una mayor extensa referencia véase Lon L. Fuller y William R. Perdue, Indemnización de los daños contractuales y protección de la confianza. Barcelona, 1957, Traducción y Comentarios de José Puig Brutau; Angulo Rodríguez, Miguel, La responsabilidad civil por daños contractuales (Torts) en el Derecho Internacional Privado Inglés, A.D.C., 1970, pág. 367 y siguientes.

(15) Así Schraepler, Patronatserklarungen Als Sicheit en Zeitschr. für dachs ges Kreditwesen 1975; Bordt, Die Bedeutung von Patronatserklärung für die Rechnungslegung, in Die Wirtschaftsprüfung, 1975; Obermüller Die Patronatserklärung in Z.G.R. 1975. En la doctrina suiza Geigy-Werthemann, Die rechtliche Bedeutung garantieanliche Erklärungen von herrschenden Unternehmen im Konzern en Festgabe zum Schweizerischen Juristentag. 1973.

(16) Mazzoni, Alberto : Le dichiarazioni di "patronage" ", en "Nuovi tipi contrattuali e tecniche di redazione nella pratica commerciale". Milán 1978, pág. 39 y siguientes.

(17) López Uriel, Santiago : Las declaraciones de patrocinio y su función de garantía. R.F.D.U.C. 1987, pág. 325 y siguientes.

(18) Esta denominación, es utilizada por algún autor anglosajón, y también se ha mencionado por algún autor italiano, como Scotti Camuzzi, Unico azionista gruppi, "lettres de patronage" Milan 1979, pág. 121 y siguientes, si bien como una de las diversas hipótesis terminológicas a manejar, Alude a ella entre otras la

sentencia de 16 Diciembre 1985 de nuestro Tribunal Supremo. No parece útil esta denominación, pues como más arriba se ha indicado, más bien constituiría un género en que la carta de patrocinio sería especie, si bien, eso sí, perfectamente delimitada.

(19) Esta denominación la encontramos en Terray, J, la lettre de confort Banque, 1980, pág 329 y siguientes; de igual manera en Italia en Chiomenti, F. Le "lettere di conforto", R.D.C. 1974-1 aunque citando otras denominaciones. Entre nosotros, Aramendía Gurrea, en La llamada "carta de confort" y su problemática jurídica, R.D.B.B., 1984, pag. 779 y siguientes, utiliza esta denominación, que también es una de las que baraja la sentencia citada.

(20) Esta, como hemos dicho es la denominación más frecuente, y la encontramos, como título en el libro colectivo publicado por Feduci en 1.984, en el que intervienen diversos autores (concretamente Marc Bellis Michel Coipel, Jean Le Brun, Yves Pouillet et Charles Van Wymeersch, con la intervención de Marie Françoise Antoine, Marc Fallon y Alberto Mazzoni). En Italia Segni, La lettre de patronage come garanzia personale impropria, R.D.Civ. 1975, pág. 126 y siguientes; . Deli, María y Giardina, Andrea Le lettre di patronage, D.C.I. 1-1987; Di Meo, Walter La lettera di patronage nell'economia dell'azienda, Padova, 1984; De Giovanni, Francesco, Le lettere di patronage. Padova 1984. En nuestra doctrina, el ya citado López Uriel, en el artículo referido, así como en su trabajo sobre Condicionantes económicos-financieros en el nacimiento de las cartas de patrocinio publicado en los C.A.E. Nº 10. 1986; Valenzuela Garach La seriedad de las llamadas cartas de patrocinio, R.D.M., 1.987. Madrid 185-186; Sanchez-Guilarte Valor jurídico de las cartas de garantía o cartas de patrocinio. R.D.B.B. Nº 20. Octubre-Diciembre 1.985; Duque, Justino Las cartas de patrocinio en Nuevas Entidades, "Figuras contractuales y garantías en el mercado financiero", Madrid 1.990. Pag. 717 y siguientes, utilizan la expresión castellana patrocinio como traducción mejor de la expresión "patronage".

(21) Las tres expresiones citadas en primer término, son utilizadas frecuentemente en Gran Bretaña, y a ellas alude la citada sentencia de 16 de Diciembre de 1.985, que menciona "Letter of responsibility", "Letter of support". La expresion "lettere di gradimento" la emplea Prosperetti en Profili sistematici delle "lettere di gradimento", en B.B.T.C., 1, 1978, pág. 70 y siguientes si bien en un posterior trabajo utiliza la expresión "lettres de patronage", Dizionari di Diritto Privato, al cuidado de N. Irti, "Diritto Civile", Milano, 1980, pág. 555.

(22) Gómez-Rey utiliza la expresión cartas de cobertura, como denominación frecuente en la práctica bancaria. Gomez-Rey, Fernando . : Crédito y préstamos internacionales, Madrid, 1982.

(23) Sobre este punto véase sobre todo López Uriel, Santiago Condicionantes económico-financieros. C.A. cit. 1986. Feduci. Obra colectiva Les lettres de patronage, Van Wymeersch, Charles, Págs. 1 y siguientes; y Meo, Walter La lettera di patronage ..... cit. Cedam Padova. 1984. Capítulo 1º Pág. 3 y siguientes.

(24) Garrigues, Joaquin "Contratos bancarios". Madrid 1975. Pág. 293 y siguientes.

(25) Aramendía, Gurrea La carta de confort cit. pág. 780 y 781. Enumera como razones las siguientes : El deseo de la empresa madre de no sobrecargar su pasivo con obligaciones clásicas tales como las derivadas de una garantía formal; la pretensión de evitar trámites a veces difíciles de realizar que comporta la concesión de una garantía convencional; la intención de librarse de autorizaciones administrativas derivadas de las normas de control de cambio; razones de prestigio de la empresa matriz y por último la aspiracion más o menos confesada del emisor de no considerarse obligado jurídicamente y sí solo en el ámbito más cómodo y nebuloso de la moral.

(26) Respecto de la contabilización en el balance de las declaraciones de patrocinio, nos remitimos al final de este trabajo, (capítulo 4º ) en el que se hace una referencia a la relación de tales declaraciones y el denominado "derecho contable".

(27) También este tema, es objeto de consideración en este trabajo más adelante en relación con el derecho de sociedades. (capítulo 5º ).

(28) Se refiere al problema de las facultades de los administradores para el otorgamiento de garantías típicas y específicamente para el otorgamiento de una carta de patrocinio la ya citada sentencia de 16 de Diciembre de 1985, que también en este punto concreto será objeto de comentario más adelante. (capítulo 5º ).

(29) Nos referiremos a este extremo al tratar del derecho relativo al control de cambios en relación con estas declaraciones. (capítulo 6º).

(30) Van Wymeersch, obra citada pág. 14 señala que en Alemania en los años 60 se estableció un impuesto del 2% sobre toda aportación de capital efectuada por una sociedad madre alemana a las filiales, y las garantías emitidas en apoyo de un crédito que pudieran considerarse como sustitutivo de un aumento de capital estaban gravadas con un impuesto auténtico. Aunque fue suprimido en 1972, contribuyó activamente en aquél país al desarrollo de formas alternativas de garantías. En Suecia, advierte el mismo autor, cada compromiso que implica eventualmente una salida de divisas debe ser autorizado por el Banco Central, incluso por lo que respecta a las garantías.

(31) Han sido muchas las clasificaciones formuladas por la doctrina, desde la más simple o rudimentaria que distingue entre cartas de patrocinio débiles o fuertes, considerando las primeras como

aquellas que tienen una mera vinculación moral, y las segundas aquellas que tienen una vinculación jurídica. En este sentido, Sanchez Guilarte Valor jurídico de las cartas.... cit. si bien reconociendo que esta doble y atípica clasificación no excluye la formulación de otras sobre la base del estudio individual y pormenorizado de las cláusulas que cada carta de patrocinio incorpora.

(32) Otros como Prosperetti Profili sistematici...., cit. pág. 72, distingue entre declaraciones con función de garantía y declaraciones con función informativa. Segni La lettre de patronage come garanzia ..., cit. pág 129 distingue entre declaraciones que contienen la aprobación de la relación entre el Banco y la sociedad controlada, aquellas en las que se contiene un compromiso de ejercitar por parte de la sociedad matriz la propia influencia y aquellas en las que la sociedad matriz asegura que la sociedad filial no será insolvente o cumplirá regularmente. Di Giovanni, (Le lettre di patronage) cit. pág 32, distingue entre declaraciones de información, declaraciones de compromiso y declaraciones de "policy". En un sentido semejante Scotti Camuzzi, (Le lettre di patrocinio). Pág. 162 distingue entre declaraciones de conocimiento, declaraciones negociales de voluntad y declaraciones de intencion o de compromiso moral.

Entre nosotros Valenzuela Garach, (La seriedad de las cartas de patrocinio, R.D.M. Nº 185-186, pág. 387 y siguientes), prefiere hablar de tres familias. La primera se corresponde con el esquema de las cartas presididas por su carácter enunciativo o informativo, la segunda se corresponde con el compromiso de la sociedad matriz de ejercer toda su propia influencia sobre la dominada, y la tercera es aquella en la que el "patronant" asegura que su sociedad filial no será nunca insolvente y que cumplirá regularmente, para lo que incluso se compromete a dotar a la deudora de los medios necesarios, considerándolo como un caso de carta de patrocinio fuerte. Aramendía (La carta de confort y su problemática jurídica), cit. pág.



754 distingue entre cláusulas simplemente declarativas, cláusulas relativas al mantenimiento de la participación accionaria, cláusulas relativas al control de la filial y cláusulas referentes al apoyo financiero.

Otro sector de la doctrina, desde un punto de visto menos sintético, enuncia una tipología variada, así Atti, Analissa Il patronage e i gruppi i società. " Le fattispecie e il valore giuridico Contratto e impresa. Padova. 1985. Pág 890, distingue entre declaraciones de conocimiento, declaraciones de aprobación de la relación, declaraciones de confirmación del control, declaraciones en las que se contiene información de la sociedad controlada, declaraciones de "policy", declaraciones de futuro mantenimiento de la participación, declaraciones con las cuales se asumen específicas obligaciones cuando se ceda la participación en la sociedad controlada, declaraciones de influencia, declaraciones de prohibición de "vaciamiento", declaración de general mantenimiento de la solvencia, declaraciones que aseguran el cumplimiento, declaraciones concernientes a la futura disponibilidad de medios por parte de la sociedad controlada y declaraciones que recogen modelos legales típicos, que constituyen falsas declaraciones de patrocinio. Por su parte, Delli, Maria, y Giardina, Andrea, " Le lettere di patronage". D.C.I. 1987. Pág 275 y siguientes distinguen entre declaraciones de conocimiento, declaraciones confirmativas del control, declaraciones de futuro mantenimiento de la participación, declaraciones de "policy", declaraciones de influencia, declaraciones de no "vaciamiento", declaraciones de general mantenimiento de la solvencia, declaraciones de solvencia dirigida a reembolso, y declaraciones de asunción del riesgo de pérdidas. Finalmente, Mazzoni en Le dichiarazioni di patronage. Nuovi tipi.... cit. Pág. 70 y siguientes distingue entre declaraciones confirmativas del control, declaraciones de futuro mantenimiento de la participación, declaraciones de influencia, declaraciones de mera solvencia declaraciones de solvencia típicamente dirigida al reembolso, declaraciones de solvencia con aseguramiento

del cumplimiento por parte de la controlada, declaraciones reconducibles a la promesa del hecho de un tercero y declaraciones de "policy".

Otros autores combinan las clasificaciones generales con descripción de las diversas tipologías dentro de tales clasificaciones generales. Así Bellis, (Les lettres de patronage Feduci. Págs. 18 y siguientes, señala cuatro grupos fundamentales; cartas de patrocinio con referencia al crédito concedido, cartas de patronage y permanencia de la participación, cartas de patrocinio y estructura financiera. Entre nosotros, Justino Duque en Las cartas de patrocinio cit. distingue tres grandes grupos; cláusulas relativas al crédito concedido, cláusulas relativas a la participación y eventualmente a la permanencia de dicha participación y cláusulas relativas a la gestión y situación financiera de la filial. Entre las primeras se distinguen las cláusulas enunciativas, que a su vez pueden ser de simple conocimiento o de consentimiento del crédito y las que reconocen que la carta de patrocinio o la participación del patrocinante es la causa de concesión del crédito. Dentro de las cláusulas referentes a la existencia de una participación en la entidad patrocinada se distingue la simple declaración de las declaraciones cualificadas, las cuales a su vez pueden ser de seguir una política de conservación de la participación, de informar al beneficiario en caso de que transmita la participación o de constituir garantías cuando esta participación se transmita. Estos por su parte, plantean otras cuatro modalidades, a saber : La de consultar y llegar a un acuerdo, la de constituir una garantía determinada, la de subordinar la transmisión al consentimiento del beneficiario y la de condicionar la transmisión a la total liquidación de las deudas de la filial. Por último el tercer grupo, es decir las cláusulas relativas a la gestión y a la situación financiera de la filial permiten una doble distinción; aquellas que no implican la asunción de ningún compromiso, y aquellas que por el contrario encierran un compromiso, las cuales a su vez plantean cuatro posibilidades: La de reembolsar directamente el

crédito; la de poner todos los medios para que se efectúe el reembolso; la de poner algún medio concreto y la de observar alguna conducta pero sin asumir el cumplimiento del resultado, pudiendo ser esta conducta la de conservar ciertos "ratios" financieros o la subordinar sus créditos contra la filial a los créditos del Banco contra la misma.

(33) López Uriel "Las declaraciones de patrocinio y su función de garantía" citada. Pág.338 siguientes distingue dos grandes grupos: Aquellas declaraciones consistentes en manifestaciones de hechos o creencias y aquellas declaraciones consistentes en manifestacion de voluntad.

Dentro de cada una de ellas, distingue de forma detalladísima y pormenorizada los distintos tipos de declaración. Por su excelente tipificación consideramos oportuno reproducir literalmente su planteamiento :

I. Declaraciones consistentes en manifestaciones de hechos o creencias, en las que la sociedad madre emisora de la carta :

1). Declara conocer el contrato de crédito (ya concluido, en vías de conclusión o por concluir) entre la filial y el banco :

A) .- Simplemente, o sea, por referencia global y genérica al mismo.

B) .- Por referencia a su montante y/o a otras características específicas.

C) .- Por referencia expresa a la operación económica concreta que está en la base del contrato de crédito.

1 bis. Añade, eventualmente , a cualquiera de las

combinaciones anteriores algunas de las declaraciones siguientes :

- A) Que aprueba el contrato de crédito.
- B) Que el contrato es regular y válido.
- C) Que reconoce que el crédito ha sido concedido precisamente en razón y por causa de la emisión de la carta :

a) .- Admitiendo que la carta es elemento esencial en las negociaciones previas a la conclusion del contrato de crédito.

b) .- Reconociendo expresamente que la emisión de la carta es la causa (en el sentido de "razón determinante") de la concesión de crédito.

c) .- Reconociendo que la carta se emite conforme a las exigencias del contrato de crédito, que hace de tal libramiento una condicion del compromiso bancario.

d) .- Reconociendo que la carta es causa de la concesión de crédito, pero que ésta a su vez es la causa por la que se emite la carta.

2. Declara que controla a la filial :

- A) Totalmente, siendo titular de todas las acciones.
- B) Parcialmente. siendo titular de un tanto por ciento mayoritario :

a) .- Señalando o no el nivel concreto de participación.

b) .- Señalando o no si el control es directo o escalonado.

3. Declara que su política empresarial (policy) ha sido, es o será mantener un determinado comportamiento :

- A) .- Frente a las propias filiales.
- b) .- Frente a los acreedores de éstas.

II. Declaraciones consistentes en manifestaciones de voluntad, en las que la sociedad madre emisora de la carta :

1).- Se compromete a mantener (declaración positiva) o a no reducir o transferir (declaración negativa) la participación de control :

- A) .- Por tiempo indeterminado.
- B) .- Por el tiempo fijado.
- C) .- Por un tiempo razonable (de 30 a 90 días).
- D) .- Por todo el tiempo que dure el contrato de crédito.

1 bis) .- Añade, eventualmente, a cualquier supuesto anterior la matización :

- A) .- Sin haber advertido tempestivamente al Banco.
- B) .- Sin haber advertido previamente al Banco.
- C) .- Sin haber obtenido el previo consentimiento del Banco.

1 tris) .- Añade, eventualmente, para la supuesto de que realice la reducción o transferencia que en principio niega que efectuará, alguna de las declaraciones siguientes :

- A) .- Las partes deberán negociar de buena fe una solución satisfactoria.

B) .- El emisor deberá prestar, a petición del Banco y en su favor, una garantía determinada.

C) .- El emisor deberá satisfacer previamente todas las deudas de la filial frente al Banco por razón del crédito concedido.

2) .- Se compromete a ejercer su influencia y vigilancia sobre la gestión de la filial, para que ésta cumpla regularmente las obligaciones frente al Banco; incluso obligándose a proporcionar personal directivo.

3) .- Se compromete a no gestionar en el futuro a la filial de forma que resulte para ésta una disminución de su capacidad de cumplimiento.

4) .- Se compromete a no perjudicar la situación financiera actual de la filial, sustrayéndole fondos o recursos (prohibición de "vaciamiento").

5) .- Se compromete a poner en práctica todos los medios necesarios para mantener a la filial en una situación financiera tal que :

A) .- Pueda en todo momento hacer frente regularmente a sus obligaciones.

B) .- Pueda, al vencimiento, reembolsar regularmente el crédito al Banco.

6) .- Se compromete a poner en práctica ciertas medidas financieras, precisando que tienen por finalidad procurar el reembolso del crédito por la filial :

A) .- Poniendo fondos a la disposicion de la filial.

B) .- Poniendo medios técnicos a disposición de la filial.

7) .- Se compromete a poner en práctica ciertas medidas financieras pero sin hacer ninguna referencia a la finalidad de reembolso :

A) .- Manteniendo cierto nivel de capital.

B) .- Manteniendo ciertos ratios financieros.

C) .- Subordinando sus créditos frente a la filial, a los que tiene el Banco frente a la misma por razon del crédito concedido.

8) .- Se compromete a evitar cualquier pérdida al Banco relacionada con el credito concedido a la filial : o específicamente se compromete a que el crédito será regularmente reembolsado por la filial :

A) .- En todo caso.

B) .- En hipótesis perfectamente identificadas.

9) .- Se compromete, garantizando al Banco el reembolso a través de una figura jurídica tipificada por el ordenamiento, la cual se integra en la carta utilizándola como simple vehículo.

(34) La obra colectiva "Les lettres de patronage". Feduci, ya citada, recoge como anexo 57 modelos de cartas de patrocinio (Págs. 372 y siguientes).

(35) Es muy importante la exposicion de modelos reales, pues ellos, permiten y determinan un estudio que no sea meramente teórico. Por otro lado los modelos de que se parte, condicionan indudablemente la opinión, en este sentido, Chiamenti "Le lettre di

conforto" ya citada parte de dos modelos, y efectivamente las conclusiones a las que llega, solo pueden ser válidas respecto de esos dos modelos, y por lo tanto no pueden ser extrapolados, a otros que encierran fórmulas de mayor compromiso.

(36) Mazzoni "Le dichiarazioni di patronage" cit. Pág. 43.

(37) Pouillet, Yves "Les lettres de patronage". Feduci, cit. Pág., 89.

(38) Tambien puede admitirse como variante una simple declaración de "policy" de mantenimiento de la participación. En este sentido Pouillet, Yves, Feduci cit. Pág. 110.

(39) Mazzoni "Nuovi tipi" ... cit. Pág 52.



# CAPITULO SEGUNDO

CARACTER JURIDICO O EXTRAJURIDICO

DE LAS DECLARACIONES DE PATROCINIO

- I .- PLANTEAMIENTO GENERAL.
- II .- DERECHO COMPARADO; 1) ESTADOS UNIDOS; 2) ALEMANIA;  
3) ITALIA; 4) FRANCIA-BELGICA; 5) LA DOCTRINA Y  
LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA.
- III .- NORMAS MORALES, NORMAS O USOS SOCIALES, NORMAS  
JURIDICAS.- LA CONCURRENCIA DE DISTINTOS ORDE-  
NES NORMATIVOS.
- IV .- LA POSIBILIDAD DE EXCLUSION DE LA JURIDICIDAD.
- V .- PRESUNCION DE JURIDICIDAD.
- VI .- LA OBLIGACION NATURAL Y LAS DECLARACIONES DE PA--  
TROCINIO.
- VII .- LA INTERPRETACION.

I) .- PLANTEAMIENTO GENERAL .-

No nos planteamos aquí el tema de los efectos jurídicos concretos de las declaraciones de patrocinio, que son diferentes en las distintas clases de ellas y objeto de estudio en otro lugar de este trabajo. (40). Nos planteamos un problema previo; si el fenómeno contemplado pertenece al mundo jurídico o extrajurídico, y en conexión con lo anterior, de coexistir ambas posibilidades, si existe un criterio presuntivo de asignación a uno u otro. La falta de tipificación jurídica, lo difuminado de la redacción de muchas declaraciones de patrocinio, la creencia difusa en determinados medios de su falta de vinculación jurídica, etc., hacen que este tema se plantee por la práctica totalidad de los autores que han estudiado las declaraciones de patrocinio.

Como antes señalábamos, las cartas han nacido, en general como substitutivas de otras formas de actuación tipificadas en el ordenamiento jurídico, y de forma más o menos confesada, con mayor o menor intensidad, con el fin de evitar compromisos jurídicos, o cuando menos, compromisos jurídicos típicos. Ello obliga a encontrar el punto de equilibrio entre la atribución de consecuencias jurídicas típicas, que harían superflua la existencia de dichas declaraciones, y el dejarla al margen del derecho, con lo que la total ausencia de efectos jurídicos pudiera llevar a tales declaraciones al desuso.

Es preciso tener en cuenta además que los intereses del emisor y del receptor en las declaraciones de patrocinio, determinan que los primeros estén más dispuestos a considerar que en tales declaraciones no existe vinculación jurídica alguna, considerando que

se trata simplemente de acuerdos de cortesía; por el contrario los receptores en aquellos supuestos en los que, por el incumplimiento parcial o total de la obligación principal, deban volver sus ojos a la garantía establecida, estarán en posición de considerar la vinculación jurídica de las cartas de patrocinio, disponiendo así de medios más fuertes para obtener la reintegración del crédito (41).

La primera cuestión es, pues, la siguiente : ¿Estas declaraciones engendran un vínculo jurídico entre el banco receptor y la empresa emisora, o por el contrario la relación es extrajurídica, de modo que existe simplemente un acuerdo entre caballeros, una vinculación meramente moral e incardinable dentro de los usos o comportamientos sociales?.

Los dos ordenamientos jurídicos que probablemente representan las dos posiciones contrapuestas en este tema, son el derecho norteamericano y el derecho alemán. Nos referiremos a ellos en primer término, siguiendo fundamentalmente la exposición de Mazzoni (42).

## II) .- DERECHO COMPARADO .-

### 1).- Estados Unidos

La restrictiva orientación en el derecho de U.S.A. no reconoce, en las hipótesis consideradas como normales, en las declaraciones de patrocinio, ni la voluntad de obligarse contractualmente, ni la de prestar cualquier forma de garantía, todo ello en base a la tradición "Common law" en materia contractual, y en la convicción ampliamente difundida entre los banqueros de Estados Unidos del valor sobre todo moral y de confianza de tales declaraciones.

En este contexto sociojurídico, juega a favor de la orientación restrictiva el tradicional principio de interpretación estricta de las palabras o expresiones que reflejan la voluntad de obligarse contractualmente y que es, con toda probabilidad, una de tantas consecuencias mediatas de las limitadas posibilidades de ortopedia contractual ofrecidas por el "Common law". Una concepción rigurosa del vínculo contractual y sus consecuencias habrían impelido históricamente al "Common law" a asumir una actitud muy cauta en afirmar la existencia del vínculo contractual. Aunque la importancia de esta orientación es menor que en el pasado, se trata de un dato no despreciable cuando se considera comparativamente la actitud muy diversa en otros sistemas como el alemán. En este clima, el lenguaje voluntariamente difuminado en ciertas declaraciones, puede incluso en algunos casos transmitir una señal clara de no juridicidad, perfectamente advertible y advertida por los banqueros destinatarios y por sus abogados, inmersos en aquél clima y habituados a sopesar atentamente el valor de las formas acordadas con los interlocutores.

Sin embargo hay otras consideraciones que permiten matizar la afirmación anterior.

Se constata la observación de que en los Estados Unidos no es infrecuente en el mundo de los negocios que algunos comportamientos se juzguen como cumplimiento espontáneo de carácter moral, si bien, con mayor detenimiento puede observarse que tales comportamientos podían haber sido objeto de coacción jurídica. En este sentido cita Mazzoni una resolución que, si bien no contempla el tema que examinados, constituye una muestra de la tendencia apuntada (43). El caso expuesto pone de relieve que en ocasiones cabe considerar como morales determinadas obligaciones por quienes han de hacer frente a las mismas, pero los tribunales americanos desmienten esta consideración otorgando a tales obligaciones el carácter de perfectamente jurídicas.

Si bien es cierto que es característica del derecho anglosajón la dificultad o imposibilidad de hacer entrar una determinada especie en la disciplina contractual, no es menos cierto que esto queda compensado con la mayor elasticidad y capacidad de adaptación del sistema de "torts", y en este sentido se aplica con frecuencia respecto de las declaraciones no negociales, es decir, cuando se trata de declaraciones efectuadas por un tercero para inducir a la conclusión de un contrato entre otros dos sujetos, y cuando ese tercero ha actuado en el contexto de relaciones de negocios y tiene un interés propio en la conclusión de ese contrato. En estos casos muchos tribunales de los Estados Unidos han declarado una responsabilidad por la exactitud y corrección de las declaraciones efectuadas, y este mismo criterio pudiera ser aplicable a las declaraciones de patrocinio en las cuales, aunque se trate de declaraciones débiles, lo cierto es que se realizan con la finalidad de favorecer la operación crediticia de que se trata, y se refiere a situaciones cuya realización o permanencia depende por lo menos en gran medida de la declarante. Por ello, debe estimarse que existe un deber de cuidado a cargo de la sociedad declarante y en favor del banco receptor, de la declaración que pudiera desencadenar la responsabilidad de la sociedad matriz, si ésta no ha tenido cuidado de informar al banco del desarrollo negativo de la situación, de manera que el banco hubiera podido adoptar las medidas de protección adecuadas, tales como no ejecutar la operación, o si ya estuviera ejecutada, cancelarla, etc.

No puede excluirse, la relevancia de la declaración de patrocinio en un contexto más amplio de comportamiento de la sociedad de control, que consienta en fundar una responsabilidad de ésta, en virtud de un "stoppel" o una responsabilidad por apariencia para la protección de la garantía creada a los ojos de terceros en relación con las obligaciones de la sociedad controlada (44).

En definitiva, concluye Mazzoni, se debe ser cauto en afirmar el carácter esencialmente moral de las cartas de patrocinio en

el derecho americano (45).

2) .- Derecho aleman

El derecho alemán representa la dirección en cierto modo contraria a la examinada, por cuanto que en el mismo, y en términos generales, no se reconoce a las declaraciones de las que nos ocupamos una simple eficacia moral, sino que se trata de supuestos jurídicamente vinculantes. Una de las razones para ello, viene dada por el contenido de tales declaraciones en la práctica alemana; en efecto, es muy frecuente la existencia de cartas que contienen una serie de compromisos muy específicos, que hacen presumir la seria voluntad de obligarse jurídicamente. Para Mazzoni esta experiencia prefigura la que, considera, habrá de ser tónica general de la evolución en los demás países, ya que la creciente utilización de las cartas y su empleo en operaciones financieras de gran entidad, determinarán que la evolución vaya desde compromisos difusos y poco vinculantes a compromisos específicos con una mayor pormenorización y clara vinculación jurídica. En todo caso, esta evolución no debe ser tal que llegue a identificar estas declaraciones con las formas típicas de garantía, ya que, como hemos repetido, ello daría lugar a la desaparición de la fórmula al quedar confundida con tales fórmulas típicas de garantía.

No obstante, no es sola esta razón práctica la que justifica el mayor reconocimiento del valor jurídico de estas declaraciones en el derecho alemán, sino que existen otras razones ligadas al pensamiento jurídico de aquél país. Una es la reconocida tendencia de dicho derecho a ensanchar el área de la tutela jurídica del crédito mediante la ampliación de elementos contractuales, es decir, la dirección opuesta a la del derecho americano. En aquél, la rigidez contractual hace necesario acudir a formas extracontractuales, en éste, por el contrario, se produce un ensanchamiento de la tutela contractual, de tal manera que, a veces, el mecanismo exige forzar la

calificación jurídica de algunas relaciones cuyo carácter contractual resulta por lo menos dudoso; pero el sistema cerrado de los ilícitos civiles en dicho sistema, hace que las exigencias de la protección de la buena fe de determinadas declaraciones se realice calificandolos de ilícitos contractuales, especialmente cuando entre las partes existe una relación fundada en usos o costumbres negociales.

Esta ampliación parece perfectamente lógica y la admite no solo la doctrina alemana con carácter unánime, sino la doctrina de otros países, cuando se trata de declaraciones de mantenimiento de la participación, de vigilancia de la situación de la filial, de mantenimiento de la solvencia o de cumplimiento. Sorprende más cuando se hace referencia a declaraciones de participación o declaraciones de "policy" o política general en relación con las sociedad controladas.

En este sentido Obermüller (46) relaciona la declaración confirmadora del control de la sociedad y las declaraciones de "policy" con la figura del contrato de información. En la práctica negocial, no solo existen las garantías reales o personales en sentido típico, sino que tambien un modo de asegurar el cumplimiento de los contratos es una investigación previa sobre la solvencia y conducta del otro contratante y para ello es necesario obtener la debida información; esta información se obtiene, en ocasiones, a través de empresas especializadas en virtud precisamente de un contrato de información en el que, mediante precio, la empresa informadora facilita los datos precisos sobre las circunstancias relevantes del futuro contratante. (Es tambien una función que desempeñan los bancos en ocasiones de forma autónoma y en otras como un servicio complementario a sus clientes). Es evidente que en estos casos la empresa que facilita los informes se responsabiliza de su actuación, y tal responsabilidad tiene carácter contractual, puesto que está inmersa en la definición de un contrato perfectamente delimitado.



La carta de patrocinio desempeña, por lo menos en parte, esta función, pues ofrece una información concreta sobre la sociedad filial y sus relaciones con la sociedad matriz, que en ocasiones constituye un dato fundamental para la celebración del contrato. La jurisprudencia alemana ha admitido que la declaración de la sociedad matriz respecto de la sociedad filial conforma un contrato de información entre la declarante y el banco receptor de la declaración, surgiendo así una responsabilidad contractual cuando la información no sea exacta, o no sea completa, esto es, cuando se produzcan reticencias sobre circunstancias relevantes. Esta responsabilidad contractual no excluye la extracontractual, pero permite un régimen de mayor tutela para el receptor de la declaración, en el doble sentido de ampliar los supuestos de responsabilidad no sólo al dolo, o sea, a aquellas declaraciones conscientemente inexactas o reticentes, sino también al supuesto de culpa y establece además un régimen más favorable respecto a la carga de la prueba para la entidad receptora de la carta.

Por lo que respecta a las declaraciones de "policy" (deseamos destacar que es nuestra política mantener la "Bonit-t" de nuestra sociedad filial), considera Obermüller que dá lugar no solo a un contrato de información en el sentido señalado, sino que crean además la obligación de no modificar el estado de solvencia de la sociedad filial en el futuro, y más concretamente, durante el tiempo de vigencia de la relación crediticia de la filial con la entidad financiera. El fundamento de tal obligación está en que si se admitiera como lícita la posibilidad de modificar la conducta de la sociedad matriz respecto de la conducta comunicada al banco, tal declaración resultaría superflua, y ninguna seguridad tendría el banco con una declaración que, referida solamente al momento de la declaración, no comportara obligación a lo largo de la operación crediticia.

No obstante es preciso subrayar dos datos : El primero

es que no toda la doctrina alemana comparte este criterio, y así se muestran en contra R-mker (47) y Bordt (48), y por otro lado, que el término "Bonität", tiene en la práctica alemana no solo el sentido de la solvencia sino también de la voluntad de cumplir, la confianza y el buen nombre.

En definitiva, pues, se observa que la doctrina alemana recurre al contrato de información para derivar una información contractual de observar un comportamiento congruente con la política general anunciada. De este modo, la sociedad matriz queda comprometida a actuar como si en lugar de difuminar su declaración en términos de política general, la hubiera formulado en términos más comprometedores.

Por otro camino la doctrina alemana se muestra favorable al reconocimiento de la vinculación jurídica de las declaraciones que nos ocupan.

En efecto, es conocido el interés de la doctrina alemana por el tema de los grupos de sociedades, antes y después de la regulación de los mismos a partir del año 1965, que constituye la primera tipificación en la materia. (49).

Sin perjuicio de tratar este tema más ampliamente en otro lugar de este trabajo dedicado especialmente a los grupos de sociedades en relación con la declaración de patrocinio, en este momento baste decir que la doctrina alemana empeñada en la construcción de una teoría del grupo de sociedades que elabore los criterios para definir el ámbito de responsabilidad de la sociedad matriz por las obligaciones de las sociedades filiales, encuentra en las declaraciones de patrocinio un ejemplo cualificado de los comportamientos que justificarían la afirmación de dicha responsabilidad. Ello es así por cuanto que la sociedad dominante intercede en la conclusión de un negocio comunicando al banco que tal conclusión es de su interés, lo que equivale a una declaración -expresa o tácita- de asunción de

relativa responsabilidad. A través de la teoría de los grupos de sociedades y la responsabilidad de la sociedad matriz, se resuelven problemas derivados de la declaración de patrocinio, considerando aplicable dicha responsabilidad al denominado patrocinio de hecho, esto es, cuando ni siquiera existe declaración escrita, pero ese patrocinio pueda derivarse de determinadas actuaciones, (por ejemplo, cuando se trata de la renovación de un crédito amparado en su concesión inicial por una declaración de patrocinio).

Como señalábamos anteriormente,, el tema de los grupos de sociedades y la declaración de patrocinio habrá de ser objeto de análisis posterior, pero en relación con lo expuesto podemos señalar que si existe una regulación que imponga una responsabilidad a la sociedad matriz por las obligaciones de las sociedades filiales, tal responsabilidad derivará de la ley y no de la declaración, sin perjuicio de que ésta pueda servir como síntoma de la existencia de la dominación, prueba de la misma, o elemento para agravar, o por lo menos matizar las responsabilidades de la sociedad matriz.

### 3) .- Italia

Como señala Analisa Atti (50) la doctrina italiana en general considera que las declaraciones de patrocinio tienen una especial relevancia jurídica, sin perjuicio de que pueda excluirse en algún caso dicha eficacia manteniéndose en un plano extrajurídico y existiendo divergencias entre los distintos autores sobre la naturaleza del vínculo jurídico, para unos de carácter contractual y para otros de carácter extracontractual.

En este sentido Mazzoni (51) parte de la presunción de juridicidad de los citados documentos, o mejor, de las declaraciones contenidas en ellos. En su criterio, ello se desprende de la circunstancia cada vez más repetida de que tales declaraciones aparecen en las relaciones de negocios entre operadores económicos de notable

relieve y relativas a operaciones financieras muy importantes. Ello hace presumir que el intento normal de las partes es el de dar vida a una relación jurídica más que a un compromiso meramente social, fundando esta presunción tanto en una investigación comparativa del contenido de tales declaraciones, como en la praxis bancaria italiana. Partiendo de la juridicidad de la relación, cabe aplicar directamente la normativa de corrección y buena fe a todas las fases y perfiles de la relación. No obstante, ello no impide que determinadas declaraciones, de acuerdo con su tenor literal, reflejen única y exclusivamente compromisos extrajurídicos, pero tal hipótesis debe considerarse, según el citado profesor, como meramente excepcional, y además teniendo en cuenta que la declaración va dirigida a otro, tal exclusión de la juridicidad debe ser común, y no solo la intención de la parte que emite la declaración, ya que en este caso la posición intencional de emisor debe quedar reducida a mera reserva mental irrelevante.

Semejante es la posición de Marco Prosperetti, quien sostiene la eficacia jurídica de dichas declaraciones, tanto si desempeñan función de garantía como si desempeñan una función de información sobre hechos y juicios relativos a la persona (sociedad filial) destinataria de la facilidad crediticia ofrecida por el banco. Sin descartar aquellas hipótesis en las que de forma expresa se ha excluido la relevancia jurídica de la declaración. (52).

Del mismo modo Allegri (53) "en sustancia no es dudoso que en nuestro ordenamiento la eficacia jurídica de los acuerdos asumidos o de declaraciones dadas sobre el plano de la práctica, de la cortesía, de prestigio personal, necesitan estudios más profundos, pero esto no comporta, por cierto, que tales actos puedan considerarse del todo "legibus soluti"

De igual manera Galgano (54) quien considera que se trata de una vinculación no contractual, señalando que la exclusión de

una responsabilidad contractual de la sociedad holding constituye un trazo definitorio de patrocinio, cuya función es cambiar el título de responsabilidad : De responsabilidad contractual en responsabilidad extracontractual. De igual manera De Marco y Sparano (55).

Finalmente Segni (56) señala que en términos generales estas declaraciones se producen en el plano jurídico, de tal manera que, cuando no aparezca una voluntad distinta, la relación habrá de entenderse como perteneciente a la esfera del derecho. En otras palabras: lo que habrá de demostrarse es la voluntad de constituir una relación de cortesía, no la intención contraria; sin que constituyan, en su criterio, argumentos válidos, ni la generalidad de las formas usadas, ni la falta de recurso a instancias judiciales, porque la primera se justifica por la intención de la entidad emisora de no recurrir a la utilización de formas típicas de garantía, y porque en todo caso, tal indeterminación influirá sobre la validez de la cláusula, y no sobre la juridicidad de la relación. Lo mismo habrá de decirse del segundo argumento, ya que la falta de recurso a los tribunales se explica por la tendencia difusa de las grandes sociedades a evitar en lo posible los litigios judiciales.

Radicalmente distinta es la posición de Chiomenti (57), para el cual tales declaraciones contienen más una descripción que un compromiso, y en todo caso se trata más de un compromiso político que de un compromiso jurídico. En la práctica a este tipo de carta se le da según el autor citado en todo caso un valor limitativamente jurídico, y en réplica a la observación de Segni recogida anteriormente, señala Chiomenti que no hay demasiados procedimientos ante los Tribunales en la materia que nos ocupa, pero que tampoco existen arbitrajes al respecto, siendo esta instancia arbitral mucho más del agrado de las grandes sociedades.

Sin embargo hay que advertir que la opinión del citado autor se sustenta, en el artículo que hemos citado, en dos ejemplos o

modelos que recoge, los cuales no agotan, ni mucho menos los existentes en la práctica. Además, en el segundo de tales ejemplos, precisamente el que implica un mayor compromiso incluye una cláusula en la que la entidad emisora declara no ser su costumbre garantizar a las filiales, es decir, contiene una especie de reserva. Y también es oportuno destacar en relación con la opinión de este autor, que del contexto de su trabajo se desprende que la negativa del valor jurídico es sobre todo respecto de un compromiso de garantía, y no de otros compromisos que pudiera tener también valor jurídico.

En parecido sentido, Checchini considera que las cartas de patrocinio se adaptan perfectamente al fenómeno de "gentlemen's agreement", que revela la intención de las partes de concluir un acuerdo de compromiso colocándolo fuera de los confines del ordenamiento o, cuando menos, sin obtener el reconocimiento y la eficacia (58).

Por lo que respecta a la jurisprudencia, participa del criterio más generalizado, y así en sentencia del Tribunal de Milán de 10 de Mayo de 1979, se establece el valor jurídico de la declaración asimilada a la promesa del hecho de un tercero; la Corte de Apelación de Palermo en una sentencia del año 1982 reconoce el carácter jurídicamente vinculante, y el propio tribunal de Milán en sentencia de 30 de Mayo de 1983 señala que : " las declaraciones contenidas en la carta de patrocinio deben situarse a intención de hacer surgir vínculos jurídicos entre las partes". Por su parte la Corte de Apelación de Roma en resolución de 4 de Diciembre de 1979, consideró que una declaración de "policy" carece de naturaleza obligatoria.

Así pues, puede señalarse que la jurisprudencia italiana coincide con la mayor parte de la doctrina de aquél país, en el sentido de dotar de importancia jurídica a las declaraciones de patrocinio, sin perjuicio de reconocer la posibilidad de que las partes

excluyan esta vinculación en algunos supuestos concretos, dejando, por tanto, estas declaraciones en el mundo extrajurídico.

#### 4) .- Francia-Bélgica

La evolución de la doctrina y jurisprudencia en estos países se orienta a un progresivo reconocimiento de la vinculación jurídica de este tipo de declaraciones. No se desdeña, por ello, la distinción entre declaraciones de patrocinio "fuertes", con eficacia jurídica, y declaraciones jurídicas "débiles", las cuales no constituyen por sí solas compromisos contractuales provistos de acción, y que, todo lo más, pueden dar lugar a una responsabilidad en función de haber sido emitidas con dolo, mala fe o cuando las manifestaciones conscientemente no correspondan a la realidad.

Es preciso hacer notar, no obstante, que en el informe emitido en el año 1973 por la asociación francesa de bancos se atribuía a las cartas de patrocinio un carácter sustancialmente moral.

Por su parte Terray (59), reconoce como muy extendida en el mundo de los negocios la opinión de que las declaraciones de patrocinio poseen el valor de un compromiso moral, sin que los hombres de negocios sientan la necesidad de conocer con mayor exactitud y detalle el alcance de la garantía.

De todas maneras, también se examinan por este autor las distintas clases o tipos de declaración de patrocinio, atribuyendo sobre todo a las declaraciones de "policy" más un valor retórico que un compromiso obligacional de futuro.

Por lo que respecta a la jurisprudencia hay que destacar la resolución del Tribunal de Apelación de París de 25 de Abril de 1.979, que considera la existencia de auténticas obligaciones jurídicas en el caso en cuestión, y sobre todo la decisión del Tribunal

de Comercio de París de 13 de Octubre de 1981, que examinando las distintas cláusulas o declaraciones contenidas en la carta objeto de debate, distingue aquellas que encierra un simple compromiso moral de aquellas otras que encierran compromisos concretos consistentes en obligaciones de hacer que en caso de incumplimiento determinan la obligación de indemnizar. En aquel caso concreto se impone una condena de daños y perjuicios por importe de un millón de francos en relación con un crédito total de nueve millones.

El autor que con más detenimiento se ha ocupado de la cuestión es el profesor de la facultad de Ciencias Económicas y Sociales de Namur,, Michel Coipel (60). Para el citado autor la afirmación de que la carta de patrocinio constituye un compromiso moral es una percepción constatada en el medio bancario y de los negocios, pero no puede significar que la carta de patrocinio tenga exclusivamente un alcance moral. Del solo hecho de que la relación se perciba y viva sin hacer referencia al derecho, no puede inferirse que no tenga consecuencias jurídicas. No obstante, esto no quiere decir que sea imposible situar una relación de negocios fuera de la esfera del derecho, pero pese a esta exclusión cierta, en ocasiones no podrá ser total, por el papel que puede jugar la responsabilidad extracontractual.

Distingue el autor, aquellas cartas de patrocinio que no contienen sino declaraciones, ya se trate de declaraciones de hechos o de declaraciones de "policy"; en este tipo de cartas de patrocinio no hay compromiso de ningún tipo, ni jurídico ni moral. Ello no quiere decir que tales declaraciones no puedan tener un alcance en ocasiones jurídico y en ocasiones moral. Frente a estas declaraciones coloca aquellas que contienen un compromiso jurídico o un compromiso moral pero destacando que la intención de situar un compromiso fuera del derecho no puede establecerse sino por una manifestación de voluntad absolutamente clara. Por razón de la preponderancia del derecho sobre los otros órdenes normativos es normal, en caso de duda, presumir que



las partes se refieren al derecho. De todas maneras, las relaciones de negocio están generalmente recogidas por el derecho, incluso cuando las obligaciones jurídicas aparecen completadas por las obligaciones morales.

La intención de ligarse jurídicamente debe presumirse en las relaciones comerciales. La presunción admite prueba en contrario, pero ésta no puede resultar sino de una manifestación indiscutible de voluntad de las partes.

En la jurisprudencia belga nos referiremos a la decisión de 17 de Marzo de 1.983 del Tribunal de Comercio de Bruselas, en la cual, si bien la demanda de la Banca fue enteramente desestimada, se asume por el Tribunal que el compromiso tomado tenía carácter jurídico, si bien había quedado sin objeto.

#### 5) -- Doctrina y jurisprudencia españolas

Todos los autores españoles que se han ocupado del tema, han hecho referencia al problema del valor jurídico de las declaraciones de patrocinio.

El primer autor que se ocupó entre nosotros del tema, Aramendía, (61), dedica el cuarto apartado de su artículo a este tema bajo la rúbrica "Obligación jurídica, obligación moral" y estudia distintos tipos de declaración, para concluir que las cláusulas simplemente declarativas no engendran obligaciones positivas y por el contrario se mueven en el "campo difuso de los compromisos morales", atribuyendo a las demás declaraciones, ya sean relativas al mantenimiento de la participación, al control de la filial o al apoyo financiero, diferentes efectos jurídicos.

Sánchez Guilarte publicó en la Revista de Derecho

Bancario y Bursátil un comentario a la sentencia de 18 de Octubre de 1.984 de la Audiencia Territorial de Madrid, precisamente con el título "Valor Jurídico de las cartas de garantía o cartas de patrocinio" (62). Al hilo de los comentarios de la sentencia, el objeto de su trabajo es precisamente la determinación del valor jurídico de las declaraciones que nos ocupan. En sus consideraciones finales nos dice: "de la lectura de lo expuesto hasta aquí se deduce notoriamente nuestra posición favorable al reconocimiento de la eficacia obligacional de las cartas de patrocinio".

López Uriel en el comentario a la sentencia de 16 de Diciembre de 1.985 dictada por el Tribunal Supremo en el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid a la que acabamos de hacer referencia, (63), muestra su criterio en orden a la vinculación jurídica de tales declaraciones. Tras señalar que la sentencia comentada recoge la distinción entre cartas declarativas y cartas de compromiso, relegando las primeras al ordenamiento moral, señala que también las declaraciones de hecho, si bien no engendran obligaciones contractuales, pueden tener en su caso eficacia jurídica por la vía de la responsabilidad extracontractual.

Por otro lado, al juzgar esencial la vinculación entre la existencia del grupo de sociedades con las cartas de patrocinio, viene a reconocer su carácter jurídico, si bien, sobre todo, por la vía de la normativa o interpretación jurisprudencial de la responsabilidad de la sociedad matriz por las actuaciones de las filiales.

Valenzuela dedica la tercera parte de su artículo "La seriedad de las cartas de patrocinio", al estudio "de la discutida significación jurídica de la carta de patrocinio" (64) y considera que en la carta de patrocinio pueden perfectamente coexistir declaraciones plenamente eficaces y vinculantes en el plano jurídico, con declaraciones conscientemente sancionables en el plano ético y social. No hay inconveniente jurídico para admitir que en un único

documento puedan transcribirse obligaciones jurídicas por un lado y morales y sociales por otro, notando que en la práctica se produce una escasez absoluta de supuestos concretos que puedan quedar íntegramente confinados en el "limbo de los "gentlemen's agreements" en su estado puro". Lo anterior, no impide que prevalezca la calificación de la relación como jurídica, aunque estrictamente, sólo en parte contenga obligaciones de este tipo.

Justino Duque (65) considera que hay que rechazar la generalización de la concepción extendida en el mundo de los negocios de que las declaraciones de patrocinio tienen un valor de compromiso moral, pues no cabe duda de que el tráfico ofrece supuestos en los que las cartas y sobre todo la intención de las mismas han sobrepasado el ámbito del mundo moral. Este autor admite, asimismo que la declaración de patrocinio en muchas ocasiones puede constituir una garantía no exigible jurídicamente ante los Tribunales, aunque también en estos casos la función de las cartas de patrocinio no queda extramuros del ordenamiento jurídico.

La jurisprudencia en nuestro país está constituida por dos sentencias relativas a un mismo asunto, la ya citada de la Audiencia Territorial de Madrid de 18 de Octubre de 1.984 y la dictada en casación de este mismo asunto de 16 de Diciembre de 1985 por el Tribunal Supremo a la que también hemos hecho referencia.

En la primera de ellas, se reconoce, en términos generales la eficacia jurídica de las declaraciones de patrocinio : "Que sin hipervalorar la opinión doctrinal dirigida a conseguir el reconocimiento y el valor legal de las llamadas cartas de patrocinio e influencia...", si bien en el caso sometido a la consideración de la Audiencia, el Tribunal entiende que la carta contiene declaraciones sin intención obligacional alguna, de cuyas declaraciones no puede deducirse la existencia de fianza o contrato atípico de garantía.

Por su parte la sentencia del Tribunal Supremo recoge en el segundo de sus Fundamentos de Derecho la distinción entre las cartas en las que el emisor contrae una obligación y aquellas expresiones declarativas, limitadas a la afirmación de hechos o manifestaciones de pareceres, sin asumir compromisos, que solo ofrecen repercusiones en el orden estrictamente moral. Insiste en el fundamento de derecho siguiente, que no existe obstáculo legal para entender eficaces en nuestro ordenamiento positivo las cláusulas de apoyo financiero con una fuerza vinculante fundada en el principio de libertad de contratación proclamado en el Art. 1255 del Código Civil y concordantes, pero que ello no es aplicable a las declaraciones meramente enunciativas que carecen de obligatoriedad.

Con independencia de la crítica que puedan merecer las citadas sentencias, y a la que haremos referencia en otro lugar, puede afirmarse que en las mismas se recoge la eficacia jurídica de unas declaraciones de patrocinio, especialmente las que -cumpliendo unos determinados requisitos- impliquen la asunción de un compromiso, y, por el contrario, se reconoce eficacia exclusivamente moral a aquellas que no recogen compromiso alguno y que se limitan a enunciar o declarar hechos o pareceres.

III) .- **NORMAS MORALES, NORMAS O USOS SOCIALES, NORMAS JURIDICAS.-**  
**LA CONCURRENCIA DE DISTINTO ORDENES NORMATIVOS.-**

Tras el examen de las distintas opiniones, reproducimos la cuestión planteada : Las declaraciones de patrocinio engendran un vínculo jurídico entre el Banco receptor y la empresa emisora, o por el contrario tal relación es extrajurídica, tratándose pues, de una vinculación meramente moral, o incardinable dentro de los usos o comportamientos sociales. Esta cuestión exige en primer término una delimitación en relación con los distintos órdenes normativos que tratan de regular el comportamiento social.

En efecto, cuando manifestamos que la relación puede ser extrajurídica, y concluimos que, no obstante, existe una vinculación, es muy frecuente calificar a tal relación como vinculación moral.

Ello exige una previa delimitación y hace precisa una referencia, siquiera sea breve, a uno de los problemas más importantes del derecho, que constituye asimismo una de las cuestiones más debatidas; se trata de la existencia junto al orden normativo jurídico de otros órdenes normativos dirigidos a regular la conducta del hombre, especialmente la moral y los denominados usos sociales.

No es este el lugar para comentar las discutidas relaciones entre derecho y moral, sino tratar de establecer aquí, en lo posible, y a los efectos de delimitación antes citados, un criterio de distinción de los tres órdenes normativos. En este sentido, las normas morales difieren de las jurídicas por cuanto que van dirigidas no solo a regular los actos exteriorizados del hombre en su vida social, sino también a los actos internos, y en cuanto a que es un criterio de valoración más estricto en la moral (la bondad) que en el derecho, de modo que la valoración jurídica del acto es lo lícito o lo no impedito por los demás, y en la moral es lo debido, de tal manera que de los distintos actos que un sujeto puede realizar solo debe realizar uno determinado (66).

Los usos sociales (67) pueden considerarse, en un doble sentido, siguiendo en este punto la exposición de Legaz Lacambra (68), unos designados como simples hábitos adquiridos generalmente por contagio e imitación, que no suponen por no seguirlos una determinada consecuencia o sanción, incluso entendida ésta en sentido amplio, y otros, que podemos denominar usos sociales en sentido estricto, que no son costumbres particulares frente a la moda, sino auténticas de la sociedad y que tienen una normatividad propia que no es estrictamente moral o jurídica, su transgresión implica para el sujeto tener que

sufrir una determinada consecuencia, la cual a diferencia de la contenida en la norma jurídica, no podrá ser impuesta por la fuerza coactiva de los órganos que detentan el poder público o, en la terminología empleada por Kantorowitz, (69) no puedan ser consideradas como justiciables, es decir, no pueden considerarse como normas aptas para ser aplicadas por un órgano judicial en un procedimiento determinado. (70).

Pues bien; cuando nos referimos a la vinculación extrajurídica posible en las declaraciones de patrocinio, nos estamos refiriendo no a una vinculación moral en el sentido antes citado, sino más bien a una vinculación incardinable dentro de los usos o comportamientos sociales, bien entendido que se trata de usos sociales en sentido estricto -no de meros hábitos- que implican, por tanto, una sanción o reacción desfavorable en caso de incumplimiento, pero que no pueden, en la terminología antes adoptada, considerarse como "justiciables", pues ello queda reservado a las normas jurídicas y por tanto a las vinculaciones basadas en dichas normas.

Aunque nos referiremos, por ser una terminología utilizada corrientemente a vinculación moral, quede bien entendido que, en rigor, no nos referimos a la moral en sentido estricto, sino en todo caso a la moral adjetivada como moral social (71) cuya sanción no es la íntima reprobación de la conciencia, sino la actitud de los demás manifestada en la reprobación o descalificación general, o en mayores dificultades para relaciones en el futuro dentro del medio económico en el que el infractor se mueve, etc. (72).

Esto no quiere decir que, como es obvio, el mismo acto no pueda ser objeto de consideración por las normas morales, por las jurídicas y por los denominados usos sociales. Utilicemos el ejemplo de una carta de patrocinio: Supuesto que su contenido expresa con claridad una vinculación jurídica de la sociedad emisora que le compromete incluso al cumplimiento en defecto de la sociedad filial,

si la sociedad emisora no cumple su compromiso, tal incumplimiento sería evidentemente reprobado por las normas jurídicas, pero sin duda alguna por las normas morales en sentido estricto, y produciría también la reprobación social en el medio económico en el que esa sociedad su mueve.

Pero también podemos concebir una reprobación jurídica de tal incumplimiento que no vaya acompañada de reprobación moral porque tal vez la entidad emisora puede tener razones que no sean válidas desde el punto de vista jurídico ante los Tribunales. Dichas razones pueden derivar, por ejemplo, de la actitud abusiva del Banco concedente de la facilidad crediticia, sin que el incumplimiento arrastre una reprobación social de otras entidades financieras conocedoras del abuso. Cabe, naturalmente, que sin posibilidad de ejercicio jurídico para la exigencia del cumplimiento, y tal vez sin reprobación moral por las razones antedichas, el resto de los sujetos del medio consideren socialmente reprochable la actitud incumplidora de la entidad que ha emitido la declaración de patrocinio, por entender que ello constituiría una (antisocial) violación de los pactos y compromisos habituales entre los sujetos intervinientes.

En síntesis, los ejemplos citados pretenden poner de manifiesto que si bien la reprobación, en ocasiones, puede basarse únicamente en la aplicación de alguno de los tres órdenes normativos citados, en otros, probablemente en la mayor parte, la reprobación tenga un fundamento común en todos ellos. (73).

#### IV) .- LA POSIBILIDAD DE EXCLUSION DE LA JURIDICIDAD .-. -

Seguidamente, es preciso referirse a otro presupuesto, ya que sigue siendo válida la pregunta acerca de si los particulares

pueden excluir del mundo jurídico determinados actos o convenciones. Dicho de otra manera, si el derecho permite que determinados conflictos interindividuales le sean ajenos y queden resueltos por su propia dinámica o por aplicación de las que hemos denominado normas sociales.

Como señala Díez Picazo (74) existen en la vida social determinados conflictos a los que el citado autor denomina "conflictos económicos", cuya resolución queda fuera del derecho porque en ellos no se siente la necesidad de pronunciarse sobre una especial tutela jurídica. Naturalmente, incluso dentro de estos conflictos, en ocasiones el derecho se ve forzado a intervenir porque la Comunidad exige la intervención propiamente jurídica. Tal intervención puede venir determinada porque los medios que se utilizan para la resolución del conflicto son de tal naturaleza que el derecho no puede ser ajeno a ellos, y en ocasiones porque la repetición de los conflictos, la virulencia de los mismos u otras circunstancias hacen que la Comunidad reclame la intervención jurídica para su relación. (En este sentido es evidente que existe un trasvase de los que llamaríamos conflictos sociales o económicos a los conflictos propiamente jurídicos, trasvase que se produce en ambas direcciones).

Por tanto, se parte de un principio que difícilmente se encuentra en el Ordenamiento positivo, y que es precisamente la amplitud de dicho Ordenamiento, esto es, si el mismo deja fuera a determinados conflictos o por el contrario si todas las acciones del hombre en sociedad están reguladas por el Derecho. Inútilmente buscaríamos en las leyes esta elección, que, sin duda, es anterior a las propias leyes en un sentido lógico.

En apoyo de la posibilidad de que existan relaciones al margen del derecho, existe un argumento primario de observación, y es la existencia real de conflictos de intereses en los que el derecho no interviene. Por ejemplo, competencia entre empresarios utilizando



medios lícitos.

La doctrina italiana recoge la posibilidad de que los interesados puedan excluir del ámbito jurídico una determinada relación bajo la expresión "intento giuridico negativo", que podemos traducir como intención de excluir la juridicidad. Un detenidísimo estudio al respecto lo encontramos en la obra de Aldo Checchini ya citada Rapporti non vincolanti e regola di correttezza (75). Para este autor, el intento jurídico negativo no puede entenderse como voluntad de precluir, en términos generales, toda relevancia jurídica al acuerdo, sino que ha de ser interpretado como exclusión de un "contenido" jurídicamente vinculante de la relación, la cual resulta fundada sólo sobre la palabra de caballero o sobre la intensa relación personal que une a las partes. Es importante señalar que esta intención de excluir la juridicidad no comporta la posibilidad general, otorgada a los interesados y a su arbitrio, de considerar, sin más, fuera de la órbita del derecho una determinada relación, pues los efectos del negocio jurídico no dependen de la voluntad de los interesados, sino que vienen determinados por la ley. No obstante, también debe distinguirse la admisión del intento jurídico en relación con el contenido del acto y la eficacia del intento en relación con los efectos ligados al acto por parte del ordenamiento; en este sentido, continúa el autor diciendo que una cosa es decir que el intento jurídico no expresa ninguna significación en la interpretación de la voluntad negocial y otra distinta que los efectos jurídicos del negocio no puedan referirse a la intención de las partes, en cuanto son producidos por la voluntad de los sujetos del negocio, sino que deben ligarse únicamente a la valoración de la ley. La distinción es esencial porque en base a la misma, quedando firme la competencia exclusiva del ordenamiento en orden a los efectos negociales, se puede admitir que el intento jurídico no sea extraño al contenido de la regulación sino que pueda iluminarlo de forma determinante, desarrollando un papel relevante en la interpretación de la intención común de las partes.

Su fundamento último está en el principio de libertad, de autonomía de la voluntad y en el concepto del poder jurídico, "si el significado sustancial del concepto de autonomía negocial define el poder de regular libremente los propios intereses recurriendo al negocio jurídico como instrumento jurídico establecido por la ley para atribuir a la citada regulación una relevancia formal y una tutela, cabe deducir que no solo consiente a los sujetos disponer de sus derechos, sino por su propia naturaleza consiente además, poder no valerse del medio negocial, para regular situación intersubjetivas determinadas por el tráfico social, en el cuadro de una más amplia libertad de acción del individuo" (76).

Por lo tanto, desde el principio de autonomía de la voluntad, entendido en un sentido primario, esto es, no sólo que los particulares pueden autoregular sus relaciones de la forma que tengan por conveniente dentro de los límites marcados por el derecho (Art. 1255 del Código Civil) sino aún más; que tal autonomía autoriza a excluir de la normativa jurídica dichas relaciones en la forma antes indicada, es decir, corresponde a los interesados decidir qué intereses intentan satisfacer en concreto y cómo satisfacerlo. No se trata, pues, de que dispongan del ordenamiento jurídico, sino de que dispongan de sus propios intereses. Por ello, y de la manera en que la autonomía de la voluntad tiene sus limitaciones, también esta posibilidad de exclusión las tiene, como veremos a continuación.

No es ajena al problema una cuestión política; la decisión previa sobre intervencionismo del Derecho en todos los ámbitos de la vida social, o por el contrario la utilidad de dejar a los particulares en términos generales la resolución y composición de sus propios conflictos, especialmente cuando no existe una situación de desigualdad que justifica el intervencionismo del Derecho. Esta reflexión parece especialmente aplicable a las declaraciones de patrocinio, en las que no puede decirse que sus intervinientes estén en

condición de desigualdad, pues representan a factores poderosos en la sociedad económica (sociedades holding y entidades bancarias o de crédito).

No obstante, aún cuando admitieramos la validez de la intención de excluir la juridicidad, no puede decirse que, mantenida la relación en el ámbito del "gentleman agreement", ello suponga la absoluta desvinculación del derecho. Ya por la vía del respeto al principio de buena fe, ya por vía de la responsabilidad extracontractual, tales relaciones o aspectos concretos de las mismas, son contempladas por el Derecho (pensemos, por ejemplo, en una actitud dolosa y en la irrenunciabilidad que consagra el Código Civil respecto a la acción de responsabilidad por dolo).

Debe hacerse una segunda matización, siguiendo en este punto la construcción de Di Giovanni (77). Partiendo de las ideas ya expuestas según las cuales el intento jurídico negativo debe entenderse posible, en tanto en cuanto no se valora solamente una voluntad dirigida a comprometerse jurídicamente a un efecto que las partes representan empíricamente, sino también una voluntad de excluir conscientemente la función práctica reconocida por el derecho a un determinado acuerdo, manteniéndose la relación sobre un plano amistoso, de tal manera que es necesario contemplar la voluntad de las partes como criterio de interpretación del modo en el cual ellas han querido vincularse, bien entendido que éstas no han realizado un acuerdo regulado de manera particular por motivo de sus relaciones de cortesía, amistad o lealtad, sino un acuerdo que debe permanecer en el plano de las relaciones entre caballeros porque el interés de las partes se realiza solo ante una actuación de su acuerdo en dicho plano. Partiendo de ello, la posibilidad de elección entre una relación jurídica y un "gentlemen's agreement" queda excluida en determinados casos, ya que la finalidad práctica perseguida por las partes no puede realizarse sino a través de efecto jurídico del acto negocial. Así, si se presta una fianza, no cabe obtener la finalidad perseguida

prescindiendo de los efectos contemplados en el ordenamiento jurídico, pues la finalidad práctica perseguida por los interesados no puede realizarse sino en el plano jurídico, quedando inseparables los dos perfiles. En estos casos el acuerdo corresponde a un esquema legalmente tipificado y el acuerdo de contenido análogo, pero mantenido en el plano amigable, no tiene la misma función práctica o económica.

Por el contrario, cuando se trata de una finalidad perseguida por los interesados que no encaja en un esquema legalmente tipificado, es posible que esta función o finalidad práctica pueda encontrarse tanto a través de un acuerdo con vinculación jurídica como a través de un acuerdo con vinculación extrajurídica.

En resumen, si la finalidad perseguida por los interesados encaja en un esquema jurídico típico, tal finalidad no podrá buscarse fuera del mismo, siendo irrelevante la intención de excluir la juridicidad; por el contrario, si se trata de un fin no recogido en un esquema tipificado en el ordenamiento jurídico, tal finalidad podrá obtenerse tanto a través de un pacto entre caballeros o de una relación jurídica. (78).

Tales notas son perfectamente predicables de la declaración de patrocinio, pues al no estar tipificada, cabe que la finalidad perseguida por los interesados se obtenga a través de una relación jurídica o a través de una relación relegada exclusivamente al plano de la obligatoriedad social o moral en el sentido indicado, sin que en el primero de los casos, como ya hemos señalado repetidamente, tal relación quede absolutamente desligada del ordenamiento jurídico, ya que una cosa es que no sea un acuerdo jurídico vinculante y otra distinta que tal acuerdo carezca de la posibilidad de producir efectos jurídicos.

Puede llegarse a la conclusión antes citada desde otro punto de vista. En efecto, el principio de libertad que constituye el

prescindiendo de los efectos contemplados en el ordenamiento jurídico, pues la finalidad práctica perseguida por los interesados no puede realizarse sino en el plano jurídico, quedando inseparables los dos perfiles. En estos casos el acuerdo corresponde a un esquema legalmente tipificado y el acuerdo de contenido análogo, pero mantenido en el plano amigable, no tiene la misma función práctica o económica.

Por el contrario, cuando se trata de una finalidad perseguida por los interesados que no encaja en un esquema legalmente tipificado, es posible que esta función o finalidad práctica pueda encontrarse tanto a través de un acuerdo con vinculación jurídica como a través de un acuerdo con vinculación extrajurídica.

En resumen, si la finalidad perseguida por los interesados encaja en un esquema jurídico típico, tal finalidad no podrá buscarse fuera del mismo, siendo irrelevante la intención de excluir la juridicidad; por el contrario, si se trata de un fin no recogido en un esquema tipificado en el ordenamiento jurídico, tal finalidad podrá obtenerse tanto a través de un pacto entre caballeros o de una relación jurídica. (78).

Tales notas son perfectamente predicables de la declaración de patrocinio, pues al no estar tipificada, cabe que la finalidad perseguida por los interesados se obtenga a través de una relación jurídica o a través de una relación relegada exclusivamente al plano de la obligatoriedad social o moral en el sentido indicado, sin que en el primero de los casos, como ya hemos señalado repetidamente, tal relación quede absolutamente desligada del ordenamiento jurídico, ya que una cosa es que no sea un acuerdo jurídico vinculante y otra distinta que tal acuerdo carezca de la posibilidad de producir efectos jurídicos.

Puede llegarse a la conclusión antes citada desde otro punto de vista. En efecto, el principio de libertad que constituye el

espíritu de los Arts. 1255 y apartado 2º del Art. 6º de nuestro Código Civil, no solamente cabe interpretarlo dentro del ámbito de la juridicidad, sino que ha de extenderse más allá, en el sentido de excluir la ley aplicable, y por tanto la juridicidad, sin sustitución por otra normativa jurídica.

Ahora bien, esto sentado, la autonomía de la voluntad, puede interpretarse en el sentido amplio de considerar que los particulares tienen libertad de comprometerse, fijar el contenido del compromiso y rehusar la utilización de las reglas legales previstas para la hipótesis de un compromiso jurídico, salvo que exista una voluntad fraudulenta de escapar a una ley de orden público (79). Cabe también la interpretación en un sentido más restrictivo, según el cual sólo quedan zonas de actividad regidas por reglas distintas de las del derecho en dos casos: cuando el derecho estime inútil su intervención o cuando se considere indiferente, teniendo en cuenta el carácter poco importante social o económicamente hablando de los comportamientos a contemplar. (80). Esta última concepción parece más acorde con la redacción del párrafo 2º del Art. 6º de nuestro Código Civil, ya que sólo puede excluirse la ley aplicable -"solo serán válidas"- cuando no contraría el interés ni el orden público ni perjudique a terceros tal exclusión voluntaria, o lo que es igual, cuando no se estime justo o útil intervenir.

En el caso que nos ocupa, no parece necesario desde el punto de vista de la justicia, la intervención del Derecho, teniendo en cuenta que los interesados están en pie de igualdad y no puede decirse que la entidad financiera destinataria de la declaración esté necesitada de una especial protección. Cabe pensar, asimismo, que las reglas de conducta establecidas en el mundo de los negocios funcionan aparentemente de una manera eficaz y satisfactoria, estableciendo una autoregulación cuando menos tan bien adaptada a este mundo particular como puede serlo la regulación jurídica. Siguiendo este razonamiento, puede considerarse la posibilidad de que la declaración de patrocinio

quede fuera de la órbita jurídica si así lo han establecido los intervinientes.

De la exposición anterior se deduce la conclusión de que el compromiso o compromisos asumidos por las declaraciones de patrocinio pueden quedar al margen del derecho y ser regulados por las normas morales o sociales, si esta es la intención y deseo de los intervinientes. Ello no supone que las normas jurídicas no puedan afectar de un modo u otro a tales declaraciones, lo que se conjuga una vez más con el problema que afecta a la viabilidad de tales declaraciones y que es el del necesario equilibrio de la función desempeñada por ellas fuera de los esquemas previstos en el ordenamiento y en el de su transcendencia jurídica para no hacerlas inútiles.

Sentado lo anterior, será preciso establecer una función de interpretación-calificación de las declaraciones de patrocinio para determinar si pertenecen al mundo de los acuerdos jurídicos o de los acuerdos amistosos.

#### V) -- PRESUNCION DE JURIDICIDAD

Nos referiremos próximamente a la interpretación-calificación, a la que aludíamos al final del apartado anterior, pero antes debe plantearse el problema de si, una vez que se ha efectuado el intento de determinar la voluntad de los interesados al respecto y tal labor no ha dado el resultado apetecido, puede establecerse una presunción de juridicidad o de no juridicidad que sirva por tanto de criterio para la resolución de estos supuestos dudosos.

Di Giovanni en su obra ya citada (81), siguiendo en parte la construcción general del también citado Checchini (82), niega que pueda formularse una presunción de esta naturaleza. Su

establecimiento del mismo modo que la afirmación de una presunción de exclusión de la misma por lo que respecta a las declaraciones de patrocinio, constituye un a priori no justificado. Lo que es necesario determinar, para conocer si nos hallamos ante una determinada declaración de patrocinio en el marco de un compromiso jurídico, será precisamente la existencia de una causa, entendida como justificación y fundamento de que tal promesa pueda considerarse inserta en un pacto jurídicamente vinculante. Esta causa no es sino la razón justificativa de la asunción por parte del promitente del riesgo de verse condenado al cumplimiento como consecuencia de un interés o de una ventaja que espera obtener al efectuar la promesa y cuya existencia revela en el fondo de la declaración un interés egoísta de naturaleza típicamente económica, idóneo, en abstracto, para justificar la coercibilidad del compromiso asumido. Ciertamente la existencia de este interés no parece suficiente para calificar, o mejor, para resolver la duda planteada en todos los casos, porque ello nos llevaría a afirmar que toda declaración de patrocinio tiene carácter jurídico, ya que es evidente que la sociedad controlante al emitir la declaración tiene en último término un interés, directo o indirecto, en favor de la sociedad controlada para la obtención, mantenimiento o aumento de las facilidades financieras a las que la declaración de patrocinio se refiere. Por otra parte, ese mismo interés puede justificar exclusivamente la asunción de un compromiso en el plano de un pacto entre caballeros.

Por ello, conviene precisar que el vínculo jurídico asumido por el promitente aparezca objetivamente justificado como medio para la satisfacción de ese interés, y por ello, es necesario investigar sobre el modo utilizado para la salvaguarda del interés del promitente. Es decir, si el promitente asume el costo o riesgo jurídico necesario para asegurarse la ventaja o el interés perseguido, si la promesa contenida en la declaración de patrocinio se presenta como el sacrificio necesario para obtener el interés patrimonialmente apreciado.



Y para ello, en opinión del citado Di Giovanni, ese interés debe concebirse como la expectativa de una ventaja patrimonial ulterior que el receptor de la promesa procurará en consideración del compromiso asumido por el promitente.

Lo expuesto supone un notable esfuerzo que proporciona una serie de criterios útiles para la resolución de la cuestión, pero que no puede afirmarse sea el único criterio de decisión.

En síntesis, cabe afirmar que los particulares pueden engendrar una declaración de patrocinio, dotándola de carácter jurídicamente vinculante, pero de igual manera crearla sustrayéndola al mundo jurídico y confinándola en el marco de un acuerdo entre caballeros, siempre que ello no suponga -por emplear la terminología del Código Civil-, un atentado contra el interés u orden público o en perjuicio de terceros.

Será necesario, por tanto, con la salvedad efectuada acudir al criterio de la voluntad de los interesados y consiguientemente utilizar para ello las normas de interpretación a las que luego aludiremos.

De conformidad con la doctrina que acabamos de exponer y cuando los pasos anteriores no hayan resuelto la cuestión, nos encontraremos ante una relación jurídica si existe una causa que justifica la emisión de la declaración de patrocinio. Dicha causa consistirá en el interés especificante buscado por el emisor de la misma esto es, asumiendo los riesgos jurídicos de su compromiso al objeto de obtener la ventaja que persigue. El interés a satisfacer tiene que ser un interés particular y ulterior a la admisión de la declaración. No dándose las circunstancias expresadas nos hallaremos ante una declaración confinada exclusivamente dentro del plano amistoso.

El tema está en atribuir a la concepción expuesta el carácter de presunción o solamente el carácter de elemento interpretativo, por importante que sea. Parece más lógico esto último, pues no se alcanza a ver la razón de que el criterio expuesto pueda ser considerado como la categoría única de presunción.

Por el contrario, parece existir una presunción de juridicidad de las declaraciones de patrocinio, si bien tal presunción puede ser destruida, naturalmente, no solo cuando existe una declaración expresa en contra, (lo que en rigor haría inútil e inaplicable la presunción), sino también como consecuencia de la utilización de criterios interpretativos que vengán a descubrir o incluso a integrar la voluntad de los particulares, en el sentido de excluir la juridicidad, siendo uno de tales criterios el más arriba expuesto.

La existencia de una presunción de juridicidad sostenida por varios autores (83) se basa en una serie de argumentos que en síntesis pasamos a exponer, distinguiendo en primer lugar los que constituyen réplica a los argumentos invocados de contrario.

En primer término no puede admitirse que la exclusión de la juridicidad y en este caso la presunción de no juridicidad, resulte de los términos difuminados o indeterminados de las declaraciones. Tal indeterminación podrá influir sobre la validez, si llega a extremos tales que no pueda deducirse compromiso alguno, pero no sobre la juridicidad de la relación.

Debe rechazarse con firmeza el carácter no jurídico, o de presunción no jurídica, porque las declaraciones de patrocinio no reúnan los requisitos que la legislación exige para el otorgamiento de una fianza. En este sentido, ha de criticarse la comentada sentencia de 16 de Diciembre de 1.985 y su antecedente la de 18 de Octubre de

1.984 de la Audiencia Territorial de Madrid, en cuanto que parecen atribuir valor exclusivamente moral a la declaración, por no reunir esta los requisitos que nuestro derecho exige para la constitución de la fianza. Una cosa es que no constituya una fianza -lo que está precisamente en la voluntad e intención de las partes- y otra muy distinta es que carezca de efectos jurídicos; la sociedad "holding" no quiere contraer u otorgar una fianza, tal vez pretende asumir un compromiso menos intenso que el tipificado en la fianza, pero ello no supone en absoluto que no quiera asumir un compromiso, siquiera sea de menor amplitud.

En apoyo de la presunción de juridicidad, la pretensión del Derecho en nuestros días de abarcar con carácter de generalidad los conflictos interindividuales, y en este sentido la forma de redacción del citado Art. 6º párrafo 2º del Código Civil, según el cual la "exclusion voluntaria de la ley aplicable... solo será admisible", parece indicar que en principio el derecho se aplica a todas las relaciones, y permite a los particulares con ciertos condicionamientos su exclusión.

Otro argumento a favor de la presunción de juridicidad lo constituye la existencia en nuestro derecho del principio general de vinculación jurídica de los pactos, ya que a diferencia de otros ordenamientos históricos, entre nosotros el pacto no requiere -como regla general- formalidades especiales, sino que basta el acuerdo de voluntades que tenga un objeto de causa lícita para ser considerado como un compromiso jurídicamente vinculante.

Desde otro punto de vista, la declaración de patrocinio aparece ligada y con carácter de accesoriedad, tomada esta palabra en términos generales y no estrictos, a un contrato perfectamente válido en el marco del derecho (préstamo, apertura de crédito, etc.).

Por otro lado, la relación se produce entre sujetos

cuyas relaciones normalmente quedan disciplinadas bajo la órbita del Derecho, de manera que no cabe sino presumir su intención de comprometerse jurídicamente, como es norma en las relaciones comerciales y financieras.

Así pues, en conclusión, cabe establecer una presunción de juridicidad, la cual puede quedar naturalmente sin efecto por voluntad de las partes, y ello con una doble matización: no es suficiente que esta voluntad sea expresa, sino que tiene que estar justificada dentro de los límites expuestos, y en segundo término, aún cuando no se realice expresamente, tiene que deducirse del contexto y en definitiva del interés o riesgo que los interesados asumen y la forma de esta asunción.

#### VI) .- LA OBLIGACION NATURAL Y LAS DECLARACIONES DE PATROCINIO.-

No quedaría completa la exposición anterior sin referirnos a la obligación natural. La aplicación del concepto de obligación natural no solo a la declaración de patrocinio (84) sino en general a los acuerdos entre caballeros, ha sido recogida por distintos sectores de la doctrina, y en ocasiones late en el fondo de algunas decisiones jurisprudenciales que han utilizado este camino para dotar de eficacia jurídica a los acuerdos entre caballeros (85).

En efecto, la figura de la obligación natural, que supone la existencia de algunos, pero de no todos los efectos que derivan de la obligación perfecta u obligación civil, parece especialmente interesante para su aplicación a las declaraciones de patrocinio que se mueven en el dudoso ámbito de lo jurídico y extrajurídico, pero que su propio concepto exige una determinada eficacia para evitar que se conviertan en algo inútil.

Es bien sabido que el propio concepto de obligación

natural ha sido objeto (antes y ahora) de una fuerte polémica doctrinal, no sólo sobre su alcance y concepto, sino también sobre la realidad de su existencia.

La obligación natural se conoce tradicionalmente como una figura intermedia entre el simple deber moral y la obligación perfecta, caracterizada por dos notas: La producción de algunos efectos jurídicos, señaladamente la "soluti retentio" y la ausencia de acción para que el acreedor pueda hacer efectiva dicha obligación. (86)

En el derecho romano (87) las obligaciones naturales tienen como más característico efecto la "soluti retentio" pero además recogen otros como la posibilidad de compensación con una obligación civil, posibilidad de novación o de garantías tanto personales como reales; bien entendido que más que un concepto general se trata de supuestos específicos sin que en todos ellos se produzcan los mismos efectos. Los supuestos más importantes son en la época clásica aquellos contratos celebrados por un esclavo o por miembros de la familia romana distintos del "pater familias", si bien posteriormente van extendiéndose a otros supuestos. HELLMANN (88) considera que tenían este carácter de obligación natural las procedentes de un simple pacto, tesis no unánimemente compartida pero cuya cita resulta aquí interesante por su especial posibilidad de aplicación al supuesto que nos interesa.

En la época justinianeana se produce una enorme ampliación del concepto de obligación natural, denominándose por los intérpretes obligaciones naturales impropias aquellas basadas en consideraciones morales, religiosas, consuetudinarias, etc. tales como la obligación de pagar los pagos de funeral de un pariente que con las anteriores tenían la nota común de la "soluti retentio". (89).

En el derecho histórico español se conservan estas figuras, con la lógica exclusión de aquellas basadas en la peculiar

configuración de la sociedad y la familia romana, y por supuesto desaparecen las constituidas sobre compromisos que adolecen de defectos formales, a partir del principio de libertad consagrado en el Ordenamiento de Alcalá.

Frente a la posición de algunos Códigos como el francés y el italiano, nuestro Código Civil no hace referencia a esta categoría. Existen algunos supuestos, no obstante, en los que algún sector de la doctrina ha querido ver reflejado el concepto de obligación natural: El supuesto previsto en el Art. 1798 sobre imposibilidad de repetición de lo pagado voluntariamente en juego de suerte, envite, o azar; lo dispuesto en el Art. 1756, imposibilidad de repetición cuando el prestatario haya pagado intereses sin estar estipulados, y sobre todo lo dispuesto en el Art. 1901, a cuyo tenor se presume que hubo error en el pago cuando se entregó cosa que nunca se debió o que ya estaba pagada, pero aquél a quien se pide la devolución puede probar que la entrega se hizo a título de liberalidad o por otra justa causa.

Algunos autores consideran también obligación natural la deuda prescrita, pero dado que en nuestro derecho la prescripción es invocable exclusivamente por el interesado, sin que el Juez pueda apreciarla de oficio, y es también perfectamente renunciable, el pago de una deuda prescrita, es el pago de una obligación perfecta, civilmente exigible, si bien el deudor tiene la posibilidad de excepción que es libre de utilizar o no.

La doctrina y la jurisprudencia ha considerado como obligación natural, los denominados deberes morales o de conciencia. (90).

La identificación de los deberes morales o de conciencia con la obligación natural probablemente se ha producido sobre todo en la jurisprudencia francesa, pero de modo especial a partir de la

sentencia de 17 de Octubre de 1.932, LA jurisprudencia española ha recogido también esta tendencia. No obstante, si se trata de una obligación limitada al círculo de la moral, ya sea la moral en sentido estricto o la moral del medio o uso social, entendemos que debe excluirse, como regla general, del mundo del derecho, ya que tales conjuntos normativos tienen su propia sanción y lo cierto es que los supuestos que se mencionan por la doctrina, no requieren acudir al concepto de obligación natural. Bastaría, en algunos casos, hacer aplicación de las normas sobre responsabilidad extracontractual, y en otros pudiera ser de aplicación a aquellos supuestos lo establecido en el Art. 1901 "in fine" que comentamos a continuación.

Efectivamente, el mencionado artículo recoge como supuesto para evitar la repetición la existencia de una justa causa, que no debe ser causa de liberalidad, mencionada también en el propio precepto, y que tampoco puede ser una obligación jurídica perfecta por su propia hipótesis.

En este caso, parece lógico concluir que la justa causa a que se refiere el Art. 1901 es otro tipo de obligación (no tomada aquí la palabra en sentido técnico) perteneciente al campo de la moral o de las normas sociales.

Habida cuenta de todo ello, puede afirmarse con Díez Picazo (91) que el concepto de obligación natural no es un concepto necesario, y sí por el contrario, un concepto equívoco. Lo que existe es la recepción por parte del derecho a los solos efectos de la "soluti retentio" de determinados vínculos extrajurídicos, a los que el derecho reconoce el carácter de justa causa para evitar la repetición del pago efectuado voluntariamente. En este caso, el enriquecimiento producido por dicho pago no será un enriquecimiento injusto, sino justificado y por ello el receptor no está obligado a la restitución. Naturalmente, la denominada obligación natural basada en deberes morales puede tener aquí su cabida como antes señalábamos.

A la vista de todo lo expuesto, cabe afirmarse que una de las "justas causas" a las que alude el Art. 1901 del Código Civil puede ser una declaración de patrocinio, siquiera dicha declaración haya querido mantenerse entre los interesados en el plano de un "pacto entre caballeros" (92).

Esta afirmación queda ligada a la efectuada con anterioridad, según la cual aunque las declaraciones de patrocinio puedan quedar en algún caso fuera del marco jurídico, en el sentido de no contener compromisos jurídicamente vinculantes, tal exclusión no es total, y una de las aplicaciones sobre la eficacia jurídica de tales declaraciones sería la imposibilidad de repetición del pago efectuado, en base al Art. 1901 del Código Civil.

#### VII) .- LA INTERPRETACION .-

Ya hemos señalado que existiendo la posibilidad de que los particulares, con los condicionamientos establecidos, excluyan del ámbito de lo jurídico las declaraciones de patrocinio. En ocasiones, será necesario realizar una labor de interpretación-calificación, a fin de averiguar la verdadera intención de las partes y de si se cumplen los condicionantes para que consideremos excluida la juridicidad o en su caso, para que se dé la presunción de juridicidad apuntada.

Las normas sobre interpretación no sólo son aplicables en orden a determinar el carácter jurídicamente vinculante o no de tales declaraciones, sino también, el distinto alcance de las diferentes declaraciones. Parece útil recoger aquí con carácter general las consideraciones sobre las especialidades interpretativas de las cartas de patrocinio en atención a una necesaria unidad en la exposición.



Seguiremos fundamentalmente los Arts. 1281 a 1289 del Código Civil así como las normas interpretativas contenidas en el Código de Comercio. (93).

Aún cuando pudiera objetarse que tales normas se refieren a la interpretación de los contratos y el carácter contractual o no de las declaraciones de patrocinio es algo que está en cuestión, -y ciertamente alguna de tales declaraciones no pueden, de ninguna manera, configurarse como constitutivas de obligaciones contractuales- es lo cierto que las únicas normas interpretativas en nuestro derecho positivo son precisamente aquellas a las que vamos a hacer referencia y bien de modo directo o bien por extensión analógica deben ser tenidas en cuenta para servir de guía en orden a determinar las especialidades interpretativas que pueden presentar las declaraciones de patrocinio.

Discute la doctrina sobre el carácter subjetivo u objetivo de la interpretación, es decir, sobre si se trata de averiguar la voluntad de los interesados o por el contrario debe atribuirse a las expresiones un significado objetivo, incluso con independencia de la voluntad de los contratantes.

De conformidad con el Código Civil y aún partiendo de una consideración subjetiva, la voluntad que ha de averiguarse es la común de los contratantes, lo que unido a la prescripción del Art. 1258, a cuyo tenor, "los contratos no obligan solo a lo específicamente pactado sino también a las consecuencias derivadas de la buena fe, del uso y de la ley", determina una atenuación en gran medida de la distinción entre interpretación subjetiva y objetiva. En todo caso dicha interpretación objetiva procederá cuando no haya sido posible o suficiente la actividad dirigida a averiguar la común voluntad de los interesados. (94).

Haciendo aplicación de lo que acabamos de comentar a las

declaraciones de patrocinio y partiendo de la absoluta frecuencia con que dichas declaraciones son elaboradas y redactadas por la sociedad emisora, habrá de tenerse en cuenta, en cuanto al alcance moral o jurídico de la cláusula, que no basta que la sociedad emisora haya tenido intención de vincularse exclusivamente en un plano moral, sino que es preciso que esta haya sido también la intención del banco receptor. Sólo cuando ambas voluntades coincidan en el carácter meramente moral o extrajurídico, la declaración de patrocinio podrá ser interpretada en este sentido.

Se distingue, al hablar de la interpretación, el concepto de calificación, que consiste en la ubicación del objeto de la declaración en alguna de las categorías recogidas en el derecho. Ello puede tener aplicación en el caso que la doctrina denomina falsas declaraciones de patrocinio, es decir, cuando bajo la envoltura o forma de una declaración de patrocinio se encubre una fianza típica; en ese caso, el interprete, -el calificador-, habrá de considerar que nos encontramos ante una fianza y no ante una declaración auténtica de patrocinio.

El Art. 1281 del Código Civil en su aplicación a las declaraciones de patrocinio presenta -en nuestro criterio- algunos aspectos de interés que exponemos a continuación. La determinación de la claridad de los términos supone el examen de la significación de las palabras y en este sentido habrá de tenerse en cuenta el idioma original de su redacción; en efecto, es muy frecuente que el emisor y el destinatario utilicen idiomas distintos, y por ello ha de tenerse en cuenta el idioma original de su redacción, ya que existen palabras que pueden ser traducidas de modo formalmente correcto, pero que en la traducción pierden matices de mayor o menor compromiso, y por ello habrá de ser muy cuidadosa la interpretación de aparentes sinonimias. (95).

Por otro lado es muy frecuente en las declaraciones de

patrocinio que la sociedad emisora huya de la utilización de términos acuñados en derecho. Esta redacción difuminada, sin embargo no permite, sin más, entender que nos encontramos ante un compromiso puramente moral, sino que (sin perjuicio de la aplicación del Art. 1288) el Juez debe traducir los términos no jurídicos para encontrar su real alcance. En definitiva, redacción difuminada no puede considerarse igual a compromiso moral o declaración de patrocinio "débil".

Por el contrario, la utilización de expresiones tales como "gentleman agreement", pacto de caballeros, compromiso de honor y otras semejantes muestran inequívocamente la intención de excluir la juridicidad, si no son desmentidas por el resto del contenido de la declaración.

En todo caso, para la aplicación del precepto citado, hay que recordar que la intención debe ser común, no solo de la sociedad emisora sino también de la entidad financiera receptora.

Debe huirse de utilizar para las declaraciones de patrocinio normas de interpretación válidas para otras instituciones, por ejemplo la fianza; así hemos señalado que la sentencia de 16 de Diciembre de 1.985 de nuestro Tribunal Supremo nos dice que la declaración constitutiva de la fianza ha de ser clara y no puede basarse en expresiones equívocas, requisito de claridad del que manifiestamente carece la carta de que se trata, que de ninguna manera puede considerarse documento idóneo a los efectos de los Arts. 440 del Código de Comercio. Como ya comentábamos, la carta de patrocinio no es una fianza, de manera que como reiteradamente ha señalado la doctrina, si la carta de patrocinio contiene una fianza, será a costa de su propia significación como carta. Por ello, aunque la función que genéricamente representan la fianza y la carta de patrocinio en un sentido prejurídico sea la misma -garantía- no cabe aplicar a ésta las normas de interpretación de la fianza.

Las especialidades que podemos anotar en relación con el Art. 1282 del Código Civil y las declaraciones de patrocinio son las siguientes :

En primer término, es evidente que no solo nos referiremos a los actos coetáneos y posteriores, sino también a los anteriores a la admisión de la declaración de patrocinio (96). Precisamente la época en la que la declaración de patrocinio se emite, ha sido considerada como un elemento interpretativo de gran importancia por la propia sentencia de 16 de Diciembre de 1.985 pues tiene en cuenta que la declaración de patrocinio es posterior al negocio al que se refiere, y de ello deduce que dicha carta carece de carácter determinante, interpretándola en el sentido de vinculación meramente moral.

De igual manera, aunque por otras razones, Di Giovanni (97) entiende que la declaración de patrocinio emitida con posterioridad a la concesión de la facilidad crediticia, permite suponer, naturalmente salvo manifestación específica de los interesados, el carácter meramente moral, al no existir ventaja ulterior para el firmante de la declaración.

Otro dato lo constituirá la mayor o menor dependencia de la filial con respecto a la sociedad emisora de la declaración, pues es evidente que los compromisos que asume un accionista con control absoluto no pueden ser iguales que los compromisos asumidos por un accionista simplemente mayoritario (98).

Otro dato externo a la declaración y que puede servir de elemento interpretativo es el que hace referencia a si las actuaciones previas para la obtención y concesión de la facilidad crediticia, se produjeron con o sin la intervención de la sociedad madre que emite la declaración de patrocinio.

Normalmente el documento que ha de ser objeto de la interpretación será exclusivamente la carta de patrocinio, pero pueden existir otros documentos complementarios que habrán de tenerse en cuenta, tales como los que documentan la operación crediticia que se garantiza, las comunicaciones preparatorias entre la sociedad emisora y el banco, anteriores cartas de patrocinio que hayan existido entre los interesados, etc.

Respecto a lo dispuesto en el Art. 1283 del Código Civil, es preciso salir al paso de interpretaciones judiciales excesivas, como ya señalábamos antes, por asimilación de las cartas de patrocinio a figuras de garantía, tales como la fianza, o por hacer aplicación del principio de quien se compromete a lo más se compromete a lo menos. Como veremos más adelante en las declaraciones de patrocinio pueden coexistir compromisos de diversa índole; y así junto a manifestaciones declarativas, de vigilancia, de comportamiento, coexistirán compromisos financieros más o menos importantes. En todo caso aunque éstos últimos aparezcan como compromisos más gravosos, ello no permite suponer que el declarante se compromete a los demás, pues unos no están incluidos necesariamente en los otros, sino que son conceptual y realmente independientes. Lo contrario supondría "incluir casos y cosas diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar".

Por lo que respecta a los Art. 1284 y 1286 hay que volver a recordar que la finalidad que persigue la declaración de patrocinio es la de garantía en sentido amplio, incluso en sentido no jurídico, pero que estas declaraciones no constituyen una fianza en sentido típico.

En cuanto al efecto útil del contrato es muy frecuente en las declaraciones de patrocinio para el caso de cesión de acciones que los interesados se comprometan a encontrar una "solución

satisfactoria". Esta frase, en virtud del efecto útil, no ha de ser interpretada como un objeto absolutamente indeterminado, sino que se trata de algo que puede llegar a determinarse y por tanto la obligación será perfectamente válida.

Debe tenerse en cuenta que con absoluta frecuencia en las declaraciones de patrocinio no existe una sola obligación o declaración sino varias, o un conjunto de declaraciones y obligaciones; la dificultad o imposibilidad de interpretar alguna de ellas no impide la validez del resto de las contenidas en un mismo documento.

Este fenómeno de coexistencia en una misma carta de pluralidad de declaraciones y obligaciones permite, por razón de lo dispuesto en el Art. 1285, la interpretación conjunta y la aclaración de aquellas dudosas por el contenido de las claras existentes en la declaración. Como ya señalábamos más arriba, no debe entenderse que la existencia de compromisos más gravosos pueda interpretarse en el sentido de contener por este solo hecho otros de menor onerosidad.

Consagra el Art. 1287 la doble eficacia del uso en su función genuinamente interpretativa y en su función integradora supliendo la omisión de cláusulas que de ordinario suelen establecerse. Por lo que respecta al primer aspecto, debe tenerse en cuenta que las declaraciones de patrocinio se producen entre entidades muy caracterizadas, y por tanto, puesto que se trata de factores que intervienen muy frecuentemente en la vida de los negocios, los usos existentes entre los mismos constituirán un criterio muy interesante para proceder a la interpretación, sobre todo cuando se trata de términos acuñados en la vida negocial. Ello es así, por ejemplo, respecto de determinadas ratios financieros o de expresiones relativas al control de la sociedad filial ejercida por la sociedad emisora que tiene ya un concreto y particular sentido y extensión en la vida de los negocios; entendemos que la interpretación de tales frases ha de

hacerse precisamente en el sentido utilizado de modo habitual por los intervinientes, prescindiendo de otros significados que pudieran tener fuera de este ámbito.

Por lo que respecta a la función integradora del uso hay que destacar la diversa tipología de las declaraciones de patrocinio, cada una de ellas con un particular sentido y alcance, y asimismo el dato de que en otras cartas de patrocinio se del mismo se incluyan declaraciones que puedan ser consideradas complementarias de las anteriores, no autoriza al interpretar para su inclusión en otras, pues hay que pensar, dados los intervinientes, que la redacción ha sido cuidadosa, presumiblemente, previos los asesoramientos jurídicos correspondientes, y que por tanto la omisión de otras declaraciones es intencionada por lo que debe utilizarse con enorme cautela el uso en su función integradora.

Respecto de la aplicación del Art. 1288 hay que señalar que en las declaraciones de patrocinio aparece casi siempre perfectamente identificado su autor, normalmente la sociedad emisora, y por tanto el citado artículo podrá ser de fácil aplicación, en este sentido, por resultar sencilla la identificación del autor.

El artículo citado ha sido utilizado por la jurisprudencia muy especialmente cuando existe una cierta desigualdad de los contratantes, de modo que a través del mismo ha podido paliarse dicha desigualdad. En términos generales, esta desigualdad no se dará en la relación que deriva de la declaración de patrocinio, pues tanto la sociedad emisora como la entidad financiera receptora se encuentra por regla general en semejante posición de fuerza sin que pueda hablarse de desigualdad.

El precepto de referencia, podrá ser utilizado para combatir la tendencia habitual de la sociedad emisora, cual es la de redactar las declaraciones de patrocinio de forma conscientemente

difuminada, mediante la utilización de palabras, frases, etc. en las que los compromisos queden expresados de forma ambigua, en lugar de redactarlas de forma clara. En este caso, esa práctica viciosa podrá ser combatida por la aplicación del precepto.

Por lo que respecta al Art. 1289, hay que tener en cuenta que la declaración de patrocinio debe ser considerada como un negocio oneroso, a pesar de que en términos generales se trata de una garantía mercantil, que, por aplicación de lo dispuesto en el Código de Comercio (Art. 441) se presume gratuita. No obstante, nuestra jurisprudencia ha tenido ocasión de interpretar que la existencia de un interés o beneficio permite considerar oneroso (en este sentido podemos recordar los avales otorgados por el marido que según la interpretación citada comprometen los bienes de la sociedad de gananciales pese a la presunción de gratuidad contenida en el Código de Comercio, por considerar que tales avales lo eran a título oneroso en cuanto se prestaron en interés o beneficio de la familia). Aquí la garantía, aunque en rigor se emite a título gratuito y sin contraprestación para la sociedad emisora (por lo general), se presta en interés del grupo dirigido por la sociedad emisora de la garantía.

En segundo lugar, hay que observar la existencia, en nuestro caso, de una relación mercantil entre comerciantes como accesoria de una operación mercantil, concretamente de una operación bancaria. Ello permite la aplicación de los preceptos del Código de Comercio. Al respecto, y sin perjuicio de la interpretación de la adecuada reciprocidad de intereses que exige la equidad, habrá que atender a lo dispuesto en el Art. 19 del Código de Comercio, que consagra la interpretación a favor del deudor, por tanto a favor de la sociedad emisora.

Por último, nos referimos al Art. 57 del Código de Comercio que consagra el principio de buena fe en la interpretación. Tal principio puede tener aplicación especial en las cartas de



patrocinio en relación con las ideas de confianza y de autoresponsabilidad en la interpretación, ya que si la sociedad emisora con las expresiones utilizadas ha creado en la entidad financiera una confianza objetivamente justificada, la interpretación habrá de hacerse de acuerdo con esa confianza. (99).

Sin embargo, no puede deducirse de ello que en todo caso la declaración de patrocinio supone un compromiso jurídico en la medida en que crea una confianza en la entidad financiera. Esa confianza será justificable subjetivamente, pero no de modo objetivo, al ser conocida por todos la posibilidad, por cierto muy extendida en el convencimiento de la práctica bancaria, de existencia de declaraciones de patrocinio sin vínculo jurídico.

El principio de buena fe consagrado en términos generales en el Art. 7º del Código Civil y respecto de la interpretación, en el Art. 57 del Código de Comercio habrá de ser tenido en cuenta en este sentido en la interpretación de las declaraciones de patrocinio, pero en ningún caso entendido de tal forma que se suponga siempre generador de un compromiso jurídico. El Banco puede y debe conocer en cada caso la común intención de las partes dirigida eventualmente a excluir el vínculo jurídico.

NOTAS AL CAPITULO SEGUNDO

(40) En ocasiones será imprescindible la referencia, pues lo cierto es que la variedad de las declaraciones de patrocinio hace que sea imposible, en rigor, la generalización. Ciertamente en algunas declaraciones de patrocinio será innegable su carácter jurídico, pero en este momento es útil plantearse el tema desde un punto de vista de mayor generalidad, en perjuicio, como queda dicho del estudio de los efectos jurídicos o extrajurídicos en las concretas declaraciones de patrocinio como veremos en otro momento.

(41) En este sentido Prosperetti en Profili sistematici..... Cit. pag. 70, destaca la divergencia de opiniones sobre el valor a atribuir a las cartas de "gradimento" por razón de la radical oposición en que se encuentran el tomador de la carta y el que la ha emitido, éstos negarán la relevancia jurídica de las cartas como si se tratase de actos realizados en el ámbito de una relación de cortesía, siendo diversa la posición de quienes poseen tales cartas, que viendo su crédito insatisfecho o en situación de difícil satisfacción, intentarán obtener los contenidos idóneos para configurar una obligación de pago a cargo de quien ha entregado la carta.

(42) Mazzoni, Alberto, Le dichiarazioni di patronage Cit. Pag. 56 y siguientes.

(43) Heimann, W. American Express Company, 53 M. Isc.2 d 749, 279, N.Y.S. (1967). Un accionista de American Express Company trataba de bloquear una proposición transaccional hecha por la sociedad a terceros que alegaban ser acreedores del grupo por daños. En una declaración pública anterior el presidente de la sociedad matriz había asegurado que en tanto en cuanto se afirmara la responsabilidad de la sociedad filial y el patrimonio de esta fuera insuficiente para

cubrir el resarcimiento, la sociedad matriz se sentiría moralmente obligada a intervenir para procurar a los acreedores una adecuada satisfacción de su crédito. El Tribunal resolvió rechazando el intento del bloqueo del accionista, por entender que la propuesta transaccional de la sociedad matriz constituía un "reasonable exercise of business judgment" deduciéndose de la motivación que la equidad de la decisión adoptada por la sociedad se acepta por el Tribunal no ya en relación con una obligación moral, término que había empleado el presidente de la compañía matriz, sino en relación con auténticas pretensiones jurídicas susceptibles de acción en la relación de la sociedad matriz con los acreedores de la sociedad filial.

(44) Sobre la responsabilidad citada por causa de falta aparición ver la ya citada indemnización de los daños contractuales ..... Fuller y Perdue, Pág. 121 y siguientes.

(45) Como señala Justino Duque en su trabajo sobre Las cartas de patrocinio", cit., la postura general de la doctrina es la de considerar las declaraciones como "an alternative to a legally binding guarantee", sin embargo dadas las múltiples formas es que aparece esta institución en el tráfico, puede crear en algunos supuestos "legally binding obligations". Esto dependerá del tenor literal con el que aparece redactadas. Continúa diciendo que "en el derecho inglés se señala a este respecto que cualquier compromiso, "agreement" en el ámbito comercial tiene fuerza legal ... a no ser que de una manera clara se haya establecido otra cosa. Debe ser subrayado que en el derecho inglés una declaración puede ser desposeída de fuerza vinculante incluso cuando este compromiso se refiera a un acto de tráfico entre comerciantes, y por tanto, el empleo de una forma adecuada, puede hacer desaparecer la eficacia del principio antes recogido". Por otro lado, dos manifestaciones del pragmatismo jurídico inglés hacen más cuestionable todavía la fuerza vinculante en lo jurídico de las "letters of comfort". En primer lugar el principio de que la claridad con que los contratos deben recoger su

contenido no hace referencia solo al contenido material impuesto a las partes, sino que, además, las expresiones utilizadas deben tener una relativa certeza y precisión. En segundo lugar el derecho anglosajón no reconoce como figura contractual la figura del precontrato".

(46) Die patronatserklärung, ZGR 1965. Cit.

(47) Probleme der patronatserklärungen nin der Krettisicherungspraxis, en Wertpapiere - Mitteilungen, 1964.

(48) Die Bedeutung Von patronatserklärungen Für die Rechnungslegung, en Die Wirtschaftsprüfung, 1975.

(49) Aktiengesefe, de 6 de Setiembre de 1.965.

(50) Atti, Annalisa. Il patronage e il gruppi...Cit.  
Pág. 890.

(51). Mazzoni, Alberto, Le dichiriazioni de patronage...  
Cit.

(52) M. Prosperetti Profili Sistematici .... Cit.  
Pas 76 y 77.

(53) Allegri, Vincenzo, Brevi note sulla lettera di patronage en B.B.T.C. Julio-Setiembre 1982. Pag. 320 y siguientes.

(54) Galgano, La società per azioni en Trattato di diritto commerciale e diritto público dell'economía. Padova 1984.

(55) De Marco-Sparano, La fideiussione bancaria, Profili di dotrina e giurisprudenza, Milán 1981.

(56) Segni, Mario, La lettre de patronage comme

garanzia...., Cit.

(57) Chiomenti, Filippo, Le lettere di conforto, Cit. Pag. 346 y siguientes.

(58) Checchini, Rapporti non vincolanti..., Cit. Pág. 102.

(59) Terray, J, La lettre de confort... Pág. 330.

(60) Coipel, Michel L'aspect moral del lettres de patronage en Les lettres de patronage. Cit. Pág. 23 y siguientes.

(61) Aramendía Gurrea, La "llamada" carta de confort... Cit. Pág. 769 y siguientes.

(62) Sanchez Guilarte, Juan Valor jurídico de las cartas de garantía.... Cit. Pág 861 y siguientes.

(63) López Uriel, Santiago, Comentarios a la sentencia de 16 de diciembre de 1.981 del Tribunal Supremo. Cuadernos Civitas de la Jurisprudencia Civil. Enero/Marzo 1986. Pág. 264 y siguientes.

(64). Valenzuela Garach, Fernando La "seriedad" de las llamadas... Cit. Pág. 347 y siguientes.

(65) Duque, Justino, Las cartas de patrocinio, Cit.

(66) De Castro, Federico Derecho Civil de España Tomo I, Madrid 1949, Pág. 20y siguientes. Legaz Lacambra, Luis, Filosofía del derecho, Barcelona 1961, Pag. 406 y siguientes y la extensa bibliografía citada por éste último.

(67) Recasens Sitges, Luis, Filosofía del Derecho

México 1959, Pág. 485 y siguientes.

(68) Legaz Lacambra, Cit.,. Pág. 426.

(69) Kantorowitz, Herman, La definición del derecho, Madrid 1934, Pág. 83 y siguientes.

(70) Desde otro punto de vista, que indudablemente no constituye la opinión mayoritaria puede rechazarse la existencia de compromisos meramente morales y sociales, y es a través de la concepción del pluralismo jurídico, en cuanto que realiza una juridificación de las costumbres sociales. En este sentido la frase de Gurvitch "La costumbre social no es nada más que el derecho inorganizado", de este modo, cualquier compromiso sería considerado jurídico, si bien, como queda reflejado en la frase citada, en forma de derecho inorganizado. Gurvitch, Theorie pluraliste des sources en Droit positif, Annuaire de l'Institut de Philosophie du Droit, 1934. Sobre pluralismo, V. Carbonnier, Sociología jurídica Paris 1978, Pág. 208 y siguientes. Castan Tobeñas, José, Orientaciones modernas en materia de fuentes del derecho privado positivo en el libro homenaje a D. Felipe Clemente de Diego, Madrid, 1940.

(71) No pueden considerarse tales usos desligados de la moral. En este sentido hay que tener en cuenta que en Alemania se designan con palabra "sitte" y los franceses con la palabra "moeur", ambas ligadas al concepto de moral.

(72) Coipel, Michel, Les lettres de patronage, Cit. Pág 24 y siguientes. Señala el citado autor que no se trata tanto de la moral individual cuya sanción de no respeto es la sanción de la conciencia individual, sino que cuando se habla de la moral en relación con las cartas de patrocinio, se trata de reglas de conducta prescritas en el medio en el cual se inserta el comportamiento, concretamente en el medio de los negocios, y cuya violación se sanciona

de varias maneras, reprobación del medio, puesta en "lista negra", medidas de retorsión, etc.

(73) Lumia, Giuseppe, Principios de teoría e ideología del Derecho. Trad. esp. Madrid, 1985, pág. 18 y siguientes "En este punto, ha de observarse que los tres tipos de sanción (moral, social y jurídica) inciden sobre una conducta cuando esta, al mismo tiempo, viola una norma sentida por el agente como precepto moral, es reprobada por la opinión pública y constituye un ilícito para el ordenamiento jurídico. Esta hipótesis no se verifica, sin embargo, cuando la norma no es común a los tres sistemas normativos".

(74) Diaz Picazo, Experiencias jurídicas... Cit. Pág 15 y siguientes.

(75) Checchini, Rapporti non vincolante.... Cit. Pág. 130.

(76) Checchini, Raporti non vincolante ... Pág. 133.

(77) Di Giovanni, Le lettera di patronage, Cit. Pag. 45.

(78) Di Giovanni, Le lettera di patronage, Cit. Pág. 49 y siguientes.

(79) En este sentido Moreau-Margrève, Evolution du droit et de la pratique en matiere de suretés. Les Créanciers et la faillite, Bruselas 1983.

(80) Oppetit, B. L'engagement d'honneur D.S. 1979. Chron.

(81) Di Giovanni, Le lettere, Pág. 93 y siguientes.

(82) Chocchini, Aldo, Raporti non vincolante... Cit.

(83) En la doctrina italiana, Segni Le lettere de patronage comme garanzia, Cit. Pág 141; Mazzoni, Le dichiarazioni di patronage... Cit. Pág. 68 y siguientes; Gasparini, Lettre de patronage. Cit. Vita notar. 1984. Pág. 205 y siguientes.

(84) Scotti Camuzzi, S. Le lettere di patrocinio. R.D.C. 1980. Pág. 186.

(85) Oppetit, L'engagement .... Cit. Pág. 113, menciona varias sentencias en este sentido aun cuando se muestra contrario a tal identificación, pues en su criterio el compromiso de honor es irreductible tanto a la obligación civil como a la obligación natural, ya que de la primera se distingue por la falta de relevancia jurídica, y por la segunda por tener en su poder un compromiso siquiera social, a diferencia de los deberes morales que se denominan o comprenden dentro de las llamadas obligaciones naturales.

(86) De Castro, Federico El negocio jurídico, Madrid. 1985. Pág. 217 y siguientes; Castan Tobeñas, José, Derecho civil español, común y foral, novena edición, Tomo III. Madrid 1982. Pag. 76 y siguientes; Díez Picazo, Luis Fundamentos del derecho civil patrimonial, Madrid 1979, Pág. 331 y siguientes; Rodríguez Arias La obligación natural Madrid 1953; Roca Sastre y Pusch Brutau Doctrina de las obligaciones naturales en Estudios de derecho privado, T. 1; Díez Picazo y Gullón Ballesteros, Sistema del derecho civil volumen 2º, Madrid 1980, Pag. 132 y siguientes; Rocamora, Contribución al estudio de las obligaciones naturales, R.D.P. 1945. Pág. 541 y siguientes; Lacruz Berdejo, J.L. Las obligaciones naturales, en Estudios de Derecho Civil, Barcelona, 1958, pág. 163; Santos Briz, Notas sobre las denominadas obligaciones naturales en el Derecho moderno, R.D.J., 1961; Vazquez Bote, Sobre el Art. 1901 del Código Civil y la obligación natural, R.C.D.I., 1975, pág. 891 y siguientes;



De Castro, El negocio jurídico, Madrid, 1985, pág. 217 y siguientes;  
Ripert, La règle morale dans les obligations civiles. París.1927;  
Bonfante, Il concetto dell'obbligazione naturale. . 1914. Pág. 358  
y siguientes; Pacchioni, Concetto dell'obbligazione naturale,  
Instituciones de Derecho Civil, Tomo II, ..... Pág. 16 y  
siguientes; Rotondi, M, Alcune considerazioni sul concetto di  
obbligazioni naturale e sulla evoluzione. R.D.C. 1977. Pág. 1 a 213.

(87) Arias Ramos, J. Derecho romano. Madrid 1960. Tomo  
II, Pág. 537.

(88) Hellmann, Naturale obligatio est pacto en ZSS XII,  
1892. Pág. 325 y siguientes.

(89) Volterra, Eduardo, Instituciones de Derecho  
Privado Romano, trad. esp., Madrid, 1986, pág. 627 y siguientes.

(90) Martinez Calcerrada, Problemática de las  
obligaciones naturales : Eficacia jurídica del deber moral  
cualificado, R.G.L.J., 1964, I, pág. 327 y siguientes; Moisset,  
Obligaciones naturales y deberes morales, R.G.L.J., 1969, I, pág. 567 y  
siguientes.

(91) Díez Picazo, Luis, Fundamentos del Derecho Civil  
cit. Pág. 339 y siguientes.

(92) Como señala Sánchez Guilarte en su artículo citado  
Valor jurídico de las cartas de garantía .... R.D.B.B. Pág. 878 y  
siguientes, la insistencia de la moralidad de determinadas  
obligaciones invita a tratar de fundamentar tal característica al  
amparo de la teoría de las llamadas obligaciones naturales,  
considerando estas como hechos no constitutivos de relación  
obligatoria; en este sentido y con un criterio amplio puede  
aceptarse una asimilación de las cartas de patrocinio a las

obligaciones naturales, ya que no cabe duda que su emisión se realiza con una función de garantía, pero tratándose de evitar que de su texto pueda extraerse la conclusión de que la misma constituye una obligación en sentido estricto.

(93) Sobre interpretación V. Danz, La interpretación de los negocios jurídicos, trad. esp., Madrid, 1955; Cano Mata, La interpretación de los contratos civiles, A.D.C., XXIV, 1971, pág. 193 y siguientes; Motos Guirao, M. La interpretación del contrato mercantil y el Art. 59 del Código de Comercio, R.J.C., 1955, pág. 34 y siguientes; Betti, E., Interpretación de la ley y de los hechos y actos jurídicos, trad. esp., Madrid, 1975.

(94) En este sentido, Castan Tobeñas, Derecho civil español... Tomo II, Pág. ....

(95) Pouillet, Yves, Les règles d'interprétation leur application aux lettres de patronage en Les lettres de patronage cit., pág. 68 y siguientes, señala, por ejemplo, que la expresión inglesa "We shall use our best efforts", traducida en francés por "Nous ferons tous nos efforts" debe entenderse en el sentido del país de origen, pues en inglés consagra un compromiso vinculante que queda perdido en la traducción literal francesa, en definitiva, la expresión inglesa supone un compromiso financiero fuerte, pero la expresión parece indicar que el emisor se limita a ejercer sus poderes de control tanto respecto de la buena ejecución o del mantenimiento de determinadas "ratios" financieras, pero no pretende asegurar dicha ejecución.

(96) Duque, Justino, Las cartas de patrocinio cit. "Las fórmulas utilizadas por la entidad declarante deben interpretarse teniendo presente la constelación de circunstancias, anteriores, coetáneas y (seguramente) posteriores que concurren en las relaciones entre patrocinante y beneficiario".

(97) Di Giovanni, Le lettere ... cit, Pág. 113.

(98) La sentencia de 16 de Noviembre de 1.985, se refiere como un elemento interpretativo a la circunstancia de que en las actuaciones aparece la posición de accionista mayoritario de la sociedad emisora en la sociedad garantizada. El Tribunal de Apelación de Milán en sentencia de 3 de Diciembre de 1.926 no tuvo en cuenta la circunstancia de falta de control de la sociedad garantizada por parte de la sociedad emisora de la declaración, en base a una noción estricta de la promesa del hecho de un tercero.

(99) De los Mozos, El principio de buena fe, Barcelona, 1963; Ferreira Rubio, Delia, M. La buena fe, Madrid, 1984, pág. 199 y siguientes; Lasarte, C., Sobre la interpretación del contrato: La buena fe en la contratación, R.D.P., 1980, pág. 50 y siguientes.

# CAPITULO TERCERO

---

NATURALEZA Y EFECTOS DE LOS

DISTINTOS TIPOS DE DECLARACION

## NATURALEZA Y EFECTOS DE LOS DISTINTOS TIPOS

### DE DECLARACION .-

#### S U M A R I O :

##### I.- INTRODUCCION.-

- A) .- Estudio general de las formas típicas de garantía.
- B) .- Estudio específico de algunas formas típicas de garantía.
  - a) La fianza.
  - b) La garantía a primer requerimiento.
  - c) Intercesión cumulativa o de refuerzo.
  - d) Promesa del hecho ajeno.
  - e) Mandato de crédito.

## II.- ESTUDIO DE LOS DISTINTOS TIPOS DE DECLARACION .-

### A) .- Declaraciones de conocimiento.

- a) Declaraciones de conocimiento simple.
- b) Declaraciones de conocimiento y aprobación.
- c) Como elemento determinante de la concesión del crédito.

### B) .- Declaraciones de participación.

### C) .- Declaraciones de mantenimiento de la participación.

- a) Declaraciones de mantenimiento simple.
- b) Con preaviso.
- c) Con acuerdo sustitutivo.
  - 1) Con obligación de concertar o consultar.
  - 2) Con obligación de emitir una garantía.
  - 3) Con acuerdo de la entidad financiera.
  - 4) Con compromiso de liquidar o "apurar" las deudas de la filial.

### D).- Declaraciones de política general ("policy").

### E).- Declaraciones relativas a la situación de la filial en orden al cumplimiento.

- a) Obligaciones de medios y obligaciones de resultado.
- b) Declaraciones de situación de la filial en orden al cumplimiento.

### F).- Declaraciones de mantenimiento de la solvencia.

G).- Declaraciones de mantenimiento del capital y/o patrimonio.

H).- Declaraciones de cumplimiento.

### I.- INTRODUCCION

Resulta innegable que las declaraciones de patrocinio tratan de desempeñar una función de garantía, tomada aquí la expresión en un sentido amplísimo, más sociológico que jurídico, sin perjuicio de las puntualizaciones posteriores. La doctrina es absolutamente unánime en esta consideración (100).

Pues bien, es claro entonces que esta institución, en orden a la determinación de su naturaleza jurídica y efectos ha de ponerse en relación con las figuras de garantía acuñadas por el derecho, y ello, en un intento, en algunos casos, de asimilación, ya sea total o parcial, y sobre todo en un intento de distinguir la esencia de la carta de patrocinio de las figuras típicas (101).

Por ello, y a modo de introducción, a continuación hacemos una referencia a tales figuras típicas, tomada también esta expresión en sentido amplio, en nuestro derecho.

#### A) Estudio general de las formas típicas de garantía .-

Tales figuras pueden recogerse dentro de la rúbrica general de la responsabilidad por débito ajeno y dentro de la denominada cumulativa o de refuerzo (102).

Dentro de esta rúbrica encontramos en primer término la fianza, regulada con detalle en nuestro Código Civil y levemente en el Código de Comercio, y junto a ella la asunción de cumplimiento, la adhesión a la deuda, el mandato de crédito, el contrato de garantía, el seguro de crédito, el seguro de caución y la promesa del hecho de un tercero.

Cada una de las figuras podría caracterizarse brevemente como sigue :

El contrato de garantía es aquél por virtud del cual una persona se compromete a indemnizar los daños y perjuicios que sufra el acreedor como consecuencia de un incumplimiento asumido por un tercero distinto del garante.

La adhesión de deuda en virtud de la cual no se crea una obligación accesoria, sino que el tercero, queda agregado como un nuevo sujeto a la obligación inicial.

La asunción de cumplimiento, por el que una persona se obliga con el deudor a cumplir lo que le incumbe a este, frente a un tercero que podrá o no adherirse a la convención que inicialmente se produce entre el deudor y quien asume el cumplimiento con él.

El mandato de crédito, en virtud del cual una persona se obliga por encargo de otra a dar crédito a un tercero. El mandante responde del quebranto final que pueda sufrir el mandatario.

La promesa del hecho de un tercero, por virtud de la cual una persona se obliga respecto de otra prometiéndole el hecho de una tercera, con obligación a indemnizar en caso contrario.

Y por último la fianza que define nuestro Código Civil



en el Art. 1822 en los siguientes términos : "Por la fianza se obliga a pagar o cumplir por un tercero en el caso de no hacerlo éste" (103).

Hay que notar en primer término que de todas las figuras comentadas, solamente la fianza se encuentra regulada en nuestro derecho positivo, y esta circunstancia unida a la evolución del concepto de fianza, resultado de varias figuras conocidas en el derecho romano, hacen que tenga a la vez carácter genérico y específico. Por un lado, constituye una figura específica y distinta de las demás mencionadas y por otro se toma como género que comprendería a las demás, estableciendo una suerte de igualdad entre fianza y garantía personal.

Probablemente la razón más importante de lo que acabamos de señalar radica en la cantidad de figuras de garantía personal prestadas por persona distinta del deudor existentes en el derecho romano, de las cuales, solo una, la fianza, ha sido recogida por nuestro derecho civil.

En efecto, en derecho romano (104) existen por un lado tres modalidades de la fianza: la "Sponsio", la "Fideipromissio" y la "Fideiussio", además existe el "Constitutum debiti alieni" y el "mandatum pecuniae credendae".

La "Sponsio" y la "Fideipromissio" características del periodo clásico y ligadas a la rigidez y formalismo de esta época en el derecho romano, coexisten en un periodo posterior con la "Fideiussio", y en época posterior justiniana, la "Fideiussio" sustituye a las otras dos.

Sobre la figura de la "Fideiussio", con las aportaciones del derecho histórico español y la influencia del derecho francés se constituye la fianza recogida en nuestro Código Civil, con los

beneficios de excusión y de división, y consagrando la regla de que el fiador no puede comprometerse a una obligación más gravosa que la del deudor.

No obstante, en el derecho romano, como queda señalado, coexisten otras formas de garantía como el "Constitutum", pacto pretorio en el que el que promete pagar la deuda no es el propio deudor, ("Constitutum debiti alienae"). Dichas figuras presentan frente a la anterior, dos modalidades de gran interés; en primer lugar que el promitente puede prometer un objeto distinto al de la obligación preexistente y en segundo lugar que la obligación no desaparece "ipso iure" por la extinción de la obligación primitiva garantizada (existen otras diferencias de tipo formal que no son del caso reflejar).

Junto a ellos existió el mandato de crédito, a cuya forma nos hemos referido en su concepto moderno y que sufrió un proceso de asimilación a la "Fideiussio".

Por último, existió en el derecho romano el concepto de "Intercessio", que abarcaba todo acto en virtud del cual una persona responde voluntariamente de la deuda de otro. Ello se produce cuando alguien se constituye en deudor solidario y en general en todos los supuestos en que quien intercede se obliga juntamente con el deudor principal e incluso cuando se extingue la obligación por novación extintiva por cambio de deudor, siendo el nuevo deudor el intercesor. (105).

Como puede verse, tales figuras corresponden con distintos matices a la enumeración a la que antes hacíamos referencia y sin embargo las mismas no han sido recogidas en el Código Civil, que, como hemos dicho, recoge en los Art. 1822 y siguientes exclusivamente la fianza. Ello determina que las normas relativas a esta institución, hayan pretendido ser atribuidas con carácter de

generalidad a los supuestos de garantía personal prestada por persona distinta del deudor. Si bien es cierto que, en ocasiones, tales normas habrán de ser aplicadas por analogía para llenar el vacío legal, ello no puede traducirse en una norma general, antes al contrario no podrán aplicarse normas de la fianza en tanto estén en contradicción con las diferencias entre dicha institución y las demás formas de garantía personal.

Una consideración puede ser ilustrativa al respecto: El contrato de garantía, muy extendido, sobre todo en la práctica internacional y conocido con el nombre de "garantía a primer requerimiento", "a primera demanda", "sin excepciones", constituye una garantía personal que difiere de la fianza especialmente por el carácter de accesoriedad, que constituye una de las notas fundamentales de aquella. Por ende no podrá aplicarse a este pacto específico, por razón de analogía, en ausencia de regulación legal, las normas de la fianza que estén basadas precisamente en su carácter accesorio.

Si tenemos en cuenta que la declaración de patrocinio representa, como hemos dicho, una función de garantía en términos generales que emana de persona distinta del deudor principal, es precisa y útil la advertencia anterior, al objeto de no caer en la tentación de aplicar a las declaraciones de patrocinio, sin más, los criterios de la fianza, tal como, con error en nuestro modesto criterio, realiza la ya citada sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 16 de Diciembre de 1.985 en su quinto Considerando. No es admisible decir que la declaración de patrocinio no puede ser constitutiva de un supuesto de garantía personal emitida por un tercero, porque no es una fianza, o porque no cumpla los requisitos de la misma, pues puede ser una figura autónoma o puede ser incardinable en alguno de los supuestos ya acuñados por la doctrina o el derecho comparado, o incluso, por el derecho histórico de las garantías personales distintas de la fianza.

Por ello, como antes señalábamos, y como previo al intento de situar las distintas declaraciones de patrocinio en su caso, en los moldes acuñados, se hace precisa una referencia a alguna de las modalidades a las que arriba nos hemos referido, para destacar, siquiera sea brevemente, sus caracteres más sobresalientes.

B) Estudio específico de algunas formas típicas de garantía

a) La fianza (106).

Nos referimos aquí, no a la fianza como sinónimo de garantía o de caución, sino a la fianza regulada y definida en los Arts. 1822 y siguientes del Código Civil, concebida como aquella garantía que se produce cuando un tercero asume la obligación de pagar para el caso de no hacerlo el deudor principal, o, como dice en semejantes términos el citado Artículo 1822, "cuando se obliga el fiador a pagar o cumplir por un tercero en el caso de no hacerlo este".

Y nos referimos a la fianza convencional, aquella nacida a través de un negocio jurídico y no por disposición de la ley.

La fianza se configura, como una obligación accesoria de una obligación principal respecto de la cual desempeña la función de garantía. Este carácter de accesoriedad que se mantiene durante toda la relación y que comporta, de conformidad con lo establecido en el Art. 1824 la necesidad de que la obligación principal garantizada sea una obligación válida (con la excepción del párrafo 2º de dicho Artículo), puede verse disminuido en el supuesto del Art. 1825, cuando se garantiza una obligación futura, (107) no nacida, pues la fianza nace, por hipótesis, sin que haya nacido la obligación principal. No obstante, aún en este caso la fianza desarrollará su función en tanto en cuanto la obligación futura nazca y desde el nacimiento de ésta se producirá también la situación o carácter accesorio.

La obligación de fianza tiene también carácter subsidiario respecto de la obligación principal que garantiza y tal característica se manifiesta sobre todo aunque no exclusivamente en el beneficio de excusión que se atribuye al fiador en los Art. 1830 y siguientes, según el cual el fiador no puede ser compelido a pagar sin hacer antes excusión de todos los bienes del deudor.

Este beneficio de excusión es renunciable y desaparece en los supuestos previstos en el Art. 1831, de los cuales hay que destacar el caso de que el fiador se haya obligado solidariamente con el deudor en los términos previstos en el apartado 2º del propio Art. 1831 y también en el apartado 2º del Art. 1822 que se remite a las disposiciones del Código Civil en materia de obligaciones solidarias. Ello no quiere decir que desaparezca completamente el carácter de fianza para convertirse en una obligación solidaria típica, pues la diferencia respecto de esta última se mantiene de forma especial en las relaciones entre el fiador y el deudor, sin perjuicio de que en este caso aparezca muy oscurecido el carácter de subsidiariedad que apuntamos.

Otra característica derivada del carácter accesorio es que el fiador puede obligarse a lo mismo o a menos que el deudor principal, pero no a más, ya que en este caso el exceso de su obligación respecto de la del deudor principal sería objeto de reducción.

Por otro lado, de conformidad con el Art. 1827, la fianza no se presume, sino que debe ser expresa, sin que pueda ser objeto de una interpretación extensiva. Hay que recordar que el Código de Comercio en su Art. 440 establece que el afianzamiento mercantil deberá constar por escrito, sin lo cual no tendrá valor ni efecto.

Ello no quiere decir que, salvo lo establecido en el

Código de Comercio, la fianza exija especiales requisitos de forma, sino que le serán de aplicación las normas generales recogidas en el Código de Comercio y tampoco debe deducirse de lo expuesto en el citado Art. 1827 que la fianza tenga que ser de interpretación estricta y mucho menos restrictiva, como en alguna ocasión ha apuntado la jurisprudencia, pues lo que no cabe es que se constituya de forma tácita o presunta, ni tampoco cabe extender su alcance a más de lo contenido en la misma.

Es interesante destacar, además del beneficio de excusión, que el fiador puede oponer al acreedor todas las excepciones que competan al deudor principal y que sean inherentes a la deuda, pero no las puramente personales del deudor, entendiéndose por tales aquellas inherentes a la persona del mismo, es decir, aquellas en cuyo ejercicio no puede ser sustituido por un tercero.

Por último, y en materia de extinción de la fianza además de las causas genéricas de extinción de las obligaciones aplicables a la fianza, esta se extingue, de conformidad con el carácter de accesoriedad al que antes hacíamos referencia, por extinción de la obligación principal afianzada.

b) La garantía a primer requerimiento (Garantievertrag) (108).

Las características fundamentales de esta figura son dos:

- En primer lugar que el garante queda obligado a satisfacer al beneficiario una determinada cantidad previo un simple requerimiento (normalmente escrito) efectuado por el beneficiario incluso aunque exista oposición por parte del deudor.

- En segundo lugar que el garante queda obligado a efectuar el pago incluso en el caso de que la obligación principal

garantizada resulte inválida.

Como puede verse se produce aquí una quiebra de las características de accesoriedad y subsidiariedad.

Desaparece el carácter accesorio de tal manera que la invalidez de la obligación principal no arrastra la desaparición de la obligación del garante y evidentemente desaparece el carácter subsidiario, toda vez que el garante debe pagar sin que pueda exigir, no ya que el acreedor se dirija en primer término al deudor principal sino incluso aunque este deudor principal se oponga al pago.

En cualquier caso, quizá sea precisa una matización; en la garantía a primer requerimiento sigue existiendo una cierta accesoriedad en el sentido que la garantía existe en función de la existencia de una obligación principal, que es la garantizada. No obstante a partir del nacimiento se produce con carácter abstracto, funciona con independencia de la obligación principal y de las vicisitudes que afectan a la misma e incluso a su validez; sin embargo este carácter abstracto nunca es absoluto, y siempre existe una relación entre la obligación principal garantizada y la obligación de garantía, que se manifiesta, por ejemplo, en el derecho que el garante tiene de reclamar al deudor principal. En aquellos casos en los que el beneficiario ha percibido ya la obligación principal, o bien conoce perfectamente la nulidad de la misma y no ha recibido daño alguno por razón de dicha obligación principal, el garante podrá oponer "la exceptio doli" (109). La garantía a primer requerimiento, como puede deducirse de lo expuesto, trata de obtener un gran automatismo en su ejecución a través de configurarla con carácter abstracto, pero este carácter no es absoluto ni en las relaciones entre garante y garantizado, pues existe acción de repetición ya nacida de los acuerdos internos a partir de los cuales se constituyó la garantía, o, en todo caso, a través de una acción de enriquecimiento e incluso de reembolso o subrogación al pagar, en definitiva, la deuda de un

tercero, ni tampoco frente al beneficiario, pues en ocasiones es preciso superar tal abstracción, ya a través de la doctrina del abuso del derecho o de la buena fe o a través de la utilización de la "exceptio doli".

c) Intercesión cumulativa o de refuerzo. (110).

1).- Asunción de cumplimiento.-

Se trata de un contrato en el que una persona se obliga con el deudor a cumplir la obligación de este (111). Como quiera que no interviene en principio el acreedor, el deudor inicial no desaparece, de tal manera que la obligación permanece inalterada desde el punto de vista objetivo y subjetivo, sin perjuicio de que, la posición del acreedor resulte reforzada como consecuencia de este pacto que vincula al tercero y al deudor originario. Ello comporta que en cualquier momento, al no haber adquirido derechos el acreedor sobre el tercero que asume la obligación, esta puede ser modificada o revocada. Tal efecto puede quedar suprimido si el acreedor se adhiere a esta asunción, en cuyo caso el tercero queda vinculado directamente con el acreedor; en este caso la figura se asemeja enormemente a la que pasamos a exponer a continuación. La sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Setiembre de 1918 considera que no es fianza la promesa hecha al deudor por un tercero de pagar si el acreedor pretende cobrar, figura que se corresponde con la que acabamos de describir.

2) .- Adhesión a la deuda o asunción cumulativa de deuda.-

---

En este caso se produce la incorporación en la posición del deudor del tercero, manteniéndose el primitivo deudor, con lo que existen dos codeudores principales que responden solidariamente frente



al acreedor (se observa la semejanza con la asunción de cumplimiento a la que se ha adherido el acreedor). En todo caso, además de las diferencias que pudieran resultar de lo expuesto, estas dos figuras presentan frente a la fianza, en primer término la diferencia de la subsidiariedad propia de esta última institución, si bien es cierto que tal diferencia queda oscurecida si se trata de fianza en la que el fiador ha renunciado al beneficio de excusión.

No obstante, aún en este caso subsisten diferencias, pues lo cierto es que en el caso de la fianza existen dos obligaciones, la del deudor y la del fiador, y son distintas, si bien la de este último se configura, lógicamente, en relación con la obligación principal. Ambas tienen por finalidad la satisfacción del mismo interés del acreedor, pero así como la intercesión en sus diferentes figuras el tercero asume idéntica obligación que el primitivo deudor, en la fianza el fiador puede obligarse a menos que el deudor principal.

Por otro lado, la fianza puede crearse aún antes de la existencia de la obligación principal, como en el caso de fianza de deudas futuras, en tanto que en la asunción parece connatural a la misma que esta se produzca con respecto a una obligación preexistente.

Por último, es indudablemente distinta la relación interna, es decir, la relación existente entre el fiador y el deudor principal regida por las disposiciones del Código Civil y en las que el fiador tiene derecho de reclamar al deudor principal. En la asunción, en cambio se trata de dos codeudores, y por tanto no serán aplicables las reglas de la fianza al respecto; por ello la relación quedará disciplinada por lo acordado por el primitivo deudor y por el tercero que asume el cumplimiento de la deuda.

Por lo que respecta a la jurisprudencia, es interesante en relación con la adhesión de deuda la sentencia de 28 de Diciembre

de 1960, según la cual la diferencia fundamental entre fianza y adhesión está en que en esta última quien se adhiere asume la deuda como propia. Precisamente, la sentencia de 15 de Diciembre de 1989 reitera que esta figura difiere de la fianza en que quien se adhiere a la deuda la asume como propia, queriendo, por tanto, responder junto al deudor, independientemente, eso sí, de la deuda de este, el fiador asume, en cambio, la responsabilidad por deuda ajena.

d) La promesa del hecho ajeno (112).

Algunos lo denominan contrato a cargo de un tercero y en ellas el promitente se obliga frente al promisorio a que un tercero realice una prestación.

Los problemas fundamentales de la promesa del hecho de otro, no regulada en nuestro derecho y sí en algunos otros como el italiano, son, en primer término determinar en qué consiste la obligación del promitente y el segundo lugar cuáles son los supuestos en los que éste ha de responder.

Por lo que respecta a la primera de las cuestiones, como señala Gullón (113) la obligación del promitente no puede configurarse como una obligación de medios, y tampoco como una obligación de procurar el hecho de un tercero, sino como una obligación de indemnización, bien entendido que no se trata de que el promitente tenga la obligación de pagar una suma de dinero en el caso de que el tercero no cumpla, configurando este cumplimiento como una auténtica condición. Ello supondría olvidar el interés primario, que es el de ver realizado el hecho de un tercero; por ello la prestación del promitente ha de configurarse como la asunción del riesgo de que el tercero no cumpla. Se trata de una prestación de garantía, de modo que si el tercero no cumple el promitente será el que indemnice al promisorio por la frustración de su interés en el cumplimiento de la

obligación del tercero.

Esta concepción indica una semejanza entre la figura comentada y la fianza, en el sentido de que tanto el fiador como el promitente se obligan a cumplir en el caso de que un tercero no ejecute una determinada prestación.

Sin embargo las diferencias entre ambas son también destacables; así Stasi (114) señala que el promitente no se obliga a cumplir, sino se obliga a indemnizar; el promitente no puede ser obligado a sustituir el incumplimiento del hecho de un tercero.

Además, puede afirmarse que en la fianza hay una obligación accesoria y subsidiaria de la principal, que es la obligación del deudor, mientras que en la promesa del hecho de un tercero no hay relación obligatoria entre el promisorio y el tercero de cuyo cumplimiento deba responder el promitente.

No hay beneficio de excusión si el tercero no asume obligación alguna y por último tampoco puede hablarse de acción de regreso por cuanto que el promitente no puede reclamar a un tercero nada de lo que él ha pagado como indemnización.

No obstante, junto a esta construcción pura de la promesa del hecho de un tercero puede darse la construcción en la que aparezca implicada una fianza, esto es, cuando no exista sólo la obligación de conseguir que el tercero acepte, sino cuando el promitente asume responder del cumplimiento por parte de un tercero cuando este se obliga respecto al promisorio. En tal caso no sólo se asume el riesgo de que el tercero no acepte, sino que además se incluye el de que una vez aceptado se produzca o no el cumplimiento.

Teniendo en cuenta lo anterior y a la vista de la redacción del artículo 1381 del Código Civil Italiano ("Colui che a

promesso l'obbligazione o il fatto de un terzo é tenuto a inndemnizzare l'altro contraente, si il terzo rifiuta di obbligarsi o non compia il fatto promezzo"), debe plantearse el doble supuesto de que el tercero rehusa obligarse o que no cumpla el hecho prometido, lo que permite enumerar varias hipótesis, a saber :

- Que el tercero rehusa aceptar la obligación, en cuyo caso es claro que el promitente debe responder.

- Que el tercero ni acepte ni rehusa y no obstante no cumpla con su obligación, en cuyo caso, puesto que no existe aceptación ni cumplimiento, debe tambien responder el promitente.

- Que el tercero acepte y cumpla, en cuyo caso el promitente de nada tiene que responder.

- Que el tercero acepte y en este caso habrían de distinguirse varias subhipótesis :

En primer término que la propia aceptación implique por sí el cumplimiento, como cuando la obligación que debe asumir a terceros es una simple declaración de voluntad, o, en segundo lugar, que la aceptación no suponga por sí el cumplimiento y que el tercero no cumpla, en cuyo caso, el tercero responderá solo cuando se hubiere comprometido, en los términos antes señalados, no solo hasta la aceptación, sino, tras ella, al cumplimiento y que tal cumplimiento no haya sido debido a una causa de incapacidad sobrevenida.

Por razones obvias, como después se verá, interesa contemplar no solo el supuesto en el que se garantiza que el tercero acepte lo que prometió el promitente, sino tambien cuando este responda del cumplimiento por parte de un tercero una vez verificada la aceptación. Pero en este caso, el simple acto de garantizar la actividad de un tercero, debe ser interpretado en el sentido de que el

promitente asume los riesgos de que el tercero no acepte, pero no en el de quedar obligado hasta la consumación de todas las obligaciones, y ello en virtud de que la fianza no se presume. El promitente, salvo estipulación en contrario, no es fiador del tercero.

e) El mandato de crédito. (115).

El derecho romano conoció, según señala Arias Ramos (116) el "mandatum pecuniae credendae" como figura que nace, probablemente, para hacer posible la fianza entre ausentes, impracticable por las especiales formalidades de las otras figuras de garantía existentes en el derecho romano; el fiador actúa como mandante ordenando a una persona que preste una cantidad a otra, haciéndose así responsable al primero, si el segundo no devuelve la suma recibida, en virtud de la responsabilidad del mandante por los daños y perjuicios que sufra el mandatario en el desempeño de su gestión. La evolución en el derecho romano es la de asimilación a las demás formas de la fianza, de tal manera que en época justinianea se extendían al mandante los beneficios de excusión y de división.

En el Derecho actual pueden distinguirse dos tipos de ordenamientos: En primer lugar aquellos en los que se regula la figura, como Alemania, Suiza e Italia, en los cuales, al existir esta regulación, se destaca con carácter específico frente a la fianza por existir un interés del mandante en el encargo que realiza el mandatario, interés que no se da en el fiador; En tal caso son de aplicación las normas de la fianza, en defecto de las específicas sobre el mandato de crédito, sobre todo en la fase posterior al cumplimiento del mandato por el mandatario, en cuyo momento la posición del mandante es semejante a la del fiador.

En otros ordenamientos jurídicos no existe regulación positiva, supuesto en el que se encuentra el Derecho español; (117) no obstante, la jurisprudencia ha recogido la posibilidad de reconstruir

en nuestro derecho, en base a la libertad contractual, un auténtico mandato de crédito, esto es, una figura equivalente a la desarrollada por la doctrina y el derecho comparado. (sentencias de 8 de Octubre de 1927 y sobretodo la de 22 de Diciembre de 1941). (118).

Esta figura comportaría, como hemos dicho, un aspecto en el que prevalece el mandato en la fase inicial del contrato y un segundo aspecto, en la fase posterior, en el que prevalecerían las normas de la fianza.

Entienden los comentaristas de Enneccerus (119) que son aplicables las reglas de la fianza en orden al contenido y extensión de la responsabilidad (Art. 1826 y 1827 del Código Civil) a las excepciones del fiador, (Art. 1830 y 1853), al reembolso (Art. 1838), a las pretensiones de liberación (Art. 1843) y a la extinción de la fianza (Art. 1847). (120).

No obstante, quizá en ausencia de regulación legal, pueden manejarse varias hipótesis semejantes aunque no iguales :

A) .- Los interesados convienen un mandato de crédito especificando que la responsabilidad del mandante es equivalente a la de un fiador. En este caso existe un negocio mixto de mandato en su fase inicial y de fianza en su parte posterior.

B) .- Los interesados pactan un mandato de crédito sin referencia a la responsabilidad del mandante en caso de incumplimiento del tercero; en este supuesto, teniendo en cuenta que la fianza ha de ser expresa, el mandante no respondería como fiador, sino como mandante, esto es, de conformidad con el Art. 1729 del Código Civil. En tal caso, el mandatario debe quedar indemne de los daños sufridos como consecuencia del mandato (la responsabilidad no es la misma que la del fiador ya que la deuda que puede ser o no coincidente con la del tercero, es una deuda propia del mandante y derivada del mandato).

C) .- Cabe, por fin, que una persona indique a otra que otorgue un crédito a un tercero sin constituir un mandato, de manera que el receptor de la indicación lo otorga, y en este caso, y en principio, es decir, salvo falsedad, etc. el indicante no responderá del buen fin del crédito pues no existe en rigor ni mandato ni fianza.

## II) .- ESTUDIO DE LOS DISTINTOS TIPOS DE DECLARACION.

### A) .- DECLARACIONES DE CONOCIMIENTO.

Tras la exposición de las diferentes figuras de garantía y dejando para un momento posterior problemas más directamente relacionados con el derecho de sociedades (aunque en ocasiones será necesaria la referencia), pasamos a examinar la transcendencia jurídica de las distintas cláusulas o declaraciones, siguiendo para ello la clasificación u ordenación recogida anteriormente.

Para ello nos referiremos en primer término a las que hemos denominado declaraciones de conocimiento de la operación.

Como anteriormente señalábamos, dentro de esta rúbrica general pueden distinguirse, cuando menos, tres figuras, a saber : La declaración de conocimiento simple, la declaración de conocimiento y aprobación y la declaración de ser la carta elemento determinante de la concesión del crédito o facilidad crediticia.

#### a).- Declaraciones de conocimiento simple.

Siguiendo el orden establecido, en primer término

aludiremos a la declaración de conocimiento simple, es decir, a aquellos supuestos en los que la sociedad matriz declara conocer la operación crediticia (121) a la que se refiere la declaración de patrocinio.

A su vez, esta declaración de conocimiento simple se produce a veces en forma genérica y en otras se explicita o refuerza indicando que el conocimiento no solo se refiere a la operación en general, sino que se extiende a todos los aspectos de la misma.

En nuestro criterio, el alcance jurídico de este tipo de cláusulas plantea un problema previo, cual es el de si, efectivamente, en estas cláusulas trata el emisor de asumir compromiso jurídico de algún tipo. En tales cláusulas es donde con mayor motivo puede pensarse que no existe compromiso jurídico, sino exclusivamente social o extrajurídico, y ello, porque, por hipótesis, la sociedad emisora se limita a manifestar que conoce la operación en mayor o menor medida y nada más. (122).

Sin embargo, no puede reconducirse tal declaración a la inutilidad y hay que pensar que los interesados han querido otorgarle algún valor. (123).

En primer término, y esto es obvio, tal declaración tiene un valor probatorio; La sociedad madre no podrá alegar desconocimiento de la operación, ni tampoco podrá alegar, si se trata de una declaración de conocimiento específica, la ignorancia de los detalles o aspectos de la misma.

No obstante, se trata exclusivamente de una declaración de conocimiento y en principio, no se asume por la sociedad madre el compromiso de no impugnar tal operación. Creemos que esta es la diferencia fundamental entre esta declaración y la que comentaremos seguidamente.



Sin embargo, sí cabe aplicar aquí una máxima de interpretación de las declaraciones de los interesados, y más concretamente la relativa a la interpretación del silencio. Cuando alguien calla en situación en la que debiera hablar, este silencio no puede ser interpretado a su favor.

Aplicando la citada máxima al caso que nos ocupa, parece lógico que la sociedad matriz que declara conocer la obligación, e incluso, en su caso, declara conocer los detalles de la misma, debió manifestar en aquél momento si tenía razones para impugnarla u oponerse a la misma, pudiendo interpretarse su silencio como aquiescencia.

Sin embargo, no estamos ante una cuestión de voluntad, sino ante una mera declaración de conocimiento, y por tanto, este elemento interpretativo podrá ser contradicho por otras pruebas existentes.

Por lo que respecta a las declaraciones de conocimiento en las que se hace específica constancia de los distintos extremos de la operación, sería útil distinguir, según que tales extremos se refieran a la operación bancaria en sí misma, y por tanto datos que ya son de conocimiento de la banca, o que en ella se incluyan datos relativos a la sociedad filial o a la sociedad matriz, tales como referencia a la forma de funcionamiento de la sociedad, balance, situación económica, etc. ya que en este caso tal declaración de conocimiento supone un informe para la entidad bancaria y estaríamos en el supuesto, que después comentaremos, sobre el deber de dar información y de la responsabilidad que de su incumplimiento emana.

En resumen, pues, el alcance jurídico de estas declaraciones, no es otro que el siguiente :

- No podrá la sociedad emisora alegar ignorancia de la operación, o incluso de sus detalles, según los casos.

- Podrá interpretarse su silencio en defecto de otras pruebas más poderosas, como aceptación de los términos de la operación a los efectos de impedir una impugnación posterior.

- En la medida en que contenga información no conocida por el banco, puede generarse la responsabilidad dimanante de la exigencia de veracidad de la misma.

No debe sorprender el escaso alcance de estas manifestaciones, ya que parece claro que el banco que no ha obtenido entre las diversas variedades existentes, sino esta mínima declaración, debe ser consciente de lo limitado de su alcance. También debe tener muy en cuenta, a los efectos de determinar el alcance jurídico, este dato, es decir que entre todas las variedades de declaración posibles, solamente se ha utilizado la que ocupa el escalón inferior.

b) .- Declaraciones de conocimiento y aprobación.-

El segundo tipo de declaraciones de conocimiento está constituida por aquellas en las que no sólo se manifiesta conocer la operación, sino que la sociedad matriz declara de forma expresa su aprobación.

En este supuesto también cabe hacer la distinción efectuada anteriormente; junto a declaraciones genéricas de aprobación existen también declaraciones aprobatorias en las cuales tal aprobación se extiende a los concretos o específicos datos de la operación crediticia.

Desde el punto de vista conceptual la diferencia entre ambas declaraciones es clara, frente a una mera declaración de

conocimiento tenemos aquí una declaración de voluntad. La sociedad matriz no solo "conoce" sino también "aprueba"; por lo tanto, asume aquí de forma expresa la prohibición de impugnar la operación que en ese momento aprueba. Todos los argumentos que para su oposición tuviera en aquél momento quedarían sin efecto para el futuro, aplicándose en este caso, a nuestro entender, la doctrina de los actos propios que recoge, dentro del principio de buena fe, el Art. 7º párrafo 2º de nuestro Código Civil. Quedará vedada, en consecuencia toda pretensión en orden a desconocer o impugnar la operación crediticia de que se trate, ya que resultaría contradictoria con la expresa autorización que se presta.

En segundo término queda reforzado el compromiso de información en cuanto a los distintos aspectos de la operación crediticia e incluso, eventualmente, del destino o finalidad de los fondos o facilidades crediticias obtenidas. Ello se circunscribe naturalmente, a aquellos supuestos en que no se otorga una autorización o acuerdo genérico, sino que se especifican los distintos aspectos de la operación a los que se extiende también la aprobación.

Este efecto no es sustancialmente distinto al de la declaración de conocimiento, especialmente cuando ésta especifica también los diversos aspectos de la operación, pero una vez más su eventual alcance jurídico es más intenso y reside en la diferencia conceptual entre el mero conocimiento y la aprobación.

Pensemos que el conocimiento podría obtenerse mediante un acto unilateral del banco, notificando fehacientemente los distintos aspectos de la operación crediticia, de manera que ésta no podrá alegar en un momento posterior desconocimiento y ello incluso sin que exista carta de patrocinio sino solo por la actividad notificadora fehaciente del banco.

En esto reside, en nuestro criterio, la fundamental

diferencia; no sólo se trata de conocer sino de aprobar. Y ello sin perjuicio del ya aludido acercamiento entre los dos tipos de carta, sobre la base de aplicar la máxima interpretativa, según la cual quien debiendo hablar calla, y debe ser considerado como aceptante.

Sin embargo, no puede aceptarse absolutamente el criterio de Geigy-Werthemann (124) de que la cláusula de aprobación supone el compromiso de pago por parte de la entidad emisora de la carta, salvo los riesgos políticos o riesgos del mercado. Como señala Pouillet, (125), es preciso tener en cuenta que con carácter previo, habrá habido negociaciones entre el banco y la sociedad emisora y que precisamente como consecuencia de tales negociaciones se ha emitido la carta, cuyo limitado contenido, recogido en fórmulas que los factores de negociación conocen perfectamente, no es susceptible de extensión. Dicho de otro modo, si existe una carta con autorización o acuerdo es claro que el banco ha conseguido simplemente algo más que una carta de reconocimiento y mucho menos que otras fórmulas o declaraciones de mayor alcance.

Y esta reflexión debe ponderarse ya que, como vamos a ver, existen perfectamente acuñadas una serie graduada de declaraciones. Por tanto, la inclusión o exclusión de estas declaraciones es siempre el resultado de la negociación entre la sociedad emisora y el banco. A la hora de determinar el alcance jurídico de tales declaraciones, resultado de dicha negociación, es necesario tener cuidado de no extender indebidamente los efectos de aquellas aceptadas por el banco por no haber podido obtener otras de mayor firmeza o amplitud.

Una última hipótesis puede ser tenida en cuenta a los efectos de fijar el alcance de este tipo de declaración; se trata de la responsabilidad asumida por la sociedad emisora de la carta cuando en el momento de su emisión conoce que la filial va a solicitar la declaración de suspensión de pagos, quiebra, etc. Ciertamente es que las

entidades bancarias no quedan exentas de su deber de investigación antes de la concesión de los créditos, y por tanto deben correr con los riesgos derivados de su propia negligencia en tal investigación sin que pueda transmitirlos, en principio, a la sociedad madre. No obstante, cuando ésta no se limita a darse por enterada del préstamo u operación de que se trate, sino que manifiesta su acuerdo o aceptación, es claro que el banco queda exento de responsabilidad por su falta de información, o, cuando menos, esta exigencia tiene que ser suavizada, de modo que sólo será imputable a la banca cuando tal decisión de suspender pagos, quebrar, etc. fuera de mutuo conocimiento.

c).- La carta como elemento determinante de la concesión del crédito.

Esta confianza en la autorización nos lleva a terrenos muy próximos a la tercera de las figuras que estamos examinando, cuando la declaración de patrimonio o su contenido son determinantes para la concesión del crédito de que se trate.

Aún dentro de este epígrafe es útil distinguir dos supuestos : En el primero de ellos se hace notar que el contenido de la carta de patrocinio es razón básica o determinante de la concesión del crédito.

En este supuesto, la carta de patrocinio viene a matizar o reforzar la importancia de tal contenido, es decir a reforzar las obligaciones o declaraciones emitidas por la sociedad madre, tanto si se refiere a su participación en la sociedad filial, a la vigilancia que va a ejercer sobre ésta, etc., su análisis debe reconducirse al estudio de aquellas declaraciones específicas; habrá de producirse no obstante un reforzamiento de su eficacia, pues no en balde, por ejemplo, que la situación dominante o la vigilancia constituyen la razón determinante y por tanto las infracciones a tales compromisos o declaraciones tendrán por manifestación expresa de la sociedad emisora

una especial fuerza y en este sentido. No parece aventurado afirmar que tales declaraciones se colocan en un primer plano en las vicisitudes del crédito, arrastrando la responsabilidad de la sociedad emisora en la medida en que tales declaraciones sean falsas o inexactas o en la medida en que no se cumplan los niveles de vigilancia, etc. (todo ello naturalmente sin perjuicio de demostrar la relación de causalidad en el incumplimiento).

En el mismo sentido, parece que la banca podrá resolver el contrato crediticio si descubre la inexactitud de las manifestaciones o el incumplimiento de las obligaciones que por expresa redacción de la carta tiene carácter básico o esencial.

Se trata, por tanto, de una cláusula que viene a matizar o reforzar las existentes en la declaración de patrocinio que, por ello, adquiere el carácter de básica o esencial.

Cuestión distinta es la que se produce cuando (el supuesto no es muy frecuente) la propia declaración de patrocinio reconoce que la facilidad crediticia se concede por razón de la declaración de patrocinio.

En este supuesto surge inmediatamente la posibilidad de aplicación de la figura jurídica del mandato de crédito (en este sentido la decisión del Tribunal de Milan de 30 de Mayo de 1983). Esta decisión del Tribunal de Milán presentaba una doble característica resultante, a su vez, de dos aspectos de la declaración, en la primera parte se señalaba por la sociedad emisora que a través de aquella carta confirmaba el requerimiento según el cual solicitaron del banco la concesión a la sociedad de nuevas facilidades, frase que de forma especial nos interesa ahora. Dejamos para otro momento posterior el comentario o calificación jurídica de la segunda de las declaraciones contenidas en la carta que dió lugar a la declaración jurídica aludida, en la que la sociedad emisora se comprometía a controlar a la

sociedad beneficiaria para que ejecutara puntualmente sus obligaciones, lo que se consideró como promesa del hecho de un tercero).

No es ocioso recordar aquí, una vez más, que la figura del mandato de crédito no está recogida en nuestro derecho positivo, pero sí por la doctrina y la jurisprudencia de modo que no existe una dificultad institucional, como quizá en otros ordenamientos jurídicos (por Ej. el francés), para la admisión de esta figura.

Conviene recordar los comentarios anteriores respecto del mandato de crédito, distinguiendo tres hipótesis diferentes. En el caso presente el dato fundamental es saber si en esta carta nos hallamos ante un verdadero mandato de crédito o ante una simple indicación. Asumiendo que, de acuerdo con nuestra hipótesis, se trata de una declaración que constituye la causa o razón determinante de la concesión del crédito, hay que convenir que, en principio, no se trata de una mera indicación, sino cuando menos de una recomendación, la cual, entre empresarios, indudablemente debe generar responsabilidad. En este sentido se cita por Pouillet una decisión de la Corte de Apelación de Rouen de 30 de Junio de 1951 que hizo responsable al emisor de una carta de recomendación que permitió obtener a un comerciante, un crédito (y otra semejante del Tribunal de Nancy de 9 de Abril de 1970). (126).

En nuestro criterio, y a salvo de la interpretación en cada caso, cuando la declaración supone la base o causa a partir de la cual se concede el crédito nos encontramos ante un verdadero mandato de crédito, con las consecuencias antes referidas. Así el mandante responderá frente al mandatario, por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la conclusión del encargo.

En este caso, parece que la entidad crediticia ha otorgado el crédito a requerimiento de la sociedad emisora de la

declaración de patrocinio, configurándose tal requerimiento como básico y esencial para la concesión crediticia. Se trata, pues, de un auténtico mandato de dar crédito a un tercero, al que son inherentes, cuando menos, las responsabilidades del mandato y entre ellas las de dejar indemne al mandatario o bien, como parece considerar la mayor parte de la doctrina, las obligaciones del fiador en fase de ejecución.

Se produce una situación semejante cuando se trata de declaraciones de patrocinio en las que se conviene que se concederá el crédito, dichas declaraciones implican la facultad por parte de la sociedad emisora de exigir a la entidad financiera la concesión de la facilidad crediticia.

El ya citado Poulet (127) considera que nos hallamos ante una estipulación a favor de un tercero, en la que se cumplen todos los requisitos de dicha figura. Anticipándose a alguna evidente dificultad a su construcción, indica dicho autor que la declaración de patrocinio constituye el contrato principal del que deriva la estipulación a favor de un tercero, porque existe un interés directo y evidente en este contrato por parte de la entidad emisora; como es evidente, la concesión del crédito a la filial interesa a la totalidad del grupo y por ende a la sociedad madre.

Disentimos de este parecer, que quizá viene dado por la inexistencia de la figura equivalente al mandato de crédito en algunos países, como queda dicho; en efecto, la estipulación a favor de un tercero constituye un contrato entre dos partes dentro de la figura en la cual una de las estipulaciones no es a favor de los contratantes sino a favor de un tercero.

En la construcción antes indicada existe un contrato con una sola obligación -la de dar crédito- a cargo de la entidad bancaria, y ninguna obligación, en principio, en cuanto a la sociedad emisora salvo, en todo caso, la obligación de garantía. ¿No es esto



un mandato de crédito?. ¿No es un acuerdo entre la sociedad emisora (mandante) y el banco (mandatario) al objeto de que éste dé crédito a un tercero (la sociedad filial)?. Este contrato de crédito entre el banco y la sociedad filial generará también derechos y obligaciones para el concedente.

Podríamos establecer un cuadro esquemático de diferencias entre las dos figuras: La primera estaría constituida por un mandato ordinario que tuviera por objeto la celebración de un contrato con un tercero, por ejemplo, un mandato de venta; en este supuesto existen dos contratos, por un lado el mandato que generará derechos y obligaciones entre el mandante y el mandatario y por otro la compraventa que generará derechos y obligaciones entre el comprador (tercero) y el vendedor, que en último término es el mandante, aún cuando tratándose de mandato no representativo inicialmente las acciones se produzcan entre el mandatario y un tercero. Al tratarse de "cosas propias del mandante" en el sentido empleado por nuestro Código Civil, en último término el vendedor es el mandante.

Por el contrario en el mandato de crédito -segunda figura- existe una notoria diferencia con el supuesto anterior, aunque también existen dos contratos, -el de mandato, con las obligaciones entre mandante y mandatario y el de crédito, con obligaciones entre el concedente y el acreditado-, en este segundo contrato de crédito, objeto del mandato, el mandatario actúa no solo en nombre propio, sino en interés también propio. El crédito que otorga es suyo y no del mandante; de manera que, sin perjuicio de las acciones que tuviera contra el mandante, el mandatario tendrá, como concedente del crédito, acciones propias contra el beneficiario.

Y por último -tercera figura- en la estipulación a favor de tercero existe un solo contrato del que emana una estipulación a favor de un tercero que, por lo tanto, no será responsable ni asumirá

obligación frente a aquel de los contratantes obligado a la estipulación.

. En síntesis, las diferencias están en que en el mandato de crédito el interés del segundo contrato -la operación crediticia- no es solo del mandante, sino también propio del mandatario, mientras que en la estipulación a favor de tercero, el tercero no asume obligaciones derivadas de este contrato.

Si trasladamos todo este esquema a la figura contemplada inicialmente, habremos de concluir que no se trata de una estipulación a favor de tercero, pues la sociedad filial asume claramente obligaciones derivadas del crédito frente al banco y tampoco se trata de un mandato ordinario, pues el crédito que se concede no es el crédito del mandante, sino que es propio del mandatario. Nos hallamos en conclusión ante una figura específica del mandato, que es el mandato de crédito y entendemos que el banco tendrá los derechos y obligaciones derivados de la operación crediticia frente a la sociedad filial y las obligaciones y derechos derivadas del mandato de crédito frente a la sociedad emisora de la declaración de patrocinio, cuya acción está integrada por las obligaciones asimilables a la fianza o cuando menos por las obligaciones propias del mandato, concretamente por la obligación que el mandante tiene de dejar indemne al mandatario.

#### B) .- DECLARACIONES DE PARTICIPACION .-

Nos referimos aquellas declaraciones que simplemente se dedican a constatar el hecho de la participación del firmante de la carta en el capital de la sociedad que ha solicitado las facilidades crediticias ante el destinatario de la misma.

Quedan para un momento inmediatamente posterior aquellas que, además, indican algún tipo de compromiso sobre el mantenimiento

de tal participación. Nos referiremos ahora, a las declaraciones de participación puras.

En primer término, hay que destacar su carácter esencial ya que constituye uno de los dos elementos imprescindibles de toda declaración de patrocinio. Como hemos dicho, la declaración de patrocinio, incluso en su forma más simple exige el conocimiento de la operación crediticia de que se trata y la manifestación de la relación entre la sociedad emisora de la letra y la entidad beneficiaria de la facilidad crediticia.

Es forzoso reconocer que, en la práctica estas declaraciones de patrocinio a las que nos estamos ahora refiriendo, rara vez se producen solas sino más bien acompañadas de declaraciones complementarias, bien sean de mantenimiento de la participación en el capital de la sociedad beneficiaria en las distintas formas a que luego haremos referencia o con alusión al comportamiento de la sociedad emisora respecto a la sociedad en la que participa y al control que ejerce o se compromete a ejercer sobre ella.

Como quiera que esta cláusula plantea el tema de las relaciones entre la sociedad que emite la carta y aquélla que se beneficia de la declaración frente a la entidad bancaria, es claro que la cláusula está íntimamente relacionada con un aspecto que será objeto de estudio y que es el tema de los grupos de sociedades.

Sin perjuicio de la remisión que queda hecha, parece interesante apuntar una cuestión : ¿El ámbito propio de las declaraciones de patrocinio es el de los grupos de sociedades, de tal manera, que entre las dos sociedades tiene que existir la relación de sociedad dominante y sociedad filial, esto es, que ambas pertenezcan a un grupo de sociedades o es suficiente el dato exclusivo de participación de la sociedad emisora en el capital de otra sociedad?.

El tema ha sido planteado por la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Diciembre de 1985, cuando en el 5º de los Fundamentos de Derecho señala que no aparece acreditada debidamente que exista entre el Banco del Noroeste y Air Spain la situación propia de sociedad matriz y sociedad filial que es el ámbito específico de desarrollo de las "cartas de confort", lo único que aparece en las actuaciones es que la primera tiene la posición de accionista mayoritario de la segunda.

En el comentario a la citada sentencia Santiago López Uriel (128) juzga favorablemente tal afirmación del Tribunal Supremo, se destaca que la garantía para el banco contenida en este tipo de declaraciones no es sólo la tenencia de acciones, sino la pertenencia a un determinado grupo que permitirá a la entidad bancaria pensar en un mayor respaldo económico (con independencia de las consecuencias jurídicas). En definitiva, el banco podrá pensar que no sólo está contratando con una sociedad aislada, sino que, en último término esta contratación se produce con una sociedad integrada en una entidad superior.

No compartimos, como en otro lugar se expone, integralmente la opinión de López Uriel, pues, sin perjuicio de reconocer que la carta de patrocinio se produce normalmente en el ámbito de los grupos de sociedades, tal hipótesis no agota las posibilidades de la declaración de patrocinio, ya que puede perfectamente existir tal declaración, con semejantes efectos jurídicos (salvo los propios de la normativa de los grupos de sociedades) sin que exista grupo como tal, simplemente con que exista una participación de una sociedad en otra, sin que lleguen a constituir grupo en sentido estricto.

En términos generales, el valor jurídico de la declaración que comentamos es equivalente al que antes hemos recogido sobre la declaración de conocimiento de la operación

crediticia de que se trate. Se trata simplemente de la constatación de un hecho si bien, aún cuando los efectos antes apuntados pudieran ser simplemente trasladados a este caso, es importante matizar que esta declaración de un hecho determinado -la pertenencia a un grupo- o -la relación de sociedad filial a sociedad matriz- o -la participación de una en otra- es un dato que procede de aquella sociedad que está en condiciones de afirmarlo.

Por ello, en primer lugar, tal declaración tiene un gran valor probatorio en cuanto acredita una situación de hecho que puede desencadenar determinados efectos jurídicos, como por ejemplo, en aquellos ordenamientos en los que se establece responsabilidad del socio único en una sociedad o en aquellos otros que bien por vía legislativa o jurisprudencial, la sociedad matriz, o el grupo, responden de las deudas de la filial. No será necesaria una actividad probatoria de la pertenencia o existencia del grupo para solicitar los efectos jurídicos antes citados, pues la declaración de patrocinio constituye una prueba irrefutable. (129).

Se trata, como queda expuesto, de una información que se recibe precisamente de quien mejor puede saberlo -la sociedad matriz- y por tanto si se produjera falsedad en esa declaración o reticencia en la misma a efectos de obtener el crédito podríamos encontrarnos incluso ante un auténtico delito de estafa. Se produce un perjuicio patrimonial a través de una apariencia engañosa, utilizándose tal apariencia para lograr la ventaja patrimonial. (Además tendrían que darse otras circunstancias que configuran el delito, pero básicamente el esquema pudiera ser aplicable).

Desde el punto de vista civil, el contrato entre la entidad bancaria y la sociedad pseudo-filial podría ser anulado por dolo en los términos del Código Civil. A pesar de que el Art. 1269 establece que el dolo tiene que ser causado por uno de los contratantes, la doctrina está de acuerdo en que no cabe hablar de

tercero cuando el que ha causado el engaño ha tenido una intervención directísima en el contrato y ha sido cómplice del contratante para producir el engaño (130). De igual manera será dolosa a los efectos apuntados la actuación de la sociedad matriz que omite conscientemente en la declaración algunos extremos que vengán a desvirtuar en todo o en parte la manifestación de participación en la sociedad filial, ya porque las acciones están embargadas, porque carece de derecho de voto, etc. etc. El principio de buena fe hace que esta reticencia, si tiene carácter fundamental, sea equiparada al engaño. No obstante, la doctrina del dolo como causa de anulación del contrato sólo será aplicable en el supuesto del dolo causante, esto es, cuando las palabras o maquinaciones insidiosas sean las determinantes de la celebración del contrato; en nuestro caso cuando la relación entre sociedad matriz y sociedad filial o en general lo declarado en la carta resulte falso, y sea determinante de la concesión crediticia; Si no ha sido así, aunque la falsa declaración haya producido alguna variación en el contrato que de todas maneras, se hubiera celebrado, estaríamos ante el dolo incidental con la consecuencia exclusiva de la indemnización de los daños y perjuicios causados por dicho dolo en los términos previstos por el citado Artículo del Código Civil.

Otro extremo relativo a estas declaraciones y que puede revestir importancia es la mayor o menor extensión informativa de la declaración, cuando, no solamente se manifiesta en términos generales la existencia de una participación, sino que se especifica que esta es mayoritaria o que es absoluta o que es una dependencia de primer grado o de segundo grado en la integración del grupo de sociedades, etc. Todos esos matices informativos adquieren una mayor importancia a efectos probatorios y cuantos menos existan, mayor será la necesidad de completarlos con otros medios de prueba para que se desencadenen los efectos jurídicos apuntados.

En principio, no puede aceptarse que la cláusula que venimos comentando implique, tácitamente, la obligación de comunicar a

la receptora de la carta las modificaciones de la situación expuesta por la sociedad matriz, ni menos la obligación de mantener la situación que declara en la carta. Esta opinión debe ser negada, ya que tales obligaciones pueden hacerse constar de forma específica y dan lugar a las declaraciones que comentaremos más adelante.

Cosa distinta es que, en determinados supuestos, una vez emitida la declaración y por causas imputables exclusivamente a la sociedad emisora se produzca con gran rapidez un cambio fundamental, tal como la venta de todas las acciones o de aquellas que determinan la mayoría y el control (131). Ello puede ser un supuesto de reticencia, contrario a la buena fe, en los términos a los que antes hacíamos referencia, y podrá presumirse, dadas las circunstancias del caso, que la sociedad conocía este cambio que iba a producirse próximamente y lo calle, incurriendo, por tanto, en reticencia dolosa (132).

C).- DECLARACIONES DE MANTENIMIENTO DE LA PARTICIPACION .-

A diferencia de las anteriores, estas declaraciones comportan no solo la declaración de una determinada situación en el momento de otorgar dicha declaración, sino la asunción de un compromiso efectivo que es, en términos generales, el de continuar con dicha situación.

Como antes señalábamos, en este tipo de declaración, cabe a su vez subdistinguir tres modalidades :

- La primera, que hemos denominado simple, en la cual la sociedad matriz se obliga a mantener la participación que posee.

- La segunda, en la que la sociedad se compromete a mantener su situación y a notificar previamente a la entidad financiera cualquier modificación de la misma que pueda producirse.

- La tercera, que hemos denominado como "acuerdo sustitutivo" en virtud de la cual la sociedad matriz se compromete a mantener inalterada la situación o en el caso de que ésta se modificara, se obligue a concertar con el ente financiador un nuevo acuerdo para ofrecer a cambio una garantía (entendido este término en sentido amplio) que sustituya al anterior compromiso.

a) .- Declaración de mantenimiento simple de la participación.-

---

La que hemos denominado declaración de mantenimiento simple de la participación, exige a su vez una distinción previa. En este caso no nos referimos a aquellas declaraciones de "policy" en las que la sociedad emisora de la carta se limita a manifestar que es su intención o su política mantener inalterada la participación, lo cual en rigor, no constituye un compromiso concreto sino una simple declaración de intenciones, declaraciones que serán objeto de nuestra consideración cuando a continuación estudiemos las declaraciones de "policy" en general.

Nos referimos, pues, aquí, a aquella obligación asumida por la sociedad matriz de no disminuir la participación que posee en el momento de otorgar la carta. Esta obligación puede expresarse en sentido positivo o negativo, de manera que la sociedad matriz se comprometa a mantener su participación o se comprometa a no transferirla.

El primer problema que se plantea es el de compatibilizar la validez jurídica de la cláusula con el principio de libre transmisión de las acciones.

En principio, y dado que se trata de una limitación de



transmisión que voluntariamente asume el titular de las acciones y que esta autolimitación tiene evidentemente una causa justificada además de fijar su duración -ya que no podrá extenderse más que al plazo de duración de la operación crediticia o, para ser más exactos, hasta tanto la operación crediticia no esté liquidada a la entidad financiera- no parece que exista dificultad alguna para considerar su validez.

Problema distinto es el de la eficacia respecto de terceros que pudieran adquirir dichas acciones con desconocimiento de la prohibición, ya que parece claro que tratándose de un convenio que se produce entre dos partes, tal convenio no vincula a los terceros, los cuales adquirirán las acciones correctamente, siendo válido y eficaz el negocio transmisivo. Ello sin perjuicio, naturalmente, de las acciones que competan a la entidad financiera frente a la sociedad matriz por razón del incumplimiento de un pacto. Solo si esta limitación adquiriera reflejo público por su inscripción por ejemplo en el Registro Mercantil, el tercero quedaría vinculado también por el pacto de otros.

Debe entenderse que la limitación transmisiva se refiere exclusivamente a aquellos actos que se realicen por voluntad de la sociedad matriz. Quedarían excluidos por tanto, aquellos tales como la expropiación, que se producen sin, o incluso contra la voluntad de la sociedad matriz (otra cosa es que tales supuestos estén previstos en la carta en orden a sustituir esta garantía por cualquier otra, en cuyo caso quedarían cubiertos por la específica previsión de la declaración).

Por el contrario, deben entenderse incluidos en la prohibición aquellos actos que, en rigor, no suponen transmisión de las acciones, pero sí modificación sustancial de la situación, tales como la renuncia al derecho de voto, etc.; en definitiva, aquellos actos realizados voluntariamente por la sociedad matriz que, sin llegar a

producir una transmisión, varían el contenido de una garantía establecida en los aspectos antes citados.

Cuando, pese a la prohibición, la transmisión haya tenido lugar en favor de un tercero, que, como hemos dicho, adquiere las acciones o participaciones, cabe preguntar cuál es el derecho que tiene la entidad financiera por razón de dicho incumplimiento. En nuestro criterio la entidad financiera podrá resolver el contrato celebrado con la filial, no sólo en aquellos casos en que así se haya planteado de forma expresa, sino también en aquellos en los que pueda acreditarse que la declaración aludida ha sido un elemento determinante para la concesión de dicha facilidad crediticia. (133). En segundo lugar, la entidad financiera podrá reclamar los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del incumplimiento planteándose con ello el grave problema de acreditar la relación de causalidad entre el daño - constituido generalmente por el impago- y el incumplimiento, consistente en la transmisión de las acciones. Tal relación de causalidad no será fácil de acreditar en la mayor parte de los casos, salvo en los que, una vez producida la transmisión de las acciones, la sociedad filial haya sido objeto de disolución o de reducciones drásticas de medios financieros o de otro orden por parte del nuevo adquirente de las acciones. En en estos casos la existencia de una cláusula penal específica en la que se establezca, con el carácter de pena, el pago de una cantidad en concepto de daños y perjuicios podrá soslayar la dificultad, pero, es evidente que el efecto deriva no de la declaración de patrocinio que examinamos, sino de la propia cláusula penal.

En realidad la cláusula de mantenimiento de la participación aparece en primer término como una cláusula muy dura a cargo de la sociedad emisora de la carta, que asume un gran compromiso. En la práctica los efectos jurídicos del incumplimiento, a menos de que existan otras cláusulas complementarias, son enormemente limitados, por lo que de forma en cierto modo paradójica, los efectos de los otros dos

tipos de cartas que pasamos a examinar, aunque aparecen en primer término como más modestos y menos ambiciosos, son susceptibles en la práctica de producir mejores resultados.

b) Declaración de mantenimiento con preaviso.-

La segunda modalidad es la que hemos denominado "con preaviso", cuando la sociedad matriz se compromete a comunicar a la entidad financiera con antelación, la disminución o desaparición de la sociedad filial. La cláusula suele estar redactada en un doble sentido : La sociedad matriz manifiesta su intención de mantener inalterada su participación, y, alternativamente, para el caso de que esta disminuya o desaparezca, se compromete a realizar el preaviso correspondiente.

En los distintos modelos de declaración al respecto se observan algunas diferencias o matizaciones que parece importante destacar, porque indudablemente extienden o reducen, o cuando menos matizan, el alcance jurídico de tales declaraciones.

En primer lugar puede especificarse que la obligación se refiere exclusivamente al supuesto de actuación voluntaria de la sociedad matriz, lo que se extiende también a aquellos supuestos en los que la reducción o extinción se produce como consecuencia de actos no voluntarios de la sociedad, tales como expropiación, nacionalización, embargo, etc. De no especificarse, el principio de buena fe nos inclina a pensar que la obligación se extenderá no sólo a los actos voluntarios sino también a los forzosos o ajenos a la voluntad de la matriz, pero que esta puede conocer con la debida antelación. En ocasiones, este deber -cuando no está explícito en la declaración- cederá ante otro más importante, y es que el sigilo puede convenir a los intereses de la matriz en orden a evitar precisamente esos actos, en último término, la disminución o desaparición de su participación en la filial. (134).

Puede especificarse el plazo de preaviso, lo que indudablemente favorece la previsión y elimina dudas, pero tambien es frecuente en la redacción de las cartas que se empleen términos ambiguos, tales como "antelación suficiente" u otros semejantes. En estos casos, dicha "suficiencia" debe entenderse en congruencia con el fin que persiguen tales cláusulas, que no es otro que la adopción por la entidad financiera de ciertas medidas (resolución del contrato crediticio, sustitución de las garantías, etc.) para compensar la confianza que le produce la participación de la entidad emisora de la carta. Será el juez, en caso de litigio, el que atendidas las circunstancias del caso habrá de decidir sobre el cumplimiento o no, dado el plazo en que se produjo el preaviso, (Art. 1228 del Código Civil).

Como quiera que no toda modificación en la participación tiene la misma trascendencia, pueden tambien establecerse modalidades en atención a ella. Así el compromiso puede ser referido exclusivamente al caso de socio único que deje de serlo, en otros casos, se referirá a la cesión de una participación mayoritaria o que influya en el control de la sociedad. A este respecto, parece lógico que, salvo que se pacte lo contrario, las modificaciones participativas deben ser objeto de preaviso en la medida en que modifiquen aquella situación existente en el momento de escribirse la carta. De tal manera, una pequeña modificación participativa que no afecte a la situación mayoritaria, no ha de ser objeto de tal preaviso, insistimos, salvo estipulación expresa en contrario.

Las declaraciones comentadas constituyen claramente la asunción, por parte de la sociedad matriz, de una obligación de hacer en un determinado momento; su contenido no es otro que el preaviso, de tal manera que si se produce oportunamente, la obligación quedará perfectamente cumplida cualquiera que sea la suerte del crédito o facilidad crediticia, salvo que existieran otras cláusulas o

declaraciones.

En el caso de que la sociedad matriz no realizara oportunamente el citado aviso, nos encontraríamos con un incumplimiento de la obligación, incumplimiento que además tendría carácter definitivo. No sería posible su sustitución o reparación mediante un cumplimiento en forma específica, pues el aviso posterior a la transmisión es claro que no remedia el incumplimiento anterior. Dicho en otros términos, se trata de un incumplimiento cuya reparación solo puede tener lugar en términos equivalentes, es decir, a través de la indemnización de los daños y perjuicios que ese incumplimiento ha causado. Ello exige que existan tales daños y perjuicios constituidos, normalmente, por el impago total o parcial del crédito de la filial que fue objeto de la declaración de patrocinio. Pero, aún utilizando la hipótesis de tal daño y de su prueba, queda pendiente la demostración de la causalidad, esto es, la entidad financiera habrá de demostrar que existe una relación entre la falta de preaviso y el incumplimiento total o parcial por parte de la filial (135). Evidentemente, la relación de causalidad es un dato que habrá de examinarse caso por caso, aunque los argumentos de una y otra parte sean semejantes: Argumentará la entidad financiera que, de haber disfrutado de tal preaviso, habría podido resolver el contrato de crédito de que se trata, buscar nuevas garantías, o no haber permitido nuevas disposiciones del crédito precisamente durante el plazo posterior a aquél en que el preaviso debió producirse, o no haber otorgado nuevas facilidades crediticias; por su parte la sociedad matriz aducirá que no es la falta de preaviso sino la situación económica ya existente en la sociedad filial, o la situación del mercado, u otras causas las que han determinado el impago, y no la situación participativa de la matriz, argüirá que la falta de preaviso o la existencia del preaviso, en nada hubiera modificado las posibilidades de cobro de la entidad financiera.

La cuestión de la causalidad de los daños y perjuicios

es, naturalmente, una cuestión de hecho, que habrá de ser examinada caso por caso, pero se advierte ya claramente la enorme dificultad a cargo de la entidad financiera para acreditar tal relación de causalidad a la vista de los argumentos de ambas partes que acaban de ser mencionados.

El remedio es el complemento que puede otorgar a las mismas la cláusula penal, ya entendida en su función liquidatoria o evaluatoria de los daños o en su función meramente penal. De tal manera, se impondrá una sanción específica pactada contractualmente, al incumplimiento de la obligación de preaviso -satisfacer los daños y perjuicios- constituyendo éstos la parte no satisfecha por la sociedad filial a la entidad de crédito. Pero, como ya hemos comentado, el efecto no se derivará de la declaración de patrocinio sino de la cláusula penal que la misma señala.

Otro efectos jurídico que pudiera contemplarse es la facultad o no de la entidad financiera para resolver el contrato con la filial en caso de incumplimiento del preaviso. (136).

En rigor, la cuestión debe plantearse en dos hipótesis, esto es : ¿Puede la entidad financiera resolver el contrato con la filial tanto en el momento de recibir el preaviso convenido, como cuando tal preaviso no se produce, ni la entidad crediticia conoce la disminución o extinción de la participación de la entidad matriz que debió ser objeto del preaviso?. Como puede verse la situación es idéntica; en el primer caso la entidad crediticia recibe el aviso oportunamente y conoce que va a producirse la disminución o incluso la extinción de la participación de la matriz en la filial. No cabe la menor duda que la finalidad del preaviso es que la entidad financiera pueda adoptar alguna medida; esta medida será la extinción del contrato al que dió lugar la carta de patrocinio o la sustitución de esta carta por otras seguridades.

La situación en el caso de incumplimiento es la misma, en el sentido de que si la entidad financiera en el momento de recibir el preaviso puede resolver el contrato, con mucho mayor motivo si no se le ha dado el preaviso, y se ha consumado la transmisión sin su conocimiento.

Sin embargo, si en el contrato de crédito no se ha hecho alusión alguna, cabe que la filial, que no interviene directamente en la carta de patrocinio, entienda que no deba soportar la resolución contractual. Para resolver el tema hay que entender en primer término que la filial en el momento de recibirse la facilidad crediticia tiene este carácter de filial y como tal debe conocer los actos de la sociedad matriz, entre ellos, muy precisamente la declaración de patrocinio en íntima relación con una operación de la propia sociedad filial. Aunque pierda después tal carácter, debe asumir, en la medida en que le afecte, el contenido de la declaración de patrocinio y una vez asumido será de aplicación lo dispuesto en el Art. 1258 del Código Civil.

En nuestro criterio, todos los contratantes conocen que esta cláusula de preaviso tiene como finalidad la resolución del contrato o la sustitución por otras garantías y por ello cuando se produce el preaviso o cuando este no se produce y tiene lugar la transmisión, que la entidad crediticia podrá pedir la resolución del contrato, si no se le ofrecen otras seguridades de idéntico alcance que las ya existentes. De igual manera, no podrá negarse a admitir como sustitución una nueva carta de patrocinio del nuevo grupo adquirente de la filial salvo diferencias especiales del mismo que hagan asimismo diferente la nueva carta que se ofrece en sustitución de la ya existente, por razón de las circunstancias de la nueva sociedad matriz. Sin embargo, de no existir tales garantías sustitutivas parece claro que tendrá derecho a la resolución contractual.

c) .- Con acuerdo sustitutivo .-

La tercera modalidad es la que hemos denominado "con acuerdo sustitutivo", esto es, cuando la sociedad matriz asume para este supuesto no solo la obligación de avisar previamente, sino también la llegar a un acuerdo sustitutivo de la relación en la que se encontraba al emitir una carta de patrocinio.

Poullet (137) establece cuatro subespecies de la comentada, a saber :

- Cuando la sociedad matriz asume la obligación de consultar o concertar con la entidad bancaria para encontrar una solución satisfactoria.

- Cuando la sociedad matriz asume la obligación de emitir, a petición de la entidad financiera, una determinada garantía.

- Cuando la sociedad matriz subordina la cesación de su participación al acuerdo de la entidad financiera.

- Cuando la sociedad matriz para el caso a que nos venimos refiriendo se compromete a liquidar o a "apurar" con carácter previo las deudas de la filial. (138).

Como continúa diciendo el citado autor existen dos características comunes a las cuatro subespecial a las que acabamos de hacer referencia que son las siguientes : Que las mismas tengan lugar siempre en el supuesto de transmisión voluntaria de la participación (con algunas excepciones relativas a la primera de las cláusulas) y que cuando se habla de garantías sustitutivas, éstas deben entenderse en un amplísimo sentido, de tal manera que puede comprender no sólo obligaciones de hacer, sino obligaciones negativas o incluso las que podríamos considerar como garantías indirectas. Ello sucederá cuando



la sociedad matriz se comprometa a favorecer a la sociedad filial en un determinado sentido, renunciando a exigir ciertos derechos respecto de la anteriormente sociedad filial, mientras no queden satisfechas las deudas de tal sociedad frente a la entidad financiera, etc.

Pasamos a estudiar estos subtipos separadamente :

1).- Con obligación de concertar o consultar.-

En la primera de tales declaraciones la sociedad filial se compromete con carácter previo a consultar o concertar con la entidad financiera a efectos de lograr una solución satisfactoria.

La diferencia entre consultar y concertar, según el ya citado autor (139) debe referirse a que la primera deja a la entera disposición de la sociedad matriz el contenido de la proposición tendente a lograr la llamada solución satisfactoria, mientras que la concertación exige una proposición elaborada comúnmente por ambas partes. Pero, en todo caso, la última palabra, esto es la decisión sobre la llamada solución corresponde a la sociedad matriz, con lo que la utilización de una u otra expresión no parece que tenga gran transcendencia práctica. Mayor problema plantea la determinación de lo que ha de entenderse como "solución satisfactoria"

Ha de negarse que el término solución satisfactoria haga referencia a la entidad financiera en el sentido de que sea ésta quien deba determinar el carácter satisfactorio o no de la solución, pues, no olvidemos que se trata de sustituir con tal solución la anterior situación de participación mayoritaria. No tendría sentido, por ello, que la entidad financiera pudiera exigir una "garantía" superior a la que existía con anterioridad.

Por lo tanto, tal solución satisfactoria, ha de entenderse en realidad como una situación equivalente o sustitutiva de

la situación anterior, esto es, como señalábamos al principio, el compromiso por parte de la sociedad matriz de hacer o no hacer algo que redunde en beneficio del cumplimiento de la obligación por parte de la sociedad filial. Fundamentalmente se trata de compromisos que asume la sociedad matriz a fin de que la filial no se encuentre en peor situación que la que tuviera en el caso de continuar la relación matriz-filial, (la no exigencia de royalties o pagos por transferencias tecnológicas, la no exigencia de otros créditos que pudiera tener frente a la sociedad filial, garantía sobre cantidades que la sociedad matriz deba satisfacer a la filial, etc.). En definitiva, se aspira a mantener a la sociedad filial en situación parecida a la que se encontraba antes de la transmisión de las acciones, incluso favorecerla mientras las deudas no estén satisfechas, con algunos beneficios que no siendo habituales en las relaciones entre empresas, lo sean en las relaciones entre una matriz y su filial.

En el caso de que se produzca incumplimiento por parte de la sociedad matriz, bien por negarse a negociar o bien por su intervención contraria a la buena fe en tales negociaciones, nos encontramos con el problema semejante al comentado con anterioridad, tanto por lo que respecta a la relación de causalidad del impago del crédito de la sociedad filial y el incumplimiento de la sociedad matriz, como por lo que respecta a la posibilidad de resolver el contrato crediticio por parte de la entidad financiera; sirven, pues, aquí, las mismas conclusiones a las que acabamos de hacer referencia.

2) .- Con obligación de emitir una determinada garantía.

La segunda subespecie se produce cuando la sociedad matriz asume la obligación de emitir a instancia de la entidad financiera una determinada garantía. (140).

En teoría, esta garantía puede tener carácter personal o real, y en el primer caso nos encontraríamos con un auténtico

precontrato de prenda o hipoteca, ya que los requisitos de este tipo de contratos no pueden estar recogidos en el compromiso de la carta de patrocinio, que por ello no puede tener otro alcance que el de una promesa o precontrato de constituir la garantía real.

En la práctica, la garantía a la que se alude en este tipo de declaraciones es una garantía personal, ya sea en forma de fianza en sentido estricto o bien en alguna modalidad semejante, por ejemplo, la garantía a primer requerimiento.

Teniendo en cuenta que tales garantías personales no exigen una forma especial sino solamente por lo que a la fianza respecta su carácter expreso según el Código Civil y su forma escrita, según el Código de Comercio, quizá quepa preguntarse, con carácter previo, si tal compromiso recogido en la declaración de patrocinio constituye una promesa o precontrato de otorgar un contrato de fianza o garantía, ya sea la fianza común regulada en el Código Civil o las fórmulas especiales como la garantía a primer requerimiento, o si la propia cláusula encierra en sí misma ya la constitución de la garantía, es decir, constituye por sí sola un contrato de garantía personal, si bien con carácter condicional.

En la declaración de referencia existe una voluntad claramente expresada de constituir una garantía y esa garantía queda condicionada a un acontecimiento futuro e incierto, que se refleja de forma precisa en la declaración -la pérdida o disminución de la participación de la sociedad matriz en la filial-. En tal declaración están todos los elementos necesarios para la constitución de la fianza, pues se hace referencia al fiador, al afianzado, y al beneficiario de la fianza. Se hace referencia, además, a la obligación objeto de la fianza, ya sea en términos específicos o ya sea por expresa remisión a otros documentos como los contratos bancarios donde se otorgan los beneficios a la filial, o incluso de forma genérica. Esta última ha sido admitida por la jurisprudencia, pues no se considera nula la

fianza concedida en términos generales -afianzando o garantizando todas las deudas que el afianzado tenga frente al beneficiario de la fianza- ni se exige en nuestro derecho una forma especial, bastando que la fianza sea expresa. Como se ha señalado por la doctrina (141), la recepción de la carta supone también por parte del beneficiario la aceptación. Por último, ha de tenerse en cuenta que en este caso, existirá un requerimiento por parte del beneficiario, de la entidad bancaria y este requerimiento lleva implícita la aceptación de algo que no solo "se acepta" sino que "se exige" o "se reclama". Así las cosas se trata de una auténtica fianza, si bien supeditada a un acontecimiento futuro e incierto.

Desde el punto de vista práctico es algo más que un precontrato; es la fianza o la garantía ya constituida. Si se califica de precontrato será necesario desarrollar las bases contenidas en esa declaración que tendría carácter precontractual, de modo que, dicho en términos más sencillos, serán necesario que se produzca el contrato de fianza como obligación que ha adquirido la sociedad madre, y si esta no se aviene a realizarlo con carácter voluntario será preciso solicitarlo ante los Tribunales, los cuales, con toda probabilidad y a través de la doctrina ya afianzada plenamente en nuestra jurisprudencia de la efectividad específica del precontrato, (142) darán lugar al otorgamiento de aquella fianza. Si, por el contrario se considera que existe una verdadera fianza, siquiera sea condicional, estos trámites no serán necesarios y la fianza estará constituida sin necesidad de los mismos.

A la consideración de la figura como una verdadera fianza convencional (y ahora utilizamos el término en su sentido más amplio) cabría oponer la exigencia frecuente en estas cartas de que tal fianza o garantía se otorgue a requerimiento del banco beneficiario y en el caso previsto en la carta. Puede argumentarse entonces que si es preciso el requerimiento para que la fianza se otorgue, ésta no puede entenderse ya establecida siquiera sea condicionalmente, a menos

que se considere la existencia de una doble condición; la primera la disminución o desaparición de la participación y la segunda el requerimiento de la entidad crediticia beneficiaria. No habría obstáculos en considerar esta doble condición; sin embargo la exigencia de que la fianza sea expresa y aceptada por el deudor puede permitir considerar a ese requerimiento como una auténtica aceptación de la fianza ya constituida.

Puede plantearse un problema específico en función de las facultades del firmante de la declaración de patrocinio y las que sean requeridas para otorgar garantías personales que vinculen a las personas jurídicas. En efecto, si la declaración de patrocinio no se considera como una auténtica garantía personal en el sentido estricto, puede otorgarse por aquellos órganos o representantes de la sociedad madre que carecen de facultades para afianzar (143). Pero si se trata de la cláusula que ahora nos ocupa, esa limitación de facultades plantearía un problema específico, ya que siendo válida la declaración de patrocinio podría considerarse la fianza como constituida, pues el firmante de la carta carece de facultades para otorgarla aún en sentido amplio.

La dificultad es cierta, no sólo para la consideración de este tipo de cláusulas como condicionales, sino también si las consideramos como precontratos. En éstos, la regla general es que la capacidad para su otorgamiento debe ser igual a la capacidad para el otorgamiento del contrato de que se trata. Y ello por razones obvias, pues el que no puede contratar tampoco puede obligarse a contratar, como regla general, salvo que se trate de un defecto de capacidad transitorio y que en atención a tal transitoriedad se otorgue el precontrato correspondiente (144).

En definitiva, para que la cláusula sea válida, tanto desde el punto de vista de precontrato como de fianza condicional, es requisito indispensable que el firmante de la carta tenga capacidad

para obligar a la sociedad a constituir el afianzamiento; en esta materia son de aplicación las normas sobre actuaciones con insuficiencia de poder en nombre de la sociedad, arrastrándose las responsabilidades consiguientes.

Como ya apuntábamos antes, el entendimiento de la cláusula como constitutiva de una fianza condicional o de un precontrato, nos lleva a considerar como diferentes los efectos jurídicos de la misma. No obstante, aunque el camino sea más largo, la consecuencia en último término puede ser la misma: En efecto, si consideramos que la cláusula aporta una garantía condicional, al producirse el acontecimiento futuro e incierto y con el requerimiento de la entidad bancaria, existe ya esta garantía y, por tanto, la entidad bancaria dispondrá de la misma a efectos de poder ejercitarla para percibir su crédito si la filial no paga en los plazos previstos.

Si se considera como un precontrato, podrá, en caso de negativa de la sociedad madre, solicitarse ante los Tribunales de Justicia el cumplimiento en forma específica, es decir el desarrollo de las cláusulas precontractuales para generar el auténtico contrato de garantía o fianza.

Por ello, al plantearse aquí los efectos de la cláusula y el posible incumplimiento por parte de la sociedad matriz, no parece que pueda hablarse de indemnización de daños y perjuicios, pues, en definitiva, lo que se trata es de la existencia de una fianza, bien sea pendiente del cumplimiento de una condición o bien sea pendiente del desarrollo contractual.

El efecto no es la indemnización de los daños y perjuicios, sino la constitución de la garantía correspondiente. Esta garantía habrá de ejercitarse en su día de acuerdo con las normas que la regulen, que serán diferentes, en las también diferentes hipótesis de garantía personal existente (fianza común, garantía a primer

requerimiento, etc.). En resumen, la cláusula de referencia aparece, a nuestro criterio, como una cláusula de sustitución de una garantía atípica, como es la declaración de patrocinio y el mantenimiento de la participación, por una garantía típica, (fianza, etc.). Tal sustitución debe de aparecer con el mayor automatismo posible, pues no se trata de que la sociedad madre se compromete a sustituir, sino, más bien, de que sustituye una garantía por otra, o mejor aún, prevé dicha sustitución desde el principio y esta es la fuerza especial de la cláusula frente a otras semejantes.

3).- Con acuerdo de la entidad financiera .-

La tercera subespecie está constituida por aquella declaración que condiciona la cesión de la participación de la sociedad madre en la filial (o en su caso, la disminución mayoritaria de esta participación, etc.) a un acuerdo previo de la entidad financiera receptora de la carta de patrocinio.

En principio, dicha cláusula aparece como enteramente congruente con la importancia que concede la entidad financiera a la situación de filial de aquella sociedad a la que concede el crédito.

La entidad financiera concede tal crédito en función de la participación que ostenta la sociedad matriz, por lo menos en parte, y por ello, es de su interés que esta situación se mantenga inalterada a lo largo de la duración de la operación de crédito.

No obstante no se establece una prohibición absoluta, sino que se prevé que la entidad financiera pueda dar su aprobación a la cesión de acciones. En la práctica, tal aprobación se producirá, o bien por la emisión de nuevas garantías que vengan a sustituir la carta de patrocinio inicial o bien porque la cesión se haya efectuado a favor de una empresa que merezca para el banco igual o mayor consideración que la cedente. El cuadro desde el punto de vista

teórico parece irreprochable, pero lo cierto es que ese tipo de cláusulas plantea problemas teóricos de importancia, aunque su trascendencia práctica sea reducida.

El primer problema que se plantea es el de la validez de tales cláusulas. En nuestro criterio la prohibición de disponer debe admitirse en la misma medida que tenga una delimitación en la cláusula de prohibición. En este caso, como antes señalábamos, la delimitación temporal está en íntima relación con la delimitación temporal de la facilidad crediticia que se asegura y tal facilidad crediticia determina la prohibición de disponer, puesto que es la causa del establecimiento de la misma.

Aún cuando ello implique adelantar temas referidos al derecho de sociedades, tal cláusula no parece contraria al principio de libre transmisibilidad de las acciones. Y ello, no sólo, como queda dicho, porque existe una perfecta delimitación de tal prohibición, sino porque si bien en nuestro derecho el principio general es el de libre transmisión de las acciones, se admiten pactos en los que dicha transmisión quede reducida o anulada, exigiéndose, naturalmente, para su validez la oportuna delimitación y justificación.

Coipel (145) considera con respecto al derecho franco-belga, nulo el pacto del mantenimiento puro y simple de la participación previsto en estas cartas de patrocinio, ya que atentaría contra una regla de orden público, cual es el principio de libre transmisión o libre negociabilidad de las acciones, sin que pueda aceptarse la delimitación en el tiempo o que se trata de una renuncia del propio titular de las acciones y en consecuencia atribuye a estas cláusulas un valor puramente moral, importante para el banco, pero sin efecto alguno desde el punto de vista jurídico por razón de nulidad.

En nuestro Derecho habrá de ser tenido en cuenta el



Art. 63 párrafo 1º y 2º de la Ley de Sociedades Anónimas reformada de 22 de Diciembre de 1989, a cuyo tenor "solo serán válidas frente a la sociedad las restricciones a la libre transmisión de las acciones cuando recaigan sobre acciones nominativas y están dispuestas expresamente por los Estatutos. Serán nulas las cláusulas estatutarias que hagan prácticamente intransmisibile la acción".

Además de la crítica que pudiera merecer este Artículo, en cuanto que no parece suficientemente justificada la limitación, pues ni técnicamente hay argumentos para ello ni la experiencia práctica ha revelado problemas de aplicación. Puede considerarse válida la tesis defendida por nosotros más arriba. Así, cabe aducir de acuerdo con la redacción literal del precepto, que tal limitación no tendrá efecto frente a la sociedad; pero no podrá decirse en cambio que tales pactos son radicalmente nulos, y ello porque el propio Artículo cuando quiere establecer la nulidad lo hace de forma expresa como en el inciso último, cuando señala que "serán nulas las cláusulas estatutarias...."

En nuestro criterio, el pacto será perfectamente válido "inter partes" aunque pueda no surtir efecto respecto de la sociedad, que no venga obligada a asumir tal limitación. En definitiva, lo que la ley trata de prohibir es que la propia sociedad establezca en sus Estatutos cláusulas que directa o indirectamente condenen el carácter esencial, de perfecta transmisibilidad de la acción. Tal fin no se extenderá desde luego, a la validez "inter partes" de un pacto de no transmisión de las acciones que tenga una causa de justificación y un tiempo perfectamente delimitado.

De todas maneras, forzoso es reconocer que si, pese a la prohibición, la transmisión se efectúa, quedará perfeccionada sin que pueda ser impugnada por la entidad financiera y ello salvo que el tercero conozca la prohibición y sea, en definitiva, cómplice en el incumplimiento de la sociedad matriz. A tal conclusión se llega en

virtud del principio de buena fe que consagra el Art. 7º párrafo 1º del Código Civil, pues si bien el tercero podrá decir que los pactos privados no le afectan en lo absoluto, de conformidad con el principio de relatividad de los contratos que consigna el Art. 1257 del Código Civil, si conoce la existencia de tal pacto, y pese a ello colabora en la violación del mismo, su actuación no se corresponde con las normas de la buena fe y por tanto el negocio podrá ser impugnado por parte de la entidad financiera.

Salvo este supuesto, la transmisión de acciones será perfecta y no quedará a la entidad financiera sino reclamar por el incumplimiento de la obligación consignada en la declaración de patrocinio a la sociedad matriz, con los efectos que más tarde veremos.

Otro problema que debe plantearse es si la entidad financiera puede negarse arbitrariamente a que se cedan las acciones por parte de la sociedad matriz.

La negativa arbitraria sería claramente contraria a la buena fe, cuando la sociedad matriz ofrece adecuada compensación en forma de nuevas garantías. De igual manera sería contraria a la buena fe la exigencia de garantías desproporcionadas con el contenido de la carta de patrocinio. En este supuesto, como los anteriores que hemos examinado, el mantenimiento de la participación es una garantía y no cabe, dentro de la actuación de buena fe, que se niegue la entidad bancaria a canjear esta garantía por otras semejantes. En síntesis, pues, la entidad financiera no solo no podrá negarse arbitrariamente a la transmisión de las acciones, sino tampoco exigir garantías que resulten desproporcionadas, pues, insistimos, tal conducta sería frontalmente contraria al principio de buena fe.

Una vez producida la transmisión y en el supuesto más frecuente de que ésta sea inatacable por haberse producido en favor de

un tercero que podemos considerar de buena fe, será perfectamente válida y no queda a la entidad financiera otra acción que la reclamación de los daños y perjuicios causados por la sociedad matriz y derivados del incumplimiento de solicitar el acuerdo antes de transmitir las acciones.

Esta acción indemnizatoria plantea el grave problema de la relación de causalidad y la prueba de los daños; a este tema hemos hecho con anterioridad referencia reiterada y se produce aquí en idénticos términos a los ya citados. Es, ciertamente, muy difícil acreditar que el daño -constituido por el impago por parte de la sociedad filial-, no se hubiera producido si las acciones hubieran sido detentadas por la sociedad matriz, esto es, si la transmisión no se hubiera efectuado. Y este último aspecto es la gran quiebra de esta cláusula que, señalábamos al principio, aparece como perfectamente lógica y congruente, pero que además de involucrar los conceptos teóricos de admisión del mismo concepto de la cláusula, en la práctica se revela como enorme limitada en cuanto a sus efectos.

4) .- Con compromiso de liquidar o "apurar" las deudas de la filial.-

La cuarta subespecie es la que hemos traducido empleando la palabra francesa como cláusulas en que la sociedad matriz se compromete a "apurar" o liquidar las deudas de la filial. No se trata de pagar ni tampoco se trata de la sola comprobación de estas deudas; se trata de que la sociedad matriz se comprometa para el caso de producirse la cesión de acciones, de dejar a la sociedad filial en situación de solvencia que permita el cumplimiento de las obligaciones de dicha sociedad filial frente a la entidad financiera. (146).

Se trata de la admisión para un caso específico -el de sucesión o transmisión de acciones- de una declaración de patrocinio a

la que después haremos referencia, aquella en que la sociedad matriz se obliga a mantener la solvencia de la sociedad filial de cara a las deudas existentes con la entidad financiera. Por ello dejamos para un momento posterior el estudio de los efectos de la citada cláusula como tal; sin perjuicio de que en este momento parezca importante una puntualización; el compromiso que se asume por parte de la matriz es el de dejar la filial en el momento de la cesión de las acciones en situación de solvencia para cumplir, y no asume obligación alguna para un momento posterior (147).

Por ello, para que la entidad financiera en caso de impago de la filial pueda reclamar los daños y perjuicios consiguientes, es preciso acreditar que en el momento de producirse la cesión de participación no estaba la filial en situación de solvencia y que si en ese momento hubiera estado mejor, el pago se hubiera producido. Para evitar que la reclamación se produzca en un momento posterior al de la cesión, con las dificultades que entonces conlleva demostrar la relación de causalidad, es importante plantearse la posibilidad de que el banco pueda en el momento de producirse la transmisión y cuando la sociedad matriz ha incumplido su obligación, proceder a resolver el contrato crediticio. Si lo hace así y reclama la deuda, y en ese momento no hay solvencia se pone de relieve el incumplimiento de la obligación de la sociedad matriz. Esta posibilidad de resolución debe entenderse no sólo cuando expresamente se haya pactado, sino en términos generales, en base al carácter "intuitu personae" que tiene el contrato de apertura de crédito. En este caso se ha producido una modificación que afecta en gran manera a la personalidad y situación del cliente y que es que este cliente : la separación de un grupo de sociedades o que ese grupo ha dejado de mantener una participación importante en esa sociedad.

D) .- DECLARACIONES DE POLITICA EN GENERAL ("POLICY") .-

Se trata de declaraciones de patrocinio en las que la sociedad matriz manifiesta cuál es su postura general con respecto a las sociedades filiales, sin asumir compromiso alguno.

Estas declaraciones de "policy" pueden ser genéricas, refiriéndose en términos generales a las relaciones con las sociedades filiales ("nuestra práctica comercial es la de mantener a las empresas subsidiarias") o específicas, refiriéndose al comportamiento de la sociedad matriz en alguna de las áreas concretas de actividad. Ya hemos aludido a la existencia de una declaración de "policy" en materia de mantenimiento de participación en las filiales, y puede tratarse también de conducta relativa a la situación financiera, al control de gestión de la sociedad, etc.

Es característico de tales declaraciones el dato declarativo; se trata no de un compromiso sino de una declaración. A diferencia de los supuestos examinados anteriormente no se trata de la declaración de hecho, como puede ser la operación crediticia de que se trata o la participación en la sociedad filial, sino la declaración de una actitud o comportamiento que observa la sociedad matriz con las filiales. Incluso, en ocasiones, no es infrecuente que específicamente se refuerze este carácter declarativo excluyendo de forma expresa la existencia de compromiso alguno ("queríamos mencionar, sin ningún compromiso por nuestra parte, que es principio general de esta sociedad, vigilar ...").

Es en las declaraciones de "policy" donde se plantea el ya examinado carácter moral o jurídico de las declaraciones de un modo más intenso. En este tipo de declaraciones, un sector muy amplio de la doctrina considera que no deben entenderse comprendidas obligaciones jurídicas, sino única y exclusivamente de alcance moral (148).

Nos remitimos a lo dicho anteriormente, sin perjuicio

de recordar aquí con carácter esquemático que, si bien tales declaraciones ponen de manifiesto el carácter moral del compromiso (y una vez más nos referimos a la moral del medio, en este caso la moral de los negocios), la existencia de tales deberes morales en las declaraciones de "policy", no excluye su trascendencia jurídica.

En este sentido, Mazzoni (149) considera sancionable a través de la responsabilidad aquiliana por dolo el comportamiento conscientemente diferente al de la "policy" declarada, por ejemplo, cuando la sociedad matriz que ha declarado ser su política mantener a las filiales en buenas condiciones financieras y operativas, procede inmediatamente en beneficio propio o de otras sociedades del grupo a vaciar a la sociedad controlada beneficiaria del crédito. Vale aquí el principio según el cual la declaración por la que se induce a otro contratante a contratar con un tercero, seguida de un comportamiento contrario al contenido de la declaración, constituye engaño en el sentido de hecho injusto, de conformidad con el principio general contenido en el Art. 2043 del Código Civil italiano (150).

De igual manera considera este autor que la trascendencia de estas declaraciones cuando aparecen insertas en una declaración de patrocinio junto a otras declaraciones como las de influencia o vigilancia, ya que en este caso pueden encontrarse violaciones concretas de las obligaciones de corrección, por ejemplo por falta de comunicación al banco de la decisión adoptada en sentido contrario a la "policy" declarada.

Aunque con reservas considera asimismo aplicables las normas de corrección cuando se trata de una declaración de "policy" exclusivamente interpretada como prueba del carácter totalmente extrajurídico entre la banca y la sociedad de control. Una respuesta afirmativa se apoya para el profesor Mazzoni en la exposición contenida en la ya citada obra de Checchini Rapporti non vincolante... cit.

Di Giovanni compara el aspecto informativo de las declaraciones de "policy" con las declaraciones de patrocinio informativas a las que antes hemos hecho referencia. (151) Señala dicho autor, que, esta especie de responsabilidad es bastante similar, concretándose la conducta productora del daño en una falsedad o en una reticencia, aptas para engendrar una falsa representación no de una realidad de hecho, sino de las intenciones o de los programas del declarante. A una protección incondicionada del perjudicado se opone en estas declaraciones de "policy" la exigencia de tutelar también la libertad de actuación del declarante y la consideración de que el riesgo de insatisfacción de la expectativa del destinatario de la carta está ligada al modo en que las partes han fijado sus intereses.

El perfil esencial en el caso que nos ocupa es el propio del engaño efectuado con malicia y por tanto no todo hecho dañoso adscribible a una conducta culpable del autor de la carta es fuente de responsabilidad. El autor no responde por todo daño padecido por el destinatario que hubiera podido evitar observando un comportamiento diligente, sino solo por el daño causado por su comportamiento desleal.

La valoración del comportamiento productor del daño se determina más que por una pérdida de diligencia por una medida de lealtad o de corrección, con lo que la calificación del daño como injusto depende de un necesario y ulterior elemento, el del carácter desleal del comportamiento del causante del daño. No se trata de postular que el resarcimiento se produzca solo en las hipótesis de intención de perjudicar, sino de determinar los concretos caracteres que el hecho productor del daño debe tener para que el perjudicado pueda pretender el resarcimiento.

La expectativa generada por la promesa o por la declaración de previsión de futuro comportamiento del autor de la

declaración, no puede ser tutelada hasta el punto de poner límites y condiciones a la libertad de actuar de este último, si las partes han evitado cuidadosamente vincular su conducta futura y además han aceptado el riesgo de que tal conducta sea diversa de lo previsto o lo prometido.

La valoración no puede ser por ello realizada a la luz de una regulación particular de las partes entre las cuales existe el contrato, sino a la luz de las normas generales dirigidas a valorar los comportamientos de las partes cuando dos esferas de intereses y de actividad están en conflicto.

Los comportamientos previstos o prometidos no se convierten en comportamientos debidos e incluso el autor de la declaración no asume ninguna limitación de su libertad de actuar y el destinatario confía en la declaración a su propio riesgo.

No obstante, el daño causado en el ejercicio de una actividad libre puede ser injusto, en cuanto que el ordenamiento jurídico no tolera que se cause culpablemente daño a otro a través de un comportamiento desleal o malicioso.

Partimos aquí del principio de que la obligación de corrección o lealtad entre sujetos cuya esfera de intereses están en contacto, no opera solamente en la esfera interna de la relación jurídica particular; también resulta resarcible el daño causado por el comportamiento que, pese a presentarse como ejercicio de la libertad, se realiza con deslealtad o con la intención de generar en el otro confianza, conociendo además la potencialidad dañosa de su contenido (152). La responsabilidad no es la respuesta a la violación de una norma de tutela del sujeto, sino la respuesta a la causación de un daño del que se trata de establecer el resarcimiento, verificando si el ordenamiento tolera o no que sea causado aquél perjuicio a través de aquella concreta actividad. En tal caso, ha de valorarse la injusticia



del daño que pone de relieve la eventual antijuridicidad del comportamiento dañoso, incluso a la luz de las reglas de corrección.

Si la premisa del juicio de responsabilidad es el daño y no la violación del precepto, el comportamiento desleal o fraudulento del causante del daño constituye el criterio de calificación de dicho daño como injusto.

Pese a la opinión de Bellis, antes recogida, el citado autor considera que en ningún caso puede entenderse que exista en estas cláusulas responsabilidad contractual, pero pueden sin embargo generar una responsabilidad quasi-contractual y permitir basar en ella una demanda por daños y perjuicios en caso de falsa declaración. Tal responsabilidad será más severamente apreciada en tanto que el objeto de la política definida en la carta sea importante y especialmente, cuando gracias a la observancia de tal política, la filial esté en posición de cumplir con sus obligaciones. Sin embargo, las circunstancias que pueden engendrar esta situación son difícilmente imaginables, pues por un lado el profundo análisis que el banco habrá realizado como profesional del crédito le permitirá controlar de antemano la veracidad de la declaración en cuanto al pasado. Por otro lado en cuanto al porvenir es característico de una política el que ésta sea modificada y por ello será muy difícil que el banquero pueda invocar un ataque a su confianza, pues, o bien lo debió conocer con su normal diligencia respecto del pasado, o bien, implícitamente, queda asumida la posibilidad de cambiar la política declarada en la carta. (153).

Como señalábamos al principio, en este tipo de cláusulas existe una característica negativa y es que en ellas no aparece un compromiso asumido por parte de la entidad emisora de la carta.

Desde el punto de vista positivo puede asegurarse que la carta tiene un contenido informativo, pero esa información aparece

matizada, por cuanto que la misma no es solo sobre un dato pasado y presente, sino que, además, se refiere a algo que no ha de cambiar. Cuando la sociedad matriz afirma que su política con las sociedades subsidiarias es la de mantenerlas en el cumplimiento de sus compromisos, en cierta medida, está informando no solo de lo que es, sino de lo que normalmente habrá de ser en el futuro. Ciertamente que una política, como antes se señalaba, es por sí misma susceptible de cambio, pero parece lícito entender que dicho cambio debe atender a determinadas razones y no ser puramente arbitrario.

Por otro lado como hemos señalado ya, en tales declaraciones puede excluirse o no la juridicidad o el compromiso jurídico.

Sobre estas premisas, podemos hacer referencia a las consecuencias del aspecto informativo de la cláusula. Toda información genera una responsabilidad por su falsedad o reticencia, y en la medida en que tal falsedad o reticencia se produzca por dolo o culpa. Si la sociedad emisora de forma consciente o negligente ofrece una información falsa, ha de responder de los daños y perjuicios causados y si tal información es elemento determinante del contrato de crédito que se celebra con la filial, puede dar lugar a su anulación.

En este sentido, parece importante distinguir aquellas declaraciones en las que se excluye el compromiso jurídico, pues en ellas es lícito pensar que queda excluida la responsabilidad por culpa que según nuestro derecho positivo es susceptible de renuncia (Art. 1102 del C. C.).

Por idéntica razón, aún cuando se haya hecho expresa exclusión de la juridicidad en la declaración de patrocinio, no podrá quedar excluida la responsabilidad por dolo, pues según establece el citado artículo no es renunciable en nuestro Derecho la acción procedente del dolo. En conclusión, la entidad emisora responderá

por la información en caso de dolo en todos los supuestos y también cuando la falsa información se produzca negligentemente, salvo que haya excluido expresamente el compromiso o trascendencia jurídica de la declaración.

Sin embargo, la información en estas declaraciones aparece matizada en el propio contenido y razón de ser de la cláusula, pues es la política que en ella se contiene la que otorga confianza a la entidad bancaria. El hecho de entregar la carta en la que se hace constar una determinada política de la entidad matriz, pone a esta en una especial relación con el banco receptor de ella y esa especial relación, en nuestro criterio, desencadena la aplicación de las normas basadas, no en una relación contractual, sino en el principio de buena fe consagrado por el Código Civil. Por lo tanto sin llegar a ser un auténtico compromiso de no modificar esa política (lo que es objeto y contenido de otro tipo de cláusulas que después estudiaremos), sí existe una especial vinculación. Y la traducción de esta especial vinculación o posibilidad de aplicación, es que el cambio de política de la sociedad emisora no debe configurarse como enteramente libre y arbitrario; la sociedad podrá evidentemente cambiar su política, pues, al respecto no ha asumido compromiso expreso alguno, pero ese cambio no podrá ser gratuito, sino que habrá de ser razonable. Existiendo razones para este cambio de política es evidente que el interés del Banco receptor debe ceder ante el interés de la sociedad emisora legitimada para cambiar su política como tal sociedad matriz, pero si el cambio es puramente arbitrario, la posición del banco emisor debe ser protegida en base a las normas de corrección y en definitiva de la buena fe.

Problema distinto es el de la relación de causalidad para que pueda decretarse la indemnización de daños y perjuicios; en este aspecto nos remitimos al comentario recogido en otras ocasiones.

E).- DECLARACIONES RELATIVAS A LA SITUACION DE LA  
FILIAL EN ORDEN AL CUMPLIMIENTO .-

---

a).- Obligaciones de medios y obligaciones de resultado

Antes de entrar en el estudio de las siguientes declaraciones es preciso hacer una referencia previa a una distinción que ha sido escasamente recogida en la doctrina española (154). Por el contrario la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado ha sido objeto de mayor estudio en la doctrina francesa (155) y también en la doctrina italiana (156).

Esta distinción es característica tratándose de las obligaciones que afectan a los médicos y por ello en nuestra doctrina las referencias más frecuentes a esta distinción las encontraremos en las obras relativas a la responsabilidad de dichos profesionales. (157).

Se encuentra apuntada en el derecho romano clásico en cuanto que ciertos contratos determinaban estrictamente la obligación del deudor, de modo que cualquier inejecución acarrearía responsabilidad, quedando el deudor exonerado exclusivamente por el caso fortuito. En otros contratos, en cambio, se promete actuar de buena fe, tratándose de las obligaciones que Gayo designaba de "fides et diligentia praestare", en las cuales puede investigarse a efectos de responsabilidad si el deudor ha actuado o no con dicha disposición.

De igual manera en el derecho intermedio, Domat distingue los supuestos en los que la apreciación de la conducta del deudor es necesaria de aquellos en que la inejecución entraña por sí misma responsabilidad.

La recepción definitiva la encontramos en el tratado de

obligaciones de Demogue de 1925 (ya citado) y con posterioridad la distinción ha sido recogida sin reservas por la jurisprudencia francesa, sin que haya de ocultarse que determinados autores critican la distinción por la escasa clarificación que aporta a los problemas planteados. (158).

La regla general la constituyen las obligaciones de resultado, aquellas en las que el deudor asume la obligación de realizar una prestación cierta, teniendo por tanto carácter excepcional las obligaciones de medios, en las que el deudor se compromete a poner los medios idóneos para la obtención de un resultado. Si este no se consigna el deudor queda exento de responsabilidad; al respecto se cita como ejemplo, como ya ha quedado apuntado la obligación del médico de hacer cuanto esté a su alcance conforme a la "lex artis" para sanar al enfermo, pero sin que pueda garantizar el resultado. La distinción, como señala el profesor Moreno Quesada reside en el objeto de la obligación, no en el grado de diligencia, pues este puede ser más o menos intenso también en las obligaciones de resultado dependiendo de las circunstancias de la obligación o de lo pactado por los interesados.

Como continúa diciendo el citado autor (159) la importancia práctica de la distinción se manifiesta en dos terrenos : de una parte en la determinación del objeto exacto de la obligación asumida por el deudor y, de otra, en el establecimiento de la carga probatoria, pues el deudor no debe más que una prestación de medios; su objeto le obliga únicamente a comportarse con la diligencia de un buen padre de familia y por tanto no responde sino de su culpa, sin que el hecho de la inejecución o de no alcanzar el resultado, permita presumir la culpa del deudor. Cita el autor la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Octubre de 1964 y 14 de Octubre de 1968, ambas relativas a un contrato de obra en las que se destaca que el objeto del contrato no es el esfuerzo, sino el resultado del mismo.

El campo de las obligaciones de medios es el de las obligaciones de hacer, quedando excluidas las obligaciones de no hacer, las obligaciones de pagar una suma de dinero y en general, la inmensa mayoría de las obligaciones de dar. (160). Aún sin adscribirse a tesis negativas, la doctrina ha puesto de relieve la relatividad de la distinción apuntada, pues tratándose de obligaciones de medios, puede ser que los interesados hayan matizado la responsabilidad del deudor, en principio equiparable a la diligencia de un buen padre de familia haciéndose responder de la culpa, o por el contrario excluyéndola salvo en el caso de la culpa grave o lata. De igual manera, en las obligaciones de resultado los convenidos sobre graduación de la culpa pueden oscurecer la distinción sin que llegue a desaparecer totalmente, ya que, como señalábamos, la distinción no está en el grado de diligencia sino en el objeto de la obligación.

Tratándose de declaraciones de patrocinio, Bellis (161) propone una matización de dicha distinción y es la obligación de "resultado final mediatizado". Se trata de la obligación que asume el deudor de poner diversos medios para la obtención de un fin, aunque tal distinción que el citado autor aplica a las declaraciones de patrocinio, no parece que pueda mantenerse sino en el plano teórico. Ciertamente todas las obligaciones de medios lo son en el sentido de ir dirigidas a la obtención del fin (pensemos en la obligación tradicionalmente considerada de medios a cargo de los médicos, en las cuales el compromiso debe ser poner los medios adecuados para la obtención de un fin que es la curación del enfermo) y ello no las convierte en algo distinto de las obligaciones de medios, pues lo importante, so pena de ignorar la distinción, es que el objeto de la obligación sean los medios (aunque, naturalmente estén dirigidos a la obtención de un fin) o que el objeto de la obligación sea el resultado final.

Con estas leves precisiones podemos enfrentarnos con la siguiente declaración :

b) .- Declaraciones de la situación de la filial en orden al cumplimiento.-

---

Dentro de esta rúbrica general se distinguen dos modalidades :

1) La primera modalidad viene constituida por aquellas declaraciones de patrocinio en las que la sociedad madre manifiesta su opinión de que la filial está en disposición de cumplir los compromisos adquiridos frente al banco sin asumir otro. Esta declaración, evidentemente, no produce intensos efectos jurídicos de vinculación de la sociedad matriz, pero nos sugiere dos aspectos en los que parece imprescindible detenerse. El primero es la función informativa que desempeña. Para la sociedad matriz, la filial está en condiciones de cumplir y tal información que se ofrece al banco, si bien no exime a éste de las comprobaciones correspondientes, tiene un particular significado, a la vista de la situación privilegiada de la primera para conocer las posibilidades de cumplimiento de la sociedad filial. Así pues, esta información aparece matizada por la calidad de quien la emite.

Y, naturalmente, son de aplicación aquí las reflexiones que con anterioridad hacíamos respecto a las responsabilidades por la exacta información. Entendemos que la sociedad matriz es responsable por la falsa o reticente información y ello no solo cuando se produzca de forma intencionada o consciente (dolo) sino también cuando se produzca por negligencia, pues está en posición privilegiada para conocer la situación de la filial y en la obligación de procurar una información veraz y concreta. Dicha información como sabemos no es absolutamente gratuita, sino que aparece orientarla en el sentido de

obtener o procurar la concesión de las facilidades crediticias a la filial.

Sirva aquí todo lo que hemos expuesto en orden a la fidelidad de la información, tanto por lo que respecta a la posibilidad de resolver el contrato crediticio, como a la indemnización de los daños y perjuicios que se deriven de la inexacta información..

No obstante, no parece que los efectos deban extenderse más allá, pues ello sería invadir el campo de otras declaraciones de patrocinio que tienen distinto contenido y por tanto, distinto alcance.

En principio esta información así concebida no se refiere al futuro, a no ser que se trate de un futuro inmediato y conocido por la sociedad matriz. Si ésta conoce que, la situación actual de la filial le permite cumplir sus compromisos, aunque pueda cambiar rápidamente, y se limita a declarar lo referente sólo a la situación actual, está incurriendo en reticencia grave en su propia declaración cuyos efectos se equiparan a la falsedad.

La segunda reflexión que nos sugiere la cláusula de referencia está íntimamente ligada a la función de garantía que se reconoce en todas las declaraciones de patrocinio. Como se ha puesto de relieve por diversos autores (162) las cartas o declaraciones de patrocinio suponen el renacimiento de formas de garantía preteritas que, para simplificar, constituyen más garantías personales en sentido estricto que garantías patrimoniales.

Este aspecto de la declaración de patrocinio quizá pueda recogerse en nuestro idioma por una expresión conocida por todos: "carta de recomendación" (incluso esta podría ser una denominación para el fenómeno que ahora contemplamos) esto es; aquellas cartas en las que una persona o entidad que goza de un determinado prestigio "recomienda" a otra ante un determinado medio. Sin embargo, el



derecho actual no parece conocer esta forma de aval, salvo la alusión que contiene el inciso último del Art. 568 del C.C., a cuyo tenor las "cartas-órdenes de crédito" que no tengan alguna de estas circunstancias serán consideradas como simples cartas de recomendación. (163). Sigue manteniéndose en el lenguaje, y así, por ejemplo, para entrar en una determinada sociedad círculo, se exige "el aval" de otros socios o personas pertenecientes a ese círculo, sin que tal "aval" tenga el sentido pecuniario o de responsabilidad pecuniaria o patrimonial que tiene en el mundo jurídico.

Pues bien, este "aval" no jurídico es el aspecto al que ahora vamos a referirnos y que entre todas las cartas de patrocinio -pues en nuestro criterio está presente en todas, aparece en forma más nítida en la que ahora es objeto de comentario.

Desde el punto de vista histórico, como ponen de relieve los autores citados y muy especialmente Gilissen (164) estas formas de garantía personal en sentido estricto son las formas originarias de la garantía. Aparecen, no ya sólo en los sistemas que nos son más conocidos e inmediatos como el derecho romano, el derecho medieval y el derecho medieval ligado a la organización feudal, sino en general, en los derechos primitivos, y ello porque responde a una razón de tipo sociológico: Se trata de sociedades pequeñas fuertemente jerarquizadas y en las que existe una gran influencia de lo que hemos denominado moral del medio. En el ámbito de la "gens", la "sippe" o el vasallaje medieval, este tipo de garantía personal procede de aquellas personas sobresalientes en el grupo familiar -en el caso de la "gens" o de la "sippe" o de los miembros que integran la cúspide de la sociedad feudal, es garantía más apreciada que la meramente patrimonial tal como hoy la concebimos.

Por el contrario, cuando se modifica el dato sociológico y estamos en presencia de más amplios mercados donde no existe esta específica conexión y donde, por otro lado, tampoco existe el

conocimiento personal, esta garantía queda sustituida por otra garantía de carácter más objetivo o patrimonial (165).

Por ello se produce al modificarse el dato sociológico una objetivación o patrimonialización de la garantía; el beneficiario de esta no conoce al garante, ni éste responde con su prestigio personal, sino que, ante todo, es su patrimonio el que responde (se trata, naturalmente, de un esquema, pues es cierto que en prácticas que pueden aparecer muy despersonalizadas como la bancaria, no sólo se tiene en cuenta el patrimonio del garante sino también su personalidad y solvencia moral).

Por otro lado se ha producido, como ya hemos señalado en otro lugar, un fenómeno de simplificación de las garantías personales y es el de reconducción al sistema de la fianza, haciendo de esta especie, en cierto modo, el género de las garantías personales.

Y el fenómeno que contemplamos hoy, es precisamente el de la aparición junto a la fianza de nuevas formas de garantía personal (166). El fenómeno de modificación de las formas de garantía personal, además de la aparición de figuras de muy diverso tipo, ha producido también un renacer de aquellas formas de garantía personal-subjetiva. El ejemplo quizá más acabado lo constituyen precisamente las declaraciones de patrocinio, produciéndose ello porque, en cierto modo, hay también una situación que es sociológicamente parangonable a la de aquellas sociedades cerradas y jerarquizadas, que es el mundo de las relaciones internacionales entre las grandes sociedades y las entidades bancarias. Estas grandes sociedades, son conocidas, dotadas de prestigio y de la necesidad de mantenerlo, y por ello, es muy importante para tales entidades la moral del medio; por otro lado las filiales son, naturalmente, menos conocidas, de menor prestigio, etc. . y es lógico que la sociedad matriz que desempeña aquí una función comparable con el jefe de la "sippe", "avala" la honorabilidad de los miembros de este grupo de sociedades. Por ello es certera la

Indicación de Lopez Uriel de que siempre puede predicarse en la declaración de patrocinio el carácter de garantía, pero a condición de que no se confunda el término garantía con la concepción tradicional de la misma asimilada a la fianza. (167).

Ciñendonos a la declaración de patrocinio que ahora nos ocupa podemos, pues, afirmar que tal declaración meramente informativa, constituye una verdadera recomendación, una verdadera garantía en el sentido personal-subjetivo aunque jurídicamente el patrimonio de la sociedad matriz, no pueda verse afectado.

2).- La segunda modalidad está constituida por aquellas declaraciones en las que la sociedad matriz asume el compromiso de vigilar que la sociedad controlada se mantenga en situación de cumplir o se compromete en este sentido. Tal compromiso puede ser genérico sin mayor especificación, poniendo el acento de tal compromiso o vigilancia sobre algún aspecto determinado, ya sea la situación financiera de la filial, (tema al que más adelante nos referiremos con respecto a otras cláusulas) o la gestión de la misma.

Este tipo de cláusulas presenta una especial importancia, no sólo por ser muy frecuentes, sino también por los efectos que a las mismas han de atribuirseles y ello explica que hayan sido varios los autores que se han detenido de forma especial en el estudio de tales cláusulas.

En este sentido Di Giovanni (168) nos dice que, tanto las declaraciones de influencia como las de vigilancia que frecuentemente aparecen unidas, apuntan al ejercicio de los poderes de la sociedad matriz en orden al regular cumplimiento de las obligaciones nacidas en las operaciones de crédito.

La obligación asumida se refiere a un hacer propio, no a un hacer de otro. La sociedad matriz no promete que la sociedad

controlada cumplirá regularmente, ni promete que sus administradores actuarán en un determinado sentido, sino se obliga a actuar dentro de la sociedad controlada para que ésta cumpla. Consiguientemente la responsabilidad del promitente surge, no de la falta de cumplimiento de la obligación asumida por la sociedad controlada o de la falta de actuación que la sociedad matriz se ha comprometido a favorecer o provocar, sino de la falta de diligencia de la sociedad matriz en orden a su comportamiento dirigido a influir o vigilar la conducta de la sociedad controlada. Así, puede suceder que la sociedad controlante cumpla su obligación, o ésta se entienda cumplida, incluso en el caso de incumplimiento de la obligación de la sociedad filial, de tal modo que no se trate simplemente de la obligación de influencia o vigilancia de un socio; tal obligación estará ligada a las posibilidades de control de ese socio -sociedad matriz- en la sociedad controlada y específicamente, no ya sólo a sus posibilidades de control e intervención en los órganos colectivos de la sociedad, señaladamente la Junta General, sino al poder real que pueda ejercer sobre los administradores para la realización o no de una gestión encaminada a procurar el cumplimiento de las obligaciones crediticias de referencia.

Esta relación determina que se produzca una reducción de las posibilidades de exención de responsabilidad de la sociedad madre, cuando se produce el incumplimiento por parte de la controlada y por ello estas declaraciones de patrocinio pueden considerarse o asimilarse a declaraciones "fuertes".

A continuación plantea el citado autor, la relación entre tales declaraciones y la falta de cumplimiento por defecto de solvencia, señalando que existe la difundida opinión de que la eficacia de tal cláusula aparece disminuida como consecuencia del dato siguiente: La sociedad matriz quedaría exenta de posibilidad si el incumplimiento se produce por falta de solvencia de la sociedad filial, con lo que el banco se encontraría expuesto al riesgo de insolvencia del deudor, riesgo que más que ningún otro por regla general, lleva

pretender una garantía en el momento de la concesión del crédito. Esta conclusión pudiera verse reforzada cuando se trate de obligaciones de influencia en sentido estricto, ya que en tal caso la sociedad matriz se compromete a ejercerla para que la filial cumpla con sus propios medios y, por lo tanto, no puede considerarse incluida en tal obligación la de poner remedio a la eventual insolvencia con la utilización de medios de la sociedad matriz.

Sin embargo, no puede olvidarse que las obligaciones de influencia van, por regla general, unidas a obligaciones de vigilancia. En este caso y sin asumir la obligación de poner remedio a situaciones de insolvencia de la sociedad controlada, la promesa de vigilancia hace surgir la obligación de ejercitar el control, incluso para evitar actos de gestión que perjudiquen la solvencia de la sociedad patrocinada.

En primer lugar, en la situación de actuar para que la sociedad controlada cumpla sus obligaciones, debe considerarse incluida la prohibición de realizar actos perjudiciales para la solvencia de la sociedad controlada; pues sería intrínsecamente contradictorio que la sociedad matriz, teniendo el poder de determinar la conducta del otro y habiendo prometido ejercitar este poder para obligar al tercero a cumplir exactamente su obligación frente al promisorio, pueda después invocar una situación de insolvencia del tercero, que él mismo, usando sus propios poderes, habría podido conjurar.

Puede afirmarse que esta conclusión encuentra su fundamento no ya en el precepto de comportarse según normas de corrección, sino en la imputabilidad al patrón de la falta de satisfacción del interés del acreedor. El autor de la declaración de influencia que contribuye a causar con sus actos, o con la omisión de la adecuada vigilancia, la insolvencia de la sociedad patrocinada no viola un deber de protección fundado sobre reglas de corrección, sino, simplemente no cumple de forma exacta la prestación prometida en

cuanto que no usa en el modo prometido sus poderes de influencia sobre la sociedad controlada.

Consiguientemente, la valoración del comportamiento de la entidad matriz, debe hacerse mediante la medida de un criterio de diligencia y no de corrección. En el caso de insolvencia de la sociedad controlada, se trata, ciertamente, no de valorar la existencia o no de un comportamiento incorrecto de la sociedad matriz dirigida a perjudicar al acreedor, sino que es preciso valorar la existencia o no de errores de gestión o de dirección, atribuibles a la sociedad matriz y evitables con el uso de una diligencia ordinaria.

Por ello, la importancia de los compromisos de influencia y de vigilancia asumidos por la carta de patrocinio, reside en que, si bien el banco debe soportar el riesgo de insolvencia de la sociedad controlada, e incluso el riesgo de incumplimiento para el caso de que a pesar de un recto cumplimiento de la obligación de influencia, esta se revela como inútil, podrá entender que los poderes del tercero para determinar la conducta del deudor deben utilizarse, como se ha convenido, del modo más adecuado para sus intereses.

Para Mazzoni, (169) el significado de tales declaraciones no es otro que el de asegurar al banco por parte de la sociedad matriz que el riesgo que asume no será agravado por sucesos anormales que ésta pueda impedir; por ejemplo, una conducta culposa o dolosa en la gestión de la controlada que impida o perjudique el cumplimiento o una disminución patrimonial de la controlada en las varias formas en las que puede contemplarse.

Tales declaraciones tienen, en el criterio del citado autor, mayor valor que meras repeticiones de deberes u obligaciones ya implícitos en la normativa de corrección o en la prescripción general del "neminem laedere". Esta repetición no lo es en sentido estricto, pues supone también un reforzamiento de aquellos ámbitos y

obligaciones. Con referencia a las normas de corrección puede, en ausencia de un acuerdo contractual entre el banco y la sociedad matriz, como el que recoge la declaración de referencia, ser discutible la existencia de un deber de protección fundado sobre la normativa de corrección que llegue incluso a la obligación de vigilar la gestión de la controlada. Aún cuando no se excluyera este deber de protección, la existencia de tal duda justifica lo oportuno y razonable de una declaración expresa como la que contemplamos. Análogas consideraciones realiza el autor por lo que respecta al deber general del "neminem laedere" con especial referencia al ordenamiento jurídico italiano sobre la tutela por vía aquiliana de los derechos de crédito, ya que tal declaración determinará el carácter contractual de tales obligaciones, resolviendo también las dificultades apuntadas en el ordenamiento jurídico italiano. (170). Sin embargo, una vez hechas las referencias anteriores respecto de la eficacia de la cláusula, conviene poner de relieve las limitaciones que son connaturales; la sociedad matriz garantiza un correcto ejercicio de sus propios poderes de control, pero no la futura solvencia de la sociedad controlada y no alcanza a la evolución favorable del mercado que determine una insolvencia de la sociedad controlada; el banco debe absorber íntegramente la pérdida en este caso, sin que pueda transferirla en todo o en parte, salvo que pueda efectuar una reclamación de responsabilidad por daños, con arreglo a las normas de violación de responsabilidad, nacida del incumplimiento de los particulares deberes más arriba examinados.

Por su parte, Segni plantea en primer término el carácter de compromiso jurídico o moral de tales declaraciones. Para apoyar este último criterio destaca nuestro autor el dato de la redacción en términos genéricos, de las formas usadas que pueden dejar una amplia discrecionalidad al promitente, y por ello, no constituye una fuente de una precisa obligación de comportamiento, así como el haber evitado recurrir al normal instrumento de garantía que estaría constituido por la fianza, y por último, el dato de que a pesar de la

difusión de este tipo de declaraciones, no exista un gran número de controversias judiciales.

No obstante, cuando una relación tiene el contenido de un vínculo jurídico normal, para reducirlo a relación de mera cortesía es necesario acreditar la existencia de una específica voluntad de sustraerla al plano de la juridicidad de tal manera que, de no aparecer una voluntad distinta, la relación debe entenderse como perteneciente a la esfera del derecho. La generalidad de la fórmula empleada puede ser tal que impida la determinación del objeto o que, en sí misma, contenga los datos necesarios par su identificación, con lo que tendríamos una generalidad sólo aparente; en el primer caso la indeterminación influirá sobre la validez del negocio pero no sobre su juridicidad; en el segundo, nos encontraremos con una generalidad solo aparente, y en la expresión se encontrarán los datos necesarios para su adecuada determinación. Por lo que respecta a la utilización de la fórmula de patrocinio frente a la fianza, no cabe deducir la intención de los interesados de contraer una fórmula no jurídica, sino de contraer una fórmula distinta y, probablemente, con menor amplitud que la de la fianza. La escasa existencia de controversias judiciales, por su parte, se justifica no por el carácter extrajurídico de la relación, sino porque, como es sabido, entre las grandes sociedades el recurso a los tribunales es ciertamente escaso ya que tales sujetos tienden a evitarlo en la medida de lo posible, resolviendo los conflictos que se plantean a través de vías diferentes. (171).

Para Segni el contenido de las obligaciones de tales declaraciones de influencia o de vigilancia, revela que no nos encontramos ante una promesa del hecho de un tercero, sino de una obligación relativa a un comportamiento propio tales declaraciones de influencia o de vigilancia tienen no obstante, un sentido radicalmente distinto en la hipótesis contemplada del "socio soberano" quien será, no sólo el que posea la mayoría absoluta de las acciones, sino también el que siendo titular de un paquete minoritario está en



situación, por diversas causas, de dominar incondicionalmente las asambleas sociales.

Esta situación de socio soberano es la que determina el contenido de la obligación, pues la influencia que se promete no se determina en base a factores difícilmente valorables, (relaciones de amistad, de negocio, de trabajo, etc.), sino que se trata de una situación perfectamente definida, en la cual el socio soberano tiene el poder efectivo de determinar el curso de la vida de la sociedad y el de costreñir a los administradores a realizar determinados actos. Aunque pudiera afirmarse que el socio mayoritario carece de instrumentos jurídicos para imponer a los administradores el cumplimiento de un determinado acto, subsiste, sin embargo, la posibilidad de destituir a tales administradores en cualquier momento y poner en su puesto a personas de mayor confianza que se avengan a cumplir las instrucciones emitidas por él. Así pues, los poderes del socio soberano y por tanto el ámbito de la obligación de influencia y de vigilancia, no se refieren sólo a las deliberaciones asamblearias, sino también a toda la vida de la sociedad. De ello se deduce que pudiendo el socio soberano imponer a los administradores el pago de la deuda, el banco podrá pretender de la sociedad madre el resarcimiento del daño por no haber ejercido, tal como había prometido, tales poderes., y por no haber evitado, siendo posible, el incumplimiento de la sociedad filial. Sin embargo, existe una ulterior consecuencia que limita de forma muy importante en el plano concreto la transcendencia de esta obligación; la obligación del socio soberano consiste en actuar dentro de la sociedad para que la deuda de ésta sea regularmente cumplida, y por tanto, su responsabilidad, por regla general, solo puede existir cuando la sociedad no haya pagado a pesar de la concreta posibilidad de hacerlo. Cuando existe imposibilidad de cumplir, este incumplimiento no puede atribuirse al socio soberano, por no haber inducido a los administradores a pagar y por tanto la responsabilidad de la sociedad no se desata en la hipótesis de mayor interés para el banco, como es el supuesto de insolvencia de la sociedad filial.

Pone de relieve el autor citado, que, aun excluyendo toda responsabilidad en caso de insolvencia, las obligaciones que corresponden al socio soberano comprenden una serie de hipótesis de relevancia y, singularmente, todas aquellas debidas a la voluntad de los administradores, cuyo supuesto no es en absoluto una hipótesis fuera de la realidad.

La obligación de ejercer la influencia no puede limitarse al momento de cumplimiento, sino que comprende también la fase anterior, pues cuando se asume el compromiso de hacer lo que sea posible para que el crédito sea satisfecho regularmente, no sólo se promete estimular a los administradores para el cumplimiento puntual, sino también vigilar el comportamiento de la sociedad para que la posibilidad de pagar no quede perjudicada a priori. Así pues, la responsabilidad de la sociedad matriz no podrá ser negada cuando la falta de medios financieros sea una consecuencia de decisión conscientemente tomada por los administradores con carácter previo.

Incluso, la responsabilidad del socio soberano puede extenderse también a aquellos supuestos en que la insolvencia sea exclusivamente debida a errores en la gestión empresarial. La obligación que nace de la declaración debe ser cumplida con la diligencia media y, por lo tanto, si la insolvencia es debida a una causa que hubiera podido evitarse por la sociedad matriz con un control diligente, se produce incumplimiento y por ende su responsabilidad. Pero sólo podrían ser imputados a la sociedad matriz aquellos actos de significado unívoco, cuyas consecuencias dañosas pueden ser previstas con seguridad y por tanto no podrían serle imputadas aquellas decisiones que solo con posterioridad se revelan erróneas, pero que están basadas sobre previsiones objetivamente inciertas. A título de ejemplo se puede pensar en la existencia de administradores notoriamente incapaces o en haber concluido contratos de importancia con personas notoriamente insolventes, etc., pero no en decisiones

empresariales objetivamente razonables aunque encierren un normal riesgo.

Pero, en todo caso, es claro que la sociedad matriz se compromete a una obligación de hacer, usar sus propios poderes sociales para asegurar el cumplimiento y no una obligación de dar, con lo que quedan excluidas las obligaciones de proporcionar directa o indirectamente a la sociedad controlada las sumas o medios necesarios para el cumplimiento y también evidentemente queda excluida la obligación de cumplir directamente la sociedad matriz.

Con esta declaración el socio soberano se obliga a ejercitar sus poderes sociales para asegurar al acreedor el cumplimiento por parte de la sociedad filial. La sociedad matriz, sin renunciar a las ventajas de la limitación de responsabilidad, se compromete a responder por sí misma en todos aquellos hechos que afectan a su dirección sobre la sociedad controlada; ello permitirá al banco acreedor, entre otras cosas, contar con el efectivo y diligente control por parte de la sociedad matriz.

Por su parte Bellis (172), se refiere concretamente a aquellas cláusulas en las que la sociedad madre se compromete a que la filial será gestionada en forma que permita el reembolso del crédito. El emisor asume un compromiso "de gestión finalista": Las actividades se realizarán y la sociedad será gestionada de manera tal, que los resultados financieros permitan a la filial cumplir sus obligaciones, precisándose que el compromiso no recae directamente sobre la estructura financiera de la sociedad, sino sobre la calidad de la gestión y precisándose asimismo que la gestión debe tender a colocar a la filial en situación de cumplir sus obligaciones, precisión que parece connatural, ya que la declaración está emitida para tranquilizar al banco sobre la gestión y tiene evidentemente como finalidad (expresada o no) convencerle de que tal gestión permitirá al acreditado cumplir sus obligaciones.

Es importante que, en este caso, y en relación con la prueba, la no realización del fin, es decir, el no reembolso, determinará una presunción de inejecución por parte de la sociedad madre de las obligaciones que derivan de la carta de patrocinio.

En congruencia con la concepción expuesta por dicho autor sobre la obligación de medios y la obligación de resultado, considera que el dato de la situación de la sociedad madre como detentadora del control de la filial, es difícilmente compatible con la noción de obligación de medios, pues si se dispone de todos los poderes necesarios para la realización de un fin, esto es, la gestión de calidad para asegurar la liquidez de la filial, en realidad se asume el compromiso de ejercer todos estos poderes, esto es, la obligación de gestionar bien la sociedad en base a los poderes de que se dispone para ello.

El Tribunal de Comercio de París en decisión de 17 de Octubre de 1.981 hace uso de este argumento, ya que utilizando como criterio de distinción entre la obligación de medios y la obligación de resultado, el carácter aleatorio o no del resultado buscado, cuando dicho resultado no dependa sino de la sola acción del que lo ha prometido, la obligación debe considerarse como obligación de resultado, ya que tal resultado no depende sino de él mismo.

El objeto prometido no es el reembolso, sino el ejercicio de los poderes inherentes al control de la filial, para colocarla en situación que le permita el pago del crédito. Se presumirá que la empresa matriz que tiene el control absoluto y dispone de los medios para poner a la filial en situación de ejecutar sus obligaciones, habrá incumplido su compromiso si la sociedad filial no satisface el crédito.

Ahora bien, la sociedad matriz no responderá cuando las

causas de insolvencia carezcan de relación con los poderes de gestión o con los medios de intervención de los que dispone la sociedad madre corresponderá a ésta acreditar la inexistencia de relación de causalidad entre la falta de liquidez o de solvencia de la filial y su falta de cumplimiento con los poderes que la sociedad matriz está en posición de ejercitar. Un supuesto típico de tal falta de relación será el incumplimiento producido como consecuencia del denominado "riesgo político", es decir, cuando se trata de acciones oficiales o de cambios socio-políticos importantes producidos en el país donde la filial está establecida, comprendiendo tanto los sucesos puramente políticos (guerra civil, revolución, etc. ....). como las decisiones económicas (una reglamentación de control de cambios que prohíba las transferencias de divisas fuera del país). Estos riesgos políticos implican que el crédito no solo está sometido al álea de la situación financiera individual de la filial, sino también a la situación macroeconómica en la que la sociedad filial queda encuadrada.

En consecuencia, el riesgo político supone la decisión de un poder público, tanto de carácter general, como si afecta exclusivamente al crédito concreto, impidiendo la ejecución del pacto en las condiciones establecidas originariamente por los interesados. Ciertamente es, que en ocasiones, no será fácil distinguir estos riesgos políticos en sentido propio, de decisiones más o menos ordinarias de los poderes públicos que inciden en las actividades de una empresa (fijaciones de precios, supresión de subvenciones, etc). En definitiva, y a los efectos de demostrar la ruptura del lazo de causalidad, habrá que distinguir las decisiones o medidas extraordinarias que constituyen un riesgo político, de la intervención normal del estado en la organización de la economía. No se producirá la discusión en aquellas declaraciones de patrocinio que prevean este supuesto -que por cierto no son muy frecuentes-, en las que la sociedad matriz asume también estos denominados "riesgos políticos".

Por otro lado, en la hipótesis de que la casa matriz no

disponga del control sobre la filial, la obligación será considerada una obligación de medios, pues en este caso el emisor cumple con utilizar sus poderes, que al ser limitados, no permiten en modo alguno no ya solo asegurar, ni siquiera prever, alcanzar el resultado consistente en el reembolso del crédito.

Expuestas estas opiniones, pasamos a examinar a modo de resumen, diversos aspectos que plantea la declaración de referencia.

El primer tema es el carácter jurídico o extrajurídico de tales declaraciones. En este tema nos remitimos a las conclusiones elaboradas en el capítulo anterior y que son aplicables con carácter general a todas las declaraciones de patrocinio.

Quizá, a título particular pudiera mencionarse aquí, además de la opinión de Segni ya expuesta, la circunstancia de que en estas declaraciones de patrocinio existe un compromiso de actuación que corresponde a la sociedad matriz, susceptible de generar una precisa responsabilidad; circunstancia ésta que permite reforzar la presunción de juridicidad del compromiso.

Al referirnos a este tipo de declaraciones señalábamos al principio, que en ellas se asume por la sociedad matriz una vigilancia o una influencia, en ocasiones de carácter genérico, y en ocasiones de carácter específico con relación a la gestión. Debemos pues plantearnos si existen diferencias en estos distintos tipos de compromiso.

En primer término podríamos afirmar que "vigilar" e "influir", no son términos sinónimos e inmediatamente apreciamos la diferencia que puede existir entre influir, que parece exigir una cierta actividad, una actuación positiva y vigilar, que parece referirse a una idea más estática de supervisión o control.

disponga del control sobre la filial, la obligación será considerada una obligación de medios, pues en este caso el emisor cumple con utilizar sus poderes, que al ser limitados, no permiten en modo alguno no ya solo asegurar, ni siquiera prever, alcanzar el resultado consistente en el reembolso del crédito.

Expuestas estas opiniones, pasamos a examinar a modo de resúmen, diversos aspectos que plantea la declaración de referencia.

El primer tema es el carácter jurídico o extrajurídico de tales declaraciones. En este tema nos remitimos a las conclusiones elaboradas en el capítulo anterior y que con aplicables con carácter general a todas las declaraciones de patrocinio.

Quizá, a título particular pudiera mencionarse aquí, además de la opinión de Segni ya expuesta, la circunstancia de que en estas declaraciones de patrocinio existe un compromiso de actuación que corresponde a la sociedad matriz, susceptible de generar una precisa responsabilidad; circunstancia ésta que permite reforzar la presunción de juridicidad del compromiso.

Al referirnos a este tipo de declaraciones señalábamos al principio, que en ellas se asume por la sociedad matriz una vigilancia o una influencia, en ocasiones de carácter genérico, y en ocasiones de carácter específico con relación a la gestión. Debemos pues plantearnos si existen diferencias en estos distintos tipos de compromiso.

En primer término podríamos afirmar que "vigilar" e "influir", no son términos sinónimos e inmediatamente apreciamos la diferencia que puede existir entre influir, que parece exigir una cierta actividad, una actuación positiva y vigilar, que parece referirse a una idea más estática de supervisión o control.

Por otro lado señalábamos que existen declaraciones genéricas de influencia y de vigilancia y otras en las que se especifica que tal influencia o vigilancia habrá de desarrollarse sobre la gestión de la sociedad controlada, con lo que cabe preguntarnos si solo en este último modelo de redacción la gestión de la controlada ha de ser afectada por la vigilancia o influencia. En nuestro criterio (al menos en la hipótesis que debe ser contemplada fundamentalmente, que es la denominada del "socio soberano" o de la sociedad incluida dentro de un grupo de sociedades), los tres tipos de redacción son jurídicamente equivalentes.

En efecto, aún teniendo en cuenta las diferencias de significado entre vigilar e influir, es claro que en la vigilancia a la que se compromete la sociedad matriz una vez ejercitada y comprobada en su ejercicio una desviación en la actuación de la sociedad filial, la sociedad matriz está obligada a intervenir, esto es, a "influir" pues vigilar en orden a un fin no es simplemente constatar las desviaciones, sino que una vez constatadas, habrá que ponerles remedio, con lo cual vigilar se configura, en cierto modo, como el antecedente lógico de influir y de igual manera, en las obligaciones de influencia ha de ser también incluida la vigilancia, para influir o no según que sea necesario; por lo tanto, es indiferente que se utilice uno de los términos o los dos conjuntamente.

Entendemos que esa vigilancia o influencia debe ejercitarse sobre la gestión de la sociedad, tanto si se dice expresamente, como si se limita la declaración a una genérica referencia. La obligación de influencia y vigilancia, a cargo de la sociedad madre para que la filial cumpla sus obligaciones, no es otra cosa que el compromiso de la sociedad matriz de usar sus poderes en orden a este fin. Dicho uso en rigor, recae precisamente sobre la actuación de los administradores, en definitiva, sobre la gestión de la sociedad filial y precisamente en aquella parte de la misma que pueda influir en el cumplimiento de la obligación contractual contraída



por la filial frente al banco.

Para algunos autores sin embargo, existen dos hipótesis perfectamente diferenciadas, de tal manera que aunque la redacción de la declaración de patrocinio fuera la misma, sus efectos son enormemente dispares. Nos referimos a lo que los autores antecitados denominan situación de "socio soberano" frente a la situación de socio minoritario. Tales diferencias son completamente lógicas, pues el compromiso que asume la sociedad matriz es el de influir y/o vigilar y ciertamente los poderes en orden a influir o vigilar en una y otra hipótesis no son solo cuantitativa sino cualitativamente distintos, de tal manera que, en rigor, los poderes de influencia y vigilancia solo existen en la hipótesis del socio soberano.

No obstante, conviene precisar el significado de la expresión que venimos utilizando. Puede predicarse también la cualidad de socio soberano de aquél socio que esté de hecho en condiciones de ejercer el control de la sociedad y en condiciones de imponer a los administradores sus decisiones. Ello se produce en el caso del socio mayoritario, pero junto a esta hipótesis pueden existir otras, por ejemplo, el socio minoritario que por el fraccionamiento del capital o por cualquier otra circunstancia esté en condiciones de ejercitar el control por sí mismo.

Sin embargo, si en la declaración de patrocinio no se hace referencia -y no es frecuente que se haga- a la condición de socio que ostenta el control, el banco tendrá la carga de la prueba de tal situación, si pretende dotar a estas declaraciones de la transcendencia que indudablemente tienen en la hipótesis del socio soberano. La prueba puede no ser difícil en el caso de accionista mayoritario pero se complica mucho más cuando la situación de poder depende de delicados equilibrios entre los distintos accionistas o de otras circunstancias especiales. Es conveniente aludir aquí a un tema ya señalado y que tendremos ocasión de contemplar más detalladamente en

el estudio de las relaciones de las declaraciones de patrocinio y el derecho de sociedades. Se trata de dilucidar si es suficiente que la sociedad matriz detente el control de la filial, o por el contrario es preciso que exista una situación de grupo de sociedades (173). Si se acoge la segunda de las hipótesis, se ligan los efectos de la declaración a la situación de grupo, y no cabe hablar de socio soberano, y tampoco de los problemas del banco en orden a la prueba a su cargo, a que hemos hecho antes referencia. Dicho de otro modo : Si la carta de patrocinio es propia de los grupos de sociedades y si nos encontramos en tal hipótesis no cabe hablar de socio minoritario o socio soberano, si la sociedad pertenece al grupo, la matriz es cabeza de ese grupo de sociedades y tiene claramente posibilidades de influencia o vigilancia que justifican la existencia de este tipo de cláusula.

No obstante, puede tenerse en cuenta la posible hipótesis de no existencia de un grupo de sociedades como tal y la existencia de una declaración sobre vigilancia o influencia, en cuyo caso, sí será necesario distinguir sobre el control de hecho o la posición minoritaria y no excesivamente influyente del declarante.

Otro aspecto en el que la generalidad de los autores coincide es la concepción de las declaraciones que venimos examinando como una promesa del hecho propio y no del hecho de un tercero (174).

En efecto, el contenido de la declaración comporta por parte de la sociedad matriz emisora de la misma causar un hecho propio, influir y/o con la finalidad de que otro cumpla. No se promete el cumplimiento de aquél, sino exclusivamente la acción, en orden a ello, por parte de la sociedad matriz; se trata pues de una obligación propia, positiva y de hacer.

Señalábamos antes que, aun en ausencia de mención expresa, la influencia o vigilancia prometida gravita sobre la gestión

societaria. Cabe preguntarse aquí si también en ausencia de mención expresa la obligación de influencia o vigilancia gravita también sobre la solvencia de la sociedad filial.

La respuesta debe ser matizada y podemos adelantar ya, que no tiene la misma extensión observada a propósito de la gestión, pues existen otras declaraciones en las que la obligación se refiere precisamente a la solvencia. Sin embargo, ello no quiere decir que la genérica declaración de influencia o vigilancia carezca de relación alguna con la solvencia de la sociedad controlada.

En primer término, la declaración de vigilancia y/o influencia tiene como finalidad el cumplimiento de la obligación por parte de la sociedad filial. Por ello, no es enteramente cierto que la declaración de patrocinio de referencia sirva para que la filial cumpla cuando puede cumplir, pero no cuando no puede. Lo que se evita es el incumplimiento voluntario, pero no subsana la declaración las dificultades objetivas para dicho cumplimiento y especialmente la falta de solvencia.

No puede afirmarse que la obligación de influencia o de vigilancia esté absolutamente desconectada de la solvencia de la sociedad, ya que, si tal influencia o vigilancia va dirigida a procurar el cumplimiento de la sociedad filial, sería contrario a esa obligación, que asume la sociedad matriz, cualquier acto de ésta dirigido a privar de solvencia a la sociedad filial en la medida en que tal insolvencia o iliquidez resultante, impida el cumplimiento de la operación crediticia. Por ello, si está comprendida la cláusula de prohibición de "vaciamiento", -a la que en ocasiones se hace explícita referencia- en la medida en que dicho "vaciamiento" o privación del patrimonio de la sociedad filial por parte de la matriz impida el cumplimiento de la operación crediticia.

Pero no es solo esto, sino que también será responsable

la sociedad matriz si la filial ha sido gestionada de tal manera que se ha producido la insolvencia o iliquidez que determina el incumplimiento. Esta afirmación así realizada necesita ciertamente alguna precisión y es que la sociedad matriz no es responsable de toda decisión que haya producido insolvencia, sino de aquellas realizadas negligentemente, de manera que, antes de adoptarse la decisión social que ha determinado la insolvencia, un "ordenado comerciante" o "diligente administrador" hubiera podido prever el resultado negativo de tal gestión. Por el contrario, no responderá de aquellas acciones que, a priori, son opinables y comportan el riesgo normal de toda decisión empresarial y que sólo con posterioridad se revelan negativas porque, en este caso la sociedad matriz ha vigilado y ha influido correctamente, ya que la obligación no comporta la exigencia de poner por encima de cualquier decisión social, en principio correcta, ese deber de influir para el cumplimiento de la obligación de la filial. En este tipo de actuaciones opinables hay que poner en uno de los platillos de la balanza la obligación que asume la sociedad matriz en la declaración y en el otro la intrínseca libertad que tiene para gestionar de manera objetivamente correcta la sociedad. En la duda habrá de preferirse el principio de libertad de gestión, que no puede entenderse excluido en la declaración de patrocinio de referencia.

Por el contrario la sociedad matriz no asume obligación alguna de remediar una situación de insolvencia que se produzca por cualquier otra causa que no sea la adopción de tales medidas de administración, que objetivamente se revelen como perjudiciales para tal solvencia. Y, por supuesto, no está obligada a proveer de fondos a la filial para el cumplimiento, pues esta obligación corresponde a otra declaración distinta que estudiaremos más adelante.

La aplicación de la distinción de obligaciones de medios y de resultado a la declaración de referencia se presenta, en

primer término, muy atractiva por cuanto que parece existir un perfecto encaje entre ella y las declaraciones que venimos examinando. Sin embargo, las consecuencias jurídicas que de éstos se extraigan, pueden obtenerse sin recurrir a la figura de referencia por aplicación de las normas generales que informan el derecho de obligaciones.

Como ya señalábamos más arriba, en las obligaciones de medios y señaladamente en la más importante (la obligación del médico) tiene también extraordinaria importancia el resultado que se pretende obtener con tales medios, pues en la obligación de medios se trata, de medios adscritos o destinados a la obtención de un fin; siendo así, la obtención o no de resultado influye aún en el supuesto de que se trate de una obligación de medios.

En el caso de que nos ocupamos, si el fin no se cumple, es decir, si la sociedad filial no satisface el crédito al banco aunque se trate de una obligación de medios (finalizada o mediatizada), ese incumplimiento del fin determinará, incluso por aplicación de las normas generales en materia de prueba, que corresponda a la sociedad matriz acreditar que ese fin no se ha producido por causas que no le son imputables, que ha realizado la actividad a la que se comprometió, que lo ha hecho de forma correcta y con la debida diligencia. Lo tendrá que probar, en suma, que, a pesar de haberse aplicado los medios, no se ha producido el fin; y ello como consecuencia de circunstancias que para la sociedad matriz pueden considerarse como constitutivas de caso fortuito o fuerza mayor. Como caso fortuito se entenderán las acciones de otros, las actuaciones por parte de la filial que no han podido ser controladas por la matriz, o aquellas que se producen como consecuencia del devenir normal de la gestión de la sociedad. Serán los riesgos del mercado en sentido amplio, los que, pese a la diligente gestión y control, produzcan que la sociedad filial resulte insolvente y por tanto, no puede cumplir.

Esta conclusión es la que resulta de la aplicación de

las normas generales del derecho de obligaciones. Si el fin previsto en la obligación no se ha alcanzado y el acreedor no ha visto satisfecha la deuda y el interés que pretende obtener de la obligación, ha de suponerse que el deudor ha infringido tal obligación. No obstante, el deudor puede acreditar el cumplimiento de la obligación por su parte, o que ese incumplimiento se ha producido por circunstancias que no le son imputables. Procede recordar aquí que el caso fortuito no sólo es un hecho de la naturaleza, etc. sino que, desde el punto de vista del deudor, si la obligación no puede cumplirse por un hecho realizado por persona ajena al contrato, sin perjuicio de la responsabilidad, probablemente extracontractual de ese tercero, se podrá considerar ajena, respecto a su responsabilidad, esa acción de otro, considerándolo, pues, como un auténtico hecho fortuito. Y esto es lo que se produce en este tipo de declaraciones, a nuestro entender.

Cuando se trata de una obligación de influencia a cargo de un socio no dominante, en principio la solución no debe ser diferente, en términos generales. No obstante, el socio minoritario, por sus limitados poderes, tendrá menos dificultades para acreditar que el impago por parte de la filial es ajeno al correcto ejercicio de los escasos poderes de control que ejerce sobre la misma.

En síntesis, la sociedad madre asume una obligación jurídica de un hecho propio, que consiste en la utilización de los poderes de control que ostenta sobre la filial en orden a que esta cumpla sus compromisos con el banco receptor de la carta. Ello comporta no solo la obligación negativa de no realizar actos que perjudiquen la solvencia o liquidez de la sociedad (prohibición de "vaciamiento"), sino también la obligación positiva de influir en la gestión de la sociedad para que los créditos sean satisfechos. Tal obligación deberá combinarse con la libertad de gestión que corresponde también a la sociedad matriz, como socio de la filial. Pero no comporta para la sociedad madre ni la obligación de cumplir por

la filial ni la obligación de aportar los medios materiales para que esta cumpla.

F) .- DECLARACIONES DE MANTENIMIENTO DE LA SOLVENCIA .-

En ellas, ya sea con carácter genérico o con expresa referencia a la deuda relacionada en la declaración de patrocinio, la sociedad madre se obliga a mantener solvente a la sociedad filial.

Tales declaraciones se hallan relacionadas con las examinadas anteriormente, en cuanto que, como antes decíamos existe también una obligación relativa a la solvencia en las declaraciones de influencia o de vigilancia, configurada como obligación de hacer, en el sentido de gestionar o controlar la gestión de la filial para mantener la solvencia, o incluso como obligaciones de no hacer, de no realizar actos que pudieran perjudicar tal solvencia. Pero estas declaraciones suponen frente a las examinadas una obligación diferente; una obligación de dar, positiva o eventual, es decir, de realizar la provisión necesaria cuando la solvencia se ha visto disminuida o perjudicada, con objeto de que la sociedad filial recupere la situación de solvencia para hacer frente a sus compromisos.

Estas declaraciones aparecen íntimamente ligadas con las que estudiaremos a continuación, de las que ciertamente le separan sólo matices, porque aparecen normalmente con un carácter más concreto, y son por lo tanto más limitadas que las que hemos denominado declaraciones de solvencia y que pasamos a examinar a continuación. (175).

Segni, en su ya citado trabajo (176), ha señalado de forma muy expresiva la diferencia entre la declaración que examinamos y la estudiada anteriormente; se trata, para el citado autor, de una obligación exactamente contraria a la derivada de la carta de

patrocinio estudiada con anterioridad, ya que mientras en aquella la sociedad matriz asumía la responsabilidad en todos los casos en los cuales la sociedad filial no hubiera querido cumplir, aquí asegura que la filial podrá cumplir, pero declina toda responsabilidad cuando no quiera hacerlo.

Pone de relieve el citado autor italiano que debe distinguirse la declaración que nos ocupa y aquella en la que la sociedad matriz se compromete a proporcionar a la filial todos los medios necesarios o se compromete a adoptar todas las medidas indispensables para que la sociedad esté en situación de cumplir, o aquellas en las que la sociedad matriz asegura que, en todo caso la sociedad filial pagará plena y regularmente. Estos tipos de declaraciones citados no son equivalentes, pues quien promete el cumplimiento de un tercero asegura algo más que aquél que garantiza que ese tercero estará en condiciones de pagar. Por ello, el compromiso de proporcionar a la sociedad controlada los medios necesarios para el cumplimiento significa asegurar la solvencia del deudor, pero no asegurar el cumplimiento de la obligación. La sociedad madre garantiza que la sociedad filial tendrá medios para pagar, pero no garantiza que pagará y no existen razones para interpretar el contenido de la declaración de modo extensivo y para ver en las declaraciones que contemplamos ahora una voluntad de garantía que incluya también el cumplimiento.

En cuanto a su naturaleza jurídica excluye Segni que nos encontramos en el presente caso ante una fianza, ya que la fianza en el derecho italiano (Art. 1937 del Codice Civile) exige carácter expreso, a igual que nuestro C.C. en su Art. 1827 (177). Lo que se manifiesta es que se garantiza la solvencia, aludiendo a la situación del deudor, y no se garantiza el cumplimiento, que se refiere a un hecho que tiene un contenido más amplio. De igual manera rechaza este autor que la declaración analizada pueda ser considerada como promesa del hecho de un tercero, ya que la sociedad matriz no promete un



comportamiento de la sociedad filial, sino una determinada situación de la misma, concretamente la situación de solvencia. Se trata, pues, de una obligación de comportamiento previo reconducible a una obligación de resultado, ya que el contenido de la obligación no es definible a priori. Comprenderá todos aquellos hechos que, según las circunstancias, sean idóneos para realizar la situación prometida, lo que es válido cuando la declaración se refiere tanto a proveer de fondos financieros como a la declaración más simple relativa a los fondos adecuados para hacer posible el pago. También en este caso, el verdadero objeto de la obligación es el resultado prometido, no el medio indicado para obtenerlo, de tal manera que la sociedad matriz en lugar de suministrar sumas, podrá recurrir, por ejemplo a aumentos de capital, o a cualquier otro sistema que ponga a la filial en situación de solvencia.

De la exposición afectuada deduce Segni que la responsabilidad de la sociedad matriz y, por ende, la posibilidad del banco de dirigirse a dicha sociedad directamente, se dará incluso antes del incumplimiento de la deudora. Bastará pensar a tal efecto en supuestos de insolvencia o en declaración de quiebra en los que aparece con absoluta claridad la imposibilidad de la sociedad afectada para afrontar los compromisos por su falta de medios financieros. Por contra, el incumplimiento no determina automáticamente la posibilidad del receptor de la carta de exigir el pago a la sociedad matriz, pues no es el incumplimiento en sí, sino el hecho de que ese incumplimiento sea debido a la falta de medios financieros, lo que determina la responsabilidad de la sociedad matriz. Aunque tal circunstancia es la causa más frecuente de incumplimiento, no es la única, existiendo otras como aquellos supuestos en los que los administradores no quieren pagar, o buscan la forma de retrasar lo más posible el pago, o incluso actos realizados en fraude de acreedores. Se trata de situaciones que pueden darse incluso contra la voluntad del socio que ha emitido la declaración, ya porque sea un socio minoritario, o bien porque se trate de un socio que ha dejado de ser

mayoritario tras la emisión de la declaración de patrocinio.

La prueba de tales hechos corresponderá a la sociedad que ha remitido la declaración de patrimonio, pues la insolvencia es la causa más normal del impago. Cuando se pruebe que ésta no ha sido la causa del incumplimiento, en definitiva, cuando se demuestre que la sociedad deudora no ha pagado a pesar de tener medios para hacerlo, la sociedad que ha remitido la carta quedará totalmente liberada.

Por su parte, Mazzoni (178) considera que las declaraciones de solvencia implican precisamente a cargo de la sociedad emisora de la declaración la obligación de transferencia de fondos para cubrir el riesgo de solvencia de la sociedad controlada incluso debida a causas sobrevenidas y del todo imprevistas, circunstancia ésta que permite distinguir las declaraciones que ahora examinamos de las denominadas de influencia o vigilancia.

Se detiene este autor en el examen de las declaraciones que considera más "fuertes", en las que aparece una unidad explícita, entre el mantenimiento de la solvencia y el reembolso del crédito proporcionado por el banco. En estas declaraciones la sociedad matriz se compromete a mantener a la controlada "in bonis", proveyendola, si es preciso, de los necesarios medios financieros para que efectue regularmente el reembolso de cuanto debe al banco. Nacerá así una obligación atípica, cualitativamente afín a aquella que surge de la mera promesa de solvencia; en ambas no sólo hay obligación de prestación de medios, sino también de vigilancia de los fondos procurados o de los que tuviera disponibles la sociedad controlada, para que sean efectivamente destinados al reembolso del crédito facilitado por el banco. De tal modo que la declaración equivale a la que otorgaría una promesa de mera solvencia, acompañada de otra de influencia o vigilancia.

Pero no es equivalente a una promesa de que la

controlada pagará en todo caso, pues puede suceder que el cumplimiento de la controlada no se produzca a pesar de la puntual observancia por parte de la matriz, de todas sus obligaciones. Esta interpretación se apoya en el propósito de las partes de evitar la asunción de obligaciones de garantía que tengan reflejo obligado en el balance. La indeterminación y la dificultad de cuantificar la obligación de la sociedad de control hará que la misma no sea la de pagar una determinada suma, sino, tal vez, la entregar varias veces la misma suma, si se ha venido destinando a atenciones distintas del crédito.

Di Giovanni considera estas declaraciones como aquellas en las que el declarante asume el riesgo de insolvencia de la sociedad a favor de la cual declara, cualquiera que sea la razón por la cual tal insolvencia se hubiere producido (179). El autor de la carta de patrocinio, promete en tales casos, que la sociedad controlada estará mantenida siempre "in bonis" o que será constantemente dotada de un determinado nivel de capital o de una determinada cantidad de patrimonio o dotada de liquidez suficiente para cumplir en tiempo las obligaciones frente al banco. Con ello, quedan agrupadas en esta rúbrica junto a las declaraciones que nosotros contemplamos, las de dotación de capital o patrimonio, que, como hemos dicho, están intimamente ligadas y a cuyas especialidades nos referiremos en el epígrafe siguiente.

El declarante no asume ninguna obligación por lo que respecta al cumplimiento por parte de la sociedad controlada, pues las declaraciones examinadas no contienen ni la promesa de que la sociedad patrocinada pague, ni la promesa de trabajar para que el compromiso de pago sea cumplido. De este modo, la sociedad matriz responderá solo cuando no hubiera mantenido "in bonis" a la sociedad controlada o cuando no hubiere vigilado diligentemente el destino de los recursos referidos a ella. Si, pese al cumplimiento de tales deberes por parte de la sociedad matriz, la filial no hubiera cumplido sus obligaciones en la relación con el banco, ninguna responsabilidad puede derivarse

a cargo del autor de la declaración de patrocinio.

El declarante no se limita a prometer ciertos comportamientos futuros, sino que promete que será mantenida la filial o realizada una determinada situación, a su vez necesaria para que sea posible el puntual cumplimiento de las obligaciones. En su actuar, el declarante podrá ser compelido a obligaciones de dar o bien limitarse a un control vigilante para que la situación prometida se mantenga. La obligación así descrita se configura para Di Giovanni, siguiendo el criterio de Segni, como una obligación de resultado, sin perjuicio de apuntar las dudas sobre la utilidad de la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado.

Examina con posterioridad la hipótesis de mantenimiento de la solvencia unida a la promesa de que la sociedad controlada cumpla puntualmente sus obligaciones. Comparte el criterio de los autores anteriormente citados, en el sentido de poder distinguir entre ambas obligaciones, ya que el destinatario de la carta de patrocinio no sólo tiene interés en el puntual cumplimiento de la obligación, sino en que el pago se efectúe por un sujeto solvente (para prevalecerse de una posible revocación del pago en caso de insolvencia). Se destaca también que la declaración incluya los dos elementos, debiéndose interpretar en el sentido de dar relieve no solo a la obligación última de pago, sino también a la actividad precedente de prevención, vigilancia, auxilio financiero y otro tipo que la sociedad matriz está obligada a realizar en el periodo que va desde la asunción de la obligación hasta el momento del pago.

El destinatario de la declaración puede tener interés en que sea la sociedad deudora la que cumpla; de ahí el interés de que ésta se mantenga solvente, ya que puede suceder que mientras el crédito entre el banco y la sociedad prestataria sea un crédito líquido y exigible, no lo sea entre la sociedad matriz y el banco. Habrá, por tanto, mayor interés en demandar a la sociedad controlada en base a

las menores dificultades procesales, debidas a problemas de jurisdicción o de elección de la normativa aplicable en una relación de derecho internacional cuando la matriz y el banco tengan nacionalidades diversas.

En nuestro derecho, además de los supuestos señalados, esta preferencia puede tener razones de tipo procesal; pensemos en la coexistencia en la Ley de Enjuiciamiento Civil del juicio ejecutivo frente al juicio declarativo ordinario. El procedimiento ejecutivo supone la posibilidad de embargo previo entodos los casos, mayor brevedad en los plazos, mayor agilidad en la tramitación, limitación de excepciones que pueden oponerse por el demandado-ejecutado, etc. En este sentido y según el Art. 1429 de la L.E.C., la posibilidad de acceder al juicio ejecutivo depende de la documentación que sirve de soporte a la obligación, y las pólizas intervenidas por fedatario mercantil, frecuentísimas en la praxis bancaria para el otorgamiento de créditos, préstamos, etc. tienen acceso al vehículo procesal del juicio ejecutivo, mientras que la exigencia en juicio de las obligaciones derivadas de la carta de patrocinio habría de hacerse, por el contrario, a través del proceso declarativo ordinario. (180).

Por otro lado, no puede excluirse el interés de la existencia de las dos promesas, por parte tanto de la sociedad matriz como de la sociedad filial, ya que el uso de la declaración de patrocinio, en ocasiones, encuentra explicación en una finalidad de promoción de la imagen del grupo o de la sociedad que entrega la declaración y también de la filial que se beneficia de la financiación. Con ello se quiere evitar prestar una fianza por parte de la sociedad matriz, ya que promete el cumplimiento por parte de la controlada y lo hace sobre la premisa de expresa solvencia de la filial y por tanto de su plena capacidad de cumplir, bien con sus propias fuerzas, bien con el sostén del grupo, con lo que se dá al exterior la imagen de un grupo fuerte y compacto, que sostiene a las sociedades miembros. Se pone de manifiesto entonces que la garantía se entrega

no por causa de la calidad subjetiva del deudor, sino sólo para prevenir la hipótesis de que el pago puntual no se produzca como consecuencia de la gestión de los administradores de la sociedad controlada. La situación es más compleja que la que resulta de la siguiente garantía de cumplimiento, y sin perjuicio de reconocer que, en el momento del incumplimiento de una obligación, normalmente la promesa de solvencia quedará absorbida por la de cumplimiento en el sentido de que la responsabilidad del promitente se dirigirá al cumplimiento, ya tenga éste su origen en la insolvencia del deudor o en otras motivaciones.

Por su parte Bellis, (181) distingue dos supuestos que producen semejantes efectos, salvo una interpretación mas sencilla para el caso de quiebra de la filial. El primer supuesto es el de aquellas declaraciones en que la sociedad matriz promete poner fondos a disposición de la filial. Esta obligación se configura como obligación de prestar las sumas necesarias para el cumplimiento y se presenta como una obligación de dar y como un medio de alcanzar el resultado final, siendo, en sí misma, una obligación de resultado precisamente por tratarse de una obligación de dar. (182). Difiere esta obligación de la obligación de pago al banquero por parte de la sociedad matriz con sus propios fondos, en cuanto que la obligación que asume en este tipo de obligaciones no es la de entregar fondos directamente al banquero, sino ponerlos a disposición de la filial por cualquier vehículo jurídico, préstamo, ampliación de capital etc. El peligro de esta cláusula para la sociedad matriz está en la necesaria vigilancia y cuidado que debe poner en los fondos que transfiere para que se empleen en el pago crediticio a la entidad bancaria, ya que de otro modo se verá obligado a nuevas aportaciones.

El problema más importante se produce en el caso de quiebra de la sociedad filial, ya que, la sociedad matriz no podrá conseguir que los fondos transferidos se destinen exclusivamente al pago del crédito de la entidad bancaria y no al pago de los demás

créditos pertenecientes a los acreedores presentes en la masa de la quiebra. En este caso, en opinión de Bellis (183), la obligación se transforma en que la sociedad matriz debe pagar directamente al banco.

La única posibilidad para la sociedad matriz de exonerarse de su responsabilidad sería probar la causa que le ha impedido poner los fondos a disposición de la sociedad filial. Esta prueba, teniendo en cuenta la naturaleza de la obligación, -el pago de una suma de dinero- se dará en casos verdaderamente excepcionales y, según lo señalado anteriormente, solo se produciría la liberación de la matriz si la fuerza mayor impidiera la transferencia de fondos directamente a favor del banquero.

Junto a esta modalidad, la segunda que el citado autor examina es aquella en la que se promete que la filial será mantenida en una situación financiera que le permita devolver el crédito. Se trata de una obligación de resultado final y mediatizado en la que la sociedad matriz se obliga con un resultado intermedio -el mantenimiento de la situación financiera- al resultado final que es el reembolso del crédito. Así, la sociedad matriz no puede pretender que ha realizado todo cuanto estaba a su alcance para mantener la situación financiera de la filial, sino que, una fuerza mayor puede justificar la no obtención de ese resultado intermedio, el mantenimiento de la situación financiera. Ahora bien, en casos excepcionales podrá acreditar la ausencia de relación causal entre el no pago y el compromiso recogido en la carta de patrocinio, pudiendo acreditar la sociedad matriz que le ha sido imposible de forma absoluta ejecutar su obligación o que, incluso habiéndolo hecho, el crédito no se hubiera satisfecho. Un supuesto concreto sería la modificación de la reglamentación de control de cambios.

Esta relación presenta una ventaja respecto al supuesto anterior en caso de quiebra, porque si la quiebra se produce, es

claro que la sociedad matriz ha incumplido su obligación de mantener la situación financiera, y por lo tanto, no se le pedirá que la mejore, sino que tendrá por incumplida la obligación y podrá exigirsele los daños y perjuicios correspondientes.

La declaración de patrocinio de solvencia, tanto cuando se trata de una declaración genérica de solvencia de la sociedad filial, en el sentido de que será mantenida la citada solvencia para el pago de todo tipo de deudas, o específicamente para el pago de las deudas objeto de la carta de patrocinio, comporta, con carácter mínimo, una obligación mixta; de un lado la sociedad matriz está obligada a controlar la gestión de la filial de manera tal que mantenga su solvencia (lo que constituye una obligación positiva de hacer) y también está obligada a no realizar actos que perjudiquen dicha solvencia (obligación negativa). Además, junto a estas obligaciones (que no son particulares de este tipo de declaración sino más propiamente de la declaración de vigilancia o influencia), la declaración aludida impone también a la sociedad matriz una obligación de dar, de proveer de fondos a la filial para restituirla a la misma situación de solvencia que se hubiera deteriorado o que hubiera disminuido. Como se ha dicho, la cláusula viene a cubrir la causa más importante de impago, la falta de solvencia de la filial.

Si la sociedad filial es solvente y este es el compromiso que deriva de la declaración, puede ser que no quiera pagar sus deudas (y esto no está garantizado por la cláusula). No obstante el banco podrá ejercitar las acciones judiciales correspondientes y existirá en la sociedad filial la solvencia suficiente que permita trabar los embargos que lleven al buen fin a la acción judicial.

Esta es la gran importancia de la declaración; sin embargo no tiene otro contenido. En particular, la declaración de solvencia, incluso con referencia al reembolso del crédito, no supone obligación directa a cargo de la sociedad matriz de satisfacer el



crédito. En efecto, en estas declaraciones no puede deducirse la existencia de una fianza y ello no solo por el argumento mencionado por los autores italianos y válido por nosotros por la disposición correlativa de nuestro C.C. según la cual la fianza tiene que ser expresa, sino porque de una recta interpretación de la cláusula no se desprende sino la obligación de solvencia que es distinta e incluso en ocasiones más onerosa, pues no se limitará al pago, sino que las transferencias de fondos para mantener la solvencia pueden ser incluso de mayor importe aunque distintas.

Incluso, aún coexistiendo una declaración de solvencia con una declaración de cumplimiento de las obligaciones por parte de la sociedad controlada, ambas no pueden confundirse. Podrán existir razones basadas en el derecho internacional o en el derecho procesal, tanto por razón de los conflictos jurisdiccionales como por los procedimientos de mayor sumariedad a los que puede accederse, que determinen el interés del banco en el cumplimiento de la obligación de solvencia con carácter preferente a la obligación de cumplimiento por parte de la sociedad matriz.

Se trata de una obligación consistente en mantener a la filial en situación de solvencia y en este sentido, respecto de la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado, se trata de una declaración de resultado -el mantenimiento de la solvencia- que, naturalmente, constituye la situación de hecho necesaria para el cumplimiento por parte de la sociedad filial. No se trata por tanto de una fianza, ni tampoco de la promesa de un tercero porque, una vez más, no solo lo que se promete es una acción propia consistente en un "facere o non facere" pero sobre todo en un "dare", sino que lo que se promete respecto de un tercero no es un hecho -el pago- sino una situación -la solvencia-, (184).

Por lo que respecta a la distinción apuntada por Bellis, entre obligación de mantenimiento de la solvencia y provisión de

fondos, en buena lógica parece que aquella comprende, en su caso la obligación a cargo de la sociedad matriz de proveer de fondos a la filial al efecto de restablecer el equilibrio financiero. En definitiva, la obligación de mantenimiento de la solvencia supone el esfuerzo a tal efecto de la sociedad matriz. Si a pesar del mismo se produce disminución, deberá aportar los fondos para el restablecimiento. Pero la situación es sustancialmente semejante, pues la obligación de aportación de fondos solamente lo es en orden al pago; por lo tanto, si la sociedad filial tiene en su poder fondos suficientes para ello, la sociedad matriz no se verá obligada a intervenir en dicha provisión. En ambos casos, la sociedad matriz sólo podrá liberarse de su obligación en la medida en que esa obligación sea imposible de cumplir; pero, en rigor, los supuestos serán los mismos, pues una vez que se haya producido la insolvencia, la imposibilidad se referirá a la transferencia de fondos que es el único medio de restablecer la solvencia de la sociedad. Y en caso de quiebra, si bien el dato de la existencia de la misma supone el incumplimiento por parte de la sociedad matriz, también lo será la falta de transferencia de fondos. En un caso y en otro, el banco podrá reclamar a la sociedad matriz, por incumplimiento, los daños y perjuicios causados, sin que se pueda exigir el cumplimiento de la obligación de provisión de fondos, que sería exorbitante para la sociedad matriz y sin beneficio directo (en todo caso se beneficiaría sólo de su cuota de participación en la masa de acreedores para la entidad bancaria). La cláusula pretende el mantenimiento de la situación de la sociedad filial para que pueda cumplir sus obligaciones, con lo que viene a cubrirse el supuesto más importante que puede impedir el cumplimiento de la obligación de pago de la sociedad frente al banco. La sociedad matriz quedará liberada cuando demuestre que no puede, por causa no imputable a ella, realizar esta obligación, o cuando, habiéndola incumplido, acredite que no existe relación de causalidad entre el incumplimiento por parte de la filial del pago al banco y las obligaciones de solvencia que la matriz ha asumido con su declaración. (185).

G) .- DECLARACIONES DE MANTENIMIENTO DEL CAPITAL Y/O PATRIMONIO

Como ya hemos apuntado con anterioridad, las mencionadas cláusulas, son de difícil distinción respecto de las cláusulas de mantenimiento de la solvencia y pueden producir efectos semejantes; nos ceñiremos aquí a los caracteres que pueden señalar las diferencias y por tanto a los distintos efectos jurídicos.

La primera manifestación es lo que los autores italianos denominan prohibición de "svuotamento". Se trata de una obligación negativa en que la sociedad matriz asume el compromiso de no "vaciar" patrimonialmente a la sociedad filial, debiendo entenderse la frase no en sentido estricto o absoluto, sino en un sentido más amplio que comprende la disminución patrimonial que tenga carácter relevante.

Como ya hemos apuntado anteriormente, tal obligación está implícitamente comprendida en la obligación de la sociedad matriz de vigilancia o influencia para el cumplimiento, pues este acto de "vaciamiento" sería frontalmente contrario a la obligación de influencia o vigilancia, y debe estar también comprendido en la declaración específica de solvencia.

Podemos contemplar la cláusula de forma aislada, aceptando la hipótesis de que la prohibición de disminución patrimonial tenga carácter autónomo y exclusivo, cuando la declaración no contenga las obligaciones anteriormente mencionadas de vigilancia o de solvencia. En este caso (muy poco extendido), existe una clarísima delimitación, ya que la sociedad matriz está sometida exclusivamente a una determinada obligación de no hacer y ha de entenderse que, delimitada perfectamente la misma, no pueden deducirse de ella otras obligaciones distintas que son, como hemos señalado, propias de distintas declaraciones de patrocinio de la que ahora examinamos.

La sociedad matriz habrá cumplido el compromiso asumido con abstenerse de producir ese "vaciamiento" o reducción patrimonial. Si, por el contrario, este se ha producido, el banco podrá reclamar los daños y perjuicios del incumplimiento de dicha obligación que estarán constituidos por la falta de cumplimiento por parte de la filial. Quedara así perfectamente determinado el daño causado por el incumplimiento de la acción negativa y la relación de causalidad entre tal incumplimiento y el perjuicio, tampoco parece que pueda plantear excesivas dificultades. Tiene, pues, la cláusula la ventaja de la delimitación de la obligación para la sociedad matriz; aunque sin dicha cláusula, el banco podría pedir a la sociedad matriz que actuara en la forma prescrita por la cláusula de referencia a través de otros mecanismos jurídicos, como las acciones para la revocación de los actos celebrados en fraude de acreedores, por aplicación de las normas sobre enriquecimiento injusto o en último término por vía de responsabilidad extracontractual.

El segundo tipo de cláusula tiene carácter positivo. Se trata de aquellas en las que la sociedad matriz se compromete a mantener determinado nivel de capital y/o patrimonio y presentan con las anteriormente estudiadas algunas diferencias que conviene subrayar.

En primer término, respecto de las cláusulas de solvencia cuando en realidad la obligación es de liquidez, en las que la sociedad matriz se obliga de forma específica a colocar a la filial no solo en situación de solvencia, sino en situación de liquidez que permita el cumplimiento de las obligaciones (186).

Una segunda diferencia que hace aparecer a estas declaraciones con un carácter o ámbito más limitado que las cláusulas de solvencia, es aquella en la que se utilizan unos determinados módulos o "ratios" que han de mantenerse. Tales obligaciones aunque íntimamente emparentadas con las anteriores, presentan la diferencia de ser un compromiso más amplio, ya que existe una concreción objetiva

basada en determinados módulos. A la vez, no suele hacerse referencia en ellas (aunque evidentemente está implícita) a la finalidad última de la declaración, que es el pago o cumplimiento de la obligación de la sociedad filial.

En estos casos, la diferencia respecto de la declaración de mantenimiento de la solvencia está precisamente en esta mayor concreción; en aquéllas, la sociedad matriz se compromete a mantener la solvencia de la sociedad, que es un término más amplio; en éstas, la sociedad matriz se compromete a algo más circunscrito y perfectamente identificable, como un determinado nivel de endeudamiento o una "ratio" de liquidez, etc. Esta concreción es la que permite delimitar las acciones de la sociedad matriz, que no serán otras que las perfectamente definidas en estos módulos, índices o "ratios" que se hayan establecido.

Es frecuente en este tipo de declaraciones que no se haga referencia a la finalidad última que es el reembolso por parte de la sociedad filial. Esta ausencia de referencia plantea algunos aspectos que merecen ser destacados. Bellis (187) estima que durante la vigencia del crédito, el banco no podrá exigir la ejecución "in natura" de la obligación de mantenimiento de las "ratios" financieras y, por lo tanto, las diferencias eventuales de fondos que estas implican, sino se sigue ningún daño resultante de la violación de estas "ratios". Así sucedería en el caso de que se hubiera pactado la resolución del contrato por disminución de tales "ratios" financieras. Por el contrario en caso de no reembolso del crédito el banco deberá establecer la relación de causalidad entre la violación de las "ratios" y el no cumplimiento de la obligación crediticia, lo que no parece especialmente difícil si tenemos en cuenta que la previsión de tales índices se formula para que la sociedad filial esté en condiciones de cumplir. En definitiva, se distinguen dos momentos: El primero durante la vida del crédito, en el cual la violación de las "ratios" financieras no produce, en principio, efecto (salvo la

brusca resolución cuando así esté establecido en la cláusula) y el segundo, cuando llega el vencimiento del mismo, en el cual la violación de las "ratios" tendrá como consecuencia, siempre que se acredite la relación de causalidad, la obligación para la sociedad matriz de indemnizar los daños y perjuicios constituidos, normalmente por lo no satisfecho por la sociedad.

No obstante lo expuesto, por lo que respecta al primer periodo, quizá fuera útil hacer una reflexión; frente a la garantía tradicional constituida por la fianza en la cual el momento en que toma efecto es -por lo general- el del vencimiento, en este tipo de garantías que venimos examinando, el banco no solamente trata de prevenirse para el momento de cumplimiento de la obligación, sino para toda la vida de la operación crediticia.

Como antes se ha apuntado, alguna de las garantías que comportan las declaraciones de patrocinio no son solo para el momento del pago, sino para garantía de la obligación mientras está este pendiente. La sociedad matriz no se ha comprometido a que la sociedad filial tenga cumplidos unos determinados índices en el momento del pago, sino que ha de mantener unas determinadas "ratios" financieras en su sociedad filial y el banco tiene, en nuestro criterio, perfecto derecho a que tal obligación se cumpla y que se cumpla durante la vida del crédito.

Ahora bien, si durante la vida del crédito se produce el incumplimiento de la sociedad matriz ¿cuales son las acciones a las que tiene acceso el banco?. El banco podrá exigir el cumplimiento de la obligación de hacer que ha sido asumida por parte de la sociedad matriz y además podrá exigir el cumplimiento en forma específica, no en forma equivalente al modo de indemnización de daños y perjuicios, pues estos no podrán concretarse hasta el vencimiento del crédito. En segundo lugar tendrá la posibilidad de declarar anticipadamente resuelta la operación crediticia. Podrá arguirse frente a ello que la

resolución anticipada sólo será posible en aquellos casos en los que esté previsto en la propia póliza o en los que exista incumplimiento, no por parte de la matriz -que es la hipótesis que examinamos- sino por parte de la filial, lo que, en rigor, no se ha producido todavía. Sin embargo, es muy frecuente en la práctica bancaria incluir cláusulas de vencimiento anticipado por modificaciones en la solvencia del deudor, basadas en el carácter "intuitu personae" de las operaciones crediticias y en este caso la disminución o quebrantamiento de las ratios financieras constituyen manifestación de esa modificación del deudor que permitirá la resolución anticipada de la operación crediticia (188).

Por último, pueden situarse bajo esta rúbrica aquellas declaraciones en las que la sociedad matriz se compromete a no percibir sus propios créditos frente a la filial, sino hasta que estén satisfechos los créditos derivados de las operaciones bancarias objeto de la declaración de patrocinio. Esta obligación es, en cierto modo, semejante a la prohibición de vaciamiento, pero matizada, porque en la citada obligación se supone que la sociedad matriz no está legitimada específicamente para detraer los fondos, mientras que en la cláusula que actualmente examinamos, la sociedad matriz tiene perfecto derecho -por hipótesis- a percibir sus créditos de la filial (es claro que la regla general de los derechos de crédito es que no existe preferencia alguna salvo en los supuestos de insolvencia en los que es necesario respetar el principio de la "par conditio creditorum").

En principio, el contenido de la cláusula es claro y por tanto clara la obligación de la sociedad matriz; sin embargo, si hubiera incumplido su obligación y ello produjera la falta de pago al banco, el alcance indemnizatorio a cargo de la sociedad matriz vendría dado por la cuantía de los créditos percibidos por ésta con anterioridad al banco, salvo que pudiera demostrarse que, como consecuencia de esa anticipación, el daño producido a la solvencia e

la filial no es sólo el importe de los créditos pagados, sino otras consecuencias que encadenadamente han supuesto una mayor disminución de su solvencia.

#### H) .- DECLARACIONES DE CUMPLIMIENTO .-

Pasamos a examinar ahora aquellas declaraciones que hemos llamado de cumplimiento, en las que la sociedad matriz se compromete de forma específica a que el crédito será reembolsado. En ellas se asume el cumplimiento o el pago o el riesgo de pérdidas sufrido por el banco.

Tales declaraciones aparecen como vecinas a las que hemos denominado pseudodeclaraciones de patrocinio, es decir aquellas declaraciones que guardan semejanza con la declaración de patrocinio por estar contenidas en una carta pero que en el fondo no son sino figuras típicas de garantía contenidas en la carta. (189).

En segundo lugar, el problema que plantean las declaraciones de patrocinio de referencia en sus diversas formas es el de su asimilación a figuras jurídicas, a veces no tipificadas en el ordenamiento, pero, acuñadas en la doctrina o en la jurisprudencia, según veremos a continuación. Las manifestaciones de este tipo de cartas de patrocinio son diversas, pero todas ellas tienen en común y además ello sirve como elemento de distinción respecto de las declaraciones de patrocinio ya examinadas, el dato de que el compromiso que asume la sociedad matriz es que el banco verá reembolsado su crédito.

Segni (190) se refiere a una distinción de la que extrae consecuencias jurídicas; cuando se promete el cumplimiento en cuanto tal y cuando se promete el hecho material del pago. (191). Respecto de la primera de las figuras contempladas y en la medida en que se asegura



que la sociedad filial cumplirá su obligación, el tenor literal sugiere la presencia de la figura de la promesa del hecho de un tercero. No obstante, aún cuando pudieran superarse las dificultades doctrinales planteadas por un sector de la doctrina (192), según la cual no cabe la aplicación de la figura cuando se trata de una obligación ya existente, quedaría en pie la distinción que separa, por razón de sus funciones, a la fianza y a la promesa del hecho de un tercero. La diferencia radica en que en la fianza se trata de la garantía del cumplimiento de la obligación del tercero, a través de la asunción directa en la relación del acreedor de una obligación de idéntico contenido que la del deudor principal, mientras que la promesa del hecho del tercero consiste en asegurar no ya el pago, sino el hecho del tercero, hecho que puede consistir en la asunción de una obligación o en la directa ejecución de una prestación. La fianza se dirige a garantizar al acreedor la realización de su derecho frente al tercero, la promesa del hecho del tercero, en cambio, asegura el cumplimiento de un acto de este, con independencia de la existencia de algún derecho del promisorio frente al tercero.

Por ello la función de garantía del cumplimiento de otro, típica de la fianza, comporta la accesoriedad de la obligación del fiador, ya que si se dirige a permitir al acreedor la satisfacción de su derecho, del derecho que ostenta frente al tercero, es claro que el límite está constituido por la existencia de tal derecho. La promesa del hecho del tercero, por el contrario, no es accesoria respecto de negocio alguno, el promitente se ha obligado a procurar al promisorio el hecho de otro con independencia de todo ligamen de éste con el tercero.

Por todo ello, considera Bellis que en el caso presente no existe en realidad una promesa del hecho de otro, sino que se trata de una verdadera fianza y siendo ésta una obligación accesoria respecto a la del tercero, la validez queda condicionada por la validez de la obligación de éste, lo que significa que el obligado

podrá oponer, como en el caso de la fianza, las excepciones que corresponderían al tercero deudor.

No es argumento en contra a lo afirmado, que la obligación de procurar el cumplimiento de otro es una obligación de hacer, de adoptar todas las medidas posibles para inducir al tercero a cumplir, ya que esta construcción sería cierta si se asumiese que tal obligación se limita al deber de esforzarse para que el tercero cumpla el hecho prometido y que, por tanto, el promitente queda liberado cuando, a pesar de no haber cumplido el tercero, demuestra haber hecho todo lo posible para procurar tal prestación. Pero ello no tendría significado -aún admitiendo la tesis tradicional- cuando el tercero ya está vinculado jurídicamente frente al promisorio, pues, en este caso, la obligación no consiste en el compromiso de ejercitar presiones sobre el tercero, ya que más fuertes serán las presiones que podrá ejercitar el tercero que es acreedor. Por el contrario, dicha obligación consiste en la asunción de una responsabilidad en el caso de que la prestación no sea realizada, contenido semejante al de la fianza, con lo que promete el cumplimiento de otro significa, en definitiva, prestar fianza.

La segunda hipótesis es aquella en la que se promete no el cumplimiento en cuanto tal, sino el hecho material del pago. (193). La diferencia entre las dos hipótesis está en que en el anterior supuesto, el hecho del tercero se promete en cuanto que es debido, pero puede prometerse también que el tercero cumplirá la prestación a la que se ha obligado, incluso en el caso de invalidez de su obligación, lo que significa prometer, no el acto debido del tercero, sino el acto material de la ejecución del negocio. En este caso, el negocio no puede identificarse con la fianza, porque la obligación del promitente, no es accesoria respecto a la del tercero deudor. El contrato entre el tercero y el promisorio es solamente un elemento de determinación del contenido de la obligación del promitente, pero la obligación de éste es absolutamente autónoma respecto a la relación

entre los otros dos sujetos, entre el tercero y el promisorio.

En todo caso deben distinguirse dos figuras diferentes; la promesa de hacer cumplir un negocio del cual se conoce la causa de invalidez y la promesa de hacer cumplir un negocio con independencia del sucesivo descubrimiento de eventuales vicios que por el momento se ignoran. En ambas hipótesis existe un límite que es la licitud del negocio entre el tercero y el promisorio, ya que si existe ilicitud en la prestación del tercero, la promesa se traduce en una obligación de hacer cumplir un hecho contrario a la ley o a las buenas costumbres, y, por lo tanto, esta promesa supone un negocio con objeto a su vez ilícito.

Fuera de este supuesto, no parecen existir motivos para dudar de la validez de una promesa efectuada con específica referencia a un vicio o defecto que ya se conoce, por ejemplo, un defecto de forma. En este caso el negocio no realiza un objeto contrario al ordenamiento jurídico, sino sólo se trata de un negocio privado de requisitos necesarios para que el Derecho le conceda eficacia; en ese supuesto la ejecución es debida y en ningún modo contraria a los principios del ordenamiento.

La segunda figura suscita mayores problemas en cuanto que presupone el compromiso de no oponer ninguna de las excepciones que pudieran derivarse de la invalidez del negocio, cuya renuncia anticipada y genérica no puede admitirse si se realiza por el propio sujeto obligado. No cabe esta renuncia anticipada sin poder valorar las causas de nulidad de las cuales dimanar las excepciones a cuyo ejercicio previo se ha renunciado.

Sin embargo no parece existir obstáculo cuando el compromiso lo asume un tercero y consiste en prometer no ya la ejecución de un negocio inválido, sino la realización de los efectos que hubiera producido ese negocio inválido, y ello se produce a través

de otro negocio realizado al amparo del ejercicio de la autonomía privada, cuyo resultado que se pretende no es ilícito (ya que estaríamos en la hipótesis anterior). Lo que el ordenamiento prohíbe es que, mediante una cláusula a través de la que se renuncia hacer valer las excepciones, el negocio realice indirectamente los mismos efectos que un negocio válido, pero no existe prohibición para que se obtengan consecuencias idénticas derivadas de un negocio distinto. Como los mismos contratantes repitiendo el negocio podrían válidamente obtener la finalidad con un nuevo acto, así el tercero puede válidamente comprometerse mediante un nuevo acto de ejercicio de la autonomía privada a realizar las consecuencias que el negocio inválido no es idóneo para realizar.

Y si es válido el negocio con el que se promete el cumplimiento del tercero de un negocio inválido y si tal negocio se configura como promesa del hecho de un tercero, lo mismo habrá de decirse para el caso en que se promete la ejecución de una prestación diversa o mayor que la debida, porque en ambos casos se asegura un hecho no debido por otro. Y si la promesa es válida en el primer caso en que la prestación no es debida, con mayor razón lo será en el segundo, en el cual la prestación es debida, aunque sólo en parte.

Partiendo de lo expuesto, considera Segni (194), que ninguna objeción preliminar se opone al reconocimiento en este tipo de cartas de patrocinio de una promesa del hecho del tercero e incluso a favor de esta configuración aparece el tenor literal de dicha declaración, no como argumento decisivo, pero sí como argumento particularmente significativo. Así no sólo se utilizan las expresiones que recuerdan a la promesa del hecho del tercero, sino que se evitan las normales fórmulas de la fianza, de manera que el valor literal de la declaración parece importante no tanto por lo que se expresa, sino por lo que parece excluir.

Existe otro elemento calificador de la especie y es la

particular relacion existente entre el promitente y la sociedad por la cual se promete el pago. Al existir entre ambos una relación de sociedad matriz a sociedad controlada y cuando la primera tiene sustanciales poderes de control sobre la segunda, de tal manera que los actos y decisiones de ésta son sustancialmente reconducibles a la voluntad de la otra, la obligación asumida por la primera de asegurar un cierto comportamiento de aquélla adquiere un contenido particularmente amplio y mucho más cuando el hecho prometido consiste en la ejecución de una obligación. Por ello, incluso en armonía con el principio de interpretación del contrato según la buena fe, se puede decir que la obligación de hacer cumplir asumida por el "socio soberano" comprende no solo la mera ejecución de la obligación de la sociedad, sino todo el comportamiento de ésta en las relaciones con el acreedor.

El compromiso de la sociedad de control no sólo es asegurar el cumplimiento de la sociedad controlada, sino también la garantía de la observancia por parte de ésta de cualquier otra obligación conectada con el débito principal. En primer término aparece el deber de comportamiento según buena fe en la ejecución de la relación y en segundo lugar cualquier otro compromiso asumido por la sociedad controlada, dependiente de la concesión del crédito por parte de la banca; extendiéndose a la observancia de tales deberes, la responsabilidad de la declaración de patrocinio resulta más compleja que la del fiador.

Existen varias hipótesis en las que mas allá del cumplimiento del débito por parte de la controlada, se concreta la responsabilidad de la sociedad de control. Es el caso por ejemplo de la sociedad filial que obtiene dolosamente una prórroga del crédito, el caso de la sociedad extranjera que conociendo la próxima entrada en vigor de normas que prohíben la restitución de las sumas acreditadas y que por tanto extinguen por imposibilidad sobrevenida la obligación, no comunica el hecho al acreedor u obtiene para ello un retraso en el

pago hasta un momento posterior en tal suceso, o incluso el caso de la culpa "in contrahendo" de la sociedad deudora.

Para Segni (199) la obligación derivada de la carta puede sintetizarse del siguiente modo : Se trata del compromiso de hacer respetar correctamente por la entidad controlada los acuerdos con la banca con independencia de su valor jurídico. El tenor literal de la declaración confirma esta afirmación, en su criterio, ya que asegurar que la sociedad filial hará frente en todo caso a los acuerdos asumidos hace pensar en un compromiso de hacer respetar las obligaciones de ésta, prescindiendo de su eficacia sobre el plano del derecho. La obligación de la sociedad madre, por lo tanto, no es accesoria respecto de la sociedad filial. No obstante, dadas las características de las relaciones bancarias serán pocas las hipótesis en las que puede configurarse una responsabilidad de la sociedad matriz pese a la invalidez de la obligación de la sociedad filial. La hipótesis en la cual podría pensarse en primer término, el defecto de forma, tiene escasa aplicación, si se tiene en cuenta la libertad de forma de los contratos bancarios. Por supuesto, han de excluirse también aquellas causas de nulidad que implican oposición a normas imperativas, pues como ya se señala con anterioridad, no cabe que se entienda subsistente un compromiso válido en este caso.

El único supuesto que parece quedar es el de conclusión del contrato bancario por parte de la sociedad filial interviniendo por ella una persona que carezca de los necesarios poderes de representación. Y aquí cabría distinguir dos supuestos: Cuando la sociedad matriz al emitir la carta de patrocinio conozca la falta de poderes de aquél que hubiera concluido el negocio a nombre de la sociedad filial. Ante la inexistencia de requisitos formales, parece claro que la obligación de hacer cumplir al tercero una obligación asumida por un "falsus procurator" lleva implícita la de hacer ratificar el negocio mismo, ya que precisamente por la falta de requisitos formales, la ejecución implica ratificación. Esta

conclusión es válida también para aquellos otros supuestos en los que la sociedad matriz ignora la falta de poderes del pseudorepresentante de la sociedad filial, ya que el socio soberano que se ha comprometido a procurar el cumplimiento por parte de la sociedad, ha dado su asentimiento a la operación económica recogida en el contrato concluido por el representante sin poderes. Sería contrario a la buena fe, en sentido objetivo, el comportamiento de la sociedad matriz en situación de socio soberano que, después de haber dado su propio asentimiento al contrato que la sociedad habría de cumplir y después de haber asegurado al acreedor el actual cumplimiento de las obligaciones asumidas con tal negocio, consintiera a los administradores de la sociedad que ella misma controla, que opusieran al acreedor la falta de poderes de representación.

La situación de socio soberano no desvirtúa la consideración de este tipo de declaraciones como una promesa del hecho del tercero. Si partimos, como hace Segni de que la sociedad matriz tiene el control incondicionado de la sociedad filial, pudiera argumentarse que la promesa no es tanto de un hecho ajeno como de un hecho propio. Sin embargo, aunque el socio soberano tiene el control sustancial de la sociedad, no tiene los instrumentos jurídicos para imponer su voluntad a los administradores, con lo que el hecho del tercero prometido no es una consecuencia meramente automática de su comportamiento. Es un acto que está, generalmente, en condiciones de procurar usando su propia influencia, pero no está en condiciones de determinarlo perfectamente, con lo que se está en el ámbito propio de la promesa del hecho de otro, en la cual, a los fines de valoración de la responsabilidad de lo obligado, es relevante solo el hecho del tercero y no el comportamiento del deudor. Incluso en ese caso el promitente asume una responsabilidad por actos que pueden ser independientes de sus propias posibilidades. Si bien es normal que el socio mayoritario esté en grado de disponer de la sociedad, no es menos cierto que dentro del fenómeno de las "holding" existen aspectos heterogéneos que presentan casos diversos de socios soberanos

que no pueden obtener fácilmente la observancia de sus propias directrices por los administradores. Par Segni, en conclusión, al prometer el hecho de la subsidiaria, la sociedad matriz asume, como en cualquier promesa del hecho del tercero, el riesgo de eventos no imputables a el y precisamente en este caso el riesgo de no lograr obtener de los administradores de la sociedad controlada la ejecución del hecho prometido.

Partiendo de la configuración de la declaración que nos ocupa como promesa del hecho de un tercero, la autonomía de la obligación del promitente no comporta sólo su validez en el caso de invalidez de la del tercero (sociedad filial), sino que también incide sobre su determinación. Ello es relevante en la hipótesis en la que el contenido de la obligación de la controlada no coincide con la de la sociedad matriz.

Esta hipótesis aparece como posible, pues es cierto que habitualmente la carta de patrocinio no hace referencia a las condiciones de la operación crediticia concedida a la subsidiaria. Cabría pensar que el contenido debe ser idéntico, precisamente porque en la declaración de patrocinio no hay referencia específica a tal obligación sino remisión al negocio celebrado entre el banco y la acreditada. Sin embargo no es menos cierto que, en ocasiones las condiciones del crédito han sido pactadas y determinadas con la sociedad matriz y, aunque no se recoja el contenido de tal obligación en la carta de patrocinio, el banco podrá acreditar aquella específica intervención de la matriz con otros medios de prueba. En este caso, cuando la verdadera contratación se ha efectuado por la sociedad matriz y la sociedad subsidiaria debe adecuarse a sus decisiones, el negocio de la sociedad filial, es decir el crédito o préstamo, es el que debe ser interpretado en armonía con el negocio estipulado por la sociedad matriz.

Puede suceder que la relación entre la sociedad matriz



y la banca tenga condiciones más o menos onerosas que la relación entre la banca y la sociedad filial o que la divergencia pueda resultar del error padecido en alguno de los dos contratos, o por ser las sociedades de nacionalidad diversa, solo en uno de los convenios se insertan cláusulas determinadas por el uso. Cualquiera que sea la diversidad entre las dos obligaciones, la autonomía entre las mismas hace que la sociedad matriz deba cumplir su obligación en la forma establecida sin referencia a la relación que la banca mantiene con la sociedad subsidiaria.

En cuanto a los eventos posteriores a la estipulación del contrato, han de tener en cuenta que la sociedad matriz asegura la ejecución no de la mera obligación de restitución, sino de la relación íntegra que liga a la filial con la banca. Si se produjera novación la obligación de la sociedad matriz se transfiere a las nuevas obligaciones derivadas de dicha novación.

Por lo que respecta a la imposibilidad sobrevenida, teniendo en cuenta que se trata de una obligación pecuniaria, la en el criterio del citado autor, no puede derivarse sino del "factum principis". En este sentido, puede plantearse fácilmente el supuesto de apertura de crédito acordada por la banca a una sociedad extranjera y que una ley del Estado a que esta última pertenece prohíba el pago a sujetos de diversa nacionalidad. Podrá pensarse que la imposibilidad sobrevenida que extinga la relación entera comporta también la extinción de la obligación de la sociedad matriz pero, incluso el ejemplo propuesto sugiere que, en muchos casos, será preferible la solución opuesta. A menudo la carta de patrocinio se establece para prevenir al banco de una eventualidad de este género, pues tratándose de una garantía a sociedad de diversa nacionalidad el banco quiere asegurarse probablemente en primer lugar contra este tipo de eventos. Y así, el recurso a la carta de patrocinio se explica como un recurso de más amplio contenido y posibilidades que una fianza. Esta conclusión no puede ser aplicada en todos los casos, sino que habrá de

ser valorada en cada uno de ellos sobre la base de la interpretación de la voluntad de los contratantes.

Por último, por lo que respecta a la quiebra de la sociedad controlada, sin perjuicio de reconocer la existencia de una opinión doctrinal según la cual la promesa del hecho se extingue por la quiebra de éste, considera Segni que, en la medida en que la carta de patrocinio contiene el aseguramiento, antes que del pago, de la solvencia del deudor, la responsabilidad del promitente revive porque la promesa tiene por objeto la ejecución del negocio por parte del tercero y, por tanto, retoma su valor cuando tal ejecución aparezca posteriormente imposible.

Por su parte Mazzoni (196) ha criticado la concepción que identifica con la fianza aquellas declaraciones de patrocinio que contienen la promesa del cumplimiento regular por parte de la sociedad controlada. La afirmación del carácter de fianza de la promesa se apoya sobre la afirmación de la identidad de contenido entre la obligación de la sociedad matriz y la obligación de la controlada.

Recuerda este autor que la jurisprudencia ha afirmado, significativamente, al hablar de la fianza, que el fiador se obliga a realizar la prestación como si fuera el deudor principal en el caso de que este último no cumpla. El espíritu de las declaraciones de patrocinio, por un lado, y la existencia de una relación social estrecha entre la sociedad matriz y la sociedad controlada inducen a atribuir a la promesa, precisamente, ese contenido que la jurisprudencia ha excluido de la obligación de fianza e induce a interpretar la promesa en el sentido de dar relieve, no solo a la última obligación de pago, sino a toda la precedente actividad de intervención, vigilancia, auxilio financiero o de otro tipo que la sociedad matriz esté obligada a desarrollar en el periodo que va desde la asunción de la obligación hasta el momento del pago.

Así configurada la obligación de la sociedad matriz aparece como susceptible de ser valorada mediante el criterio de la corrección. Ello significa someter a tal valoración potencialmente a tal valoración, una gama amplísima de comportamientos de acción u omisión que deben ser observados por la sociedad matriz durante todo el tiempo en que está pendiente la relación del crédito y que probablemente serían menos evidentes o podrían darse en una escala muy reducida si la obligación quedara asimilada a la del fiador. Con ello se logra una interpretación más coherente con una de las motivaciones fundamentales que, presumiblemente, han influido sobre la decisión de recurrir a la declaración de patrocinio. Este contenido específico es el que el banco, probablemente, ha tenido en cuenta para compensar los inconvenientes que presenta la declaración de patrocinio frente a una fianza, por la menor claridad y expeditividad de aquélla frente a ésta. Así, la obligación de la sociedad matriz tiene un contenido más amplio y, en parte, no homogéneo, respecto a la paralela obligación de la sociedad controlada.

Por último, es necesario determinar si la promesa de la sociedad matriz tiene carácter accesorio, es decir, en la práctica si la sociedad matriz puede utilizar las eventuales excepciones que la sociedad controlada pueda legítimamente hacer valer para evitar el pago. El problema, según Mazzoni (197), debe resolverse caso por caso según la explícita o la presumible voluntad de las partes. Aunque parezca razonable no deducir de la promesa un intento de la sociedad matriz de permanecer obligada al pago aunque la sociedad controlada pueda legítimamente rehusarlo, lo cierto es que se producirá un efecto común con la fianza, por razón de la accesoriedad, pero no una identificación total entre ambas figuras. Así puede considerarse la declaración de patrocinio de referencia como una figura atípica, que integra, entre otros aspectos, efectos que son característicos de la fianza.

Para Mazzoni hay dos consideraciones de importancia en

la materia : primer lugar, en una carta de patrocinio la sociedad matriz puede asumir compromisos de garantía autónomos y no reconducibles a la promesa del hecho de un tercero. En este sentido cita como ejemplo característico la asunción por parte de la sociedad matriz del eventual riesgo de cambio inherente al negocio de concesión del crédito. Si la banca no puede o no quiere cubrirse del riesgo de cambio directamente en el contrato con la sociedad controlada la declaración de patrocinio de la sociedad matriz puede ser utilizada para garantizar, no sólo el cumplimiento de la sociedad filial, sino también el elemento ulterior de la operación constituido por el riesgo de cambio. Aunque la promesa está ligada funcionalmente al negocio de crédito y representa, en sentido amplio, una garantía, no presenta el carácter de accesoriedad de la fianza, ni puede ser reconducida a la promesa del hecho de un tercero. Por definición, la sociedad matriz no promete que el tercero (la filial) pagará el importe compensatorio eventualmente debido por la realización del riesgo de cambio. Existe así, una especie contractual atípica de garantía cuya ligazón funcional con el negocio de crédito puede describirse en términos de complementariedad más que en términos de accesoriedad en la acepción del término propio en la fianza (198).

En segundo lugar, afronta el profesor italiano la crítica expuesta por algunos autores que entienden que no es lógico que la declaración de patrocinio, nacida probablemente como un acuerdo entre caballeros y para evitar la garantía formal de la fianza, pueda determinar para la sociedad matriz obligaciones más intensas o más amplias que las derivadas de una fianza normal. Sin embargo, nada impide que un instrumento atípico creado en la práctica se enriquezca con nuevos contenidos obligatorios, incluso más allá de los propios de las figuras típicas. El problema, en definitiva, se resuelve caso por caso, bajo la gafa de los principios generales de la autonomía de la voluntad y de la interpretación de las declaraciones atípicas, cuyo argumento sugiere una específica consideración para este autor. El carácter central de la fianza como figura principal de las garantías

personales en el ordenamiento jurídico italiano induce a menudo a concebir y reconstruir el contenido de todos los contratos de garantía, incluso los atípicos, bajo la luz de las reglas y principios dictados para la fianza. En esta continua apelación a la normativa de la fianza como punto fijo de valoración, quizá no se advierte suficientemente que la disciplina actual de la institución se inspira en múltiples puntos en una filosofía de protección del garante (principio de accesoriedad, art. 1939, ineficacia del pacto "*in diuorem causam*", art. 1941, hipótesis de liberación del fiador, art. 1955, 1956 y 1957 del Código Civile) cuya protección está basada en un determinado modelo social, el del garante amigo del deudor principal, que interviene, no para satisfacer un interés propio, sino para satisfacer un interés del acreedor y mediatamente el del deudor garantizado. Se pregunta, hasta que punto estas claves reestructurativas deducidas de la disciplina de la fianza son utilizables para interpretar y calificar los contratos atípicos de garantía del crédito, en los cuales, el sujeto principalmente interesado en la operación de crédito es el mismo que asume después la función de garante. En estas situaciones no se ve porque el garante y el ente financiador, no pueden acordar, dentro de amplios poderes consagrados por el principio de la autonomía de la voluntad, una regulación contractual que descargue sobre el garante unos determinados riesgos o que imponga obligaciones más amplias o más intensas que aquellas que incumben al fiador común. Y es, no sólo explicable, sino absolutamente congruente con las peculiares características de la relación de patrocinio interpretar ciertas declaraciones de la sociedad matriz en este sentido que ha quedado expuesto (199).

Por su parte, Di Giovanni (200) al plantearse la juridicidad de la promesa de la sociedad matriz en relación con su función de garantía, critica la adscripción de las promesas que venimos comentando a figuras típicas y señaladamente la tesis sustentada por Segni ya expuesta, según la cual en aquellos casos en los que promete el hecho material del pago, nos encontramos ante la

promesa del hecho del tercero, cuya construcción, para Di Giovanni no es inexacta sino inidónea.

Tras señalar que, en ocasiones, no puede excluirse la hipótesis de que las declaraciones contenidas en una carta de patrocinio supongan una verdadera y propia fianza, constituyendo entonces las que se han denominado falsas declaraciones de patrocinio, centra su atención en aquellas declaraciones en las que la sociedad matriz asegura no el cumplimiento de la sociedad controlada, sino el hecho material del pago, prometiendo que la sociedad controlada pagará en todo caso o cuando se promete al banco el resarcimiento de los daños que hubiese sufrido como consecuencia de la insatisfacción del crédito en las relaciones con la sociedad controlada (200).

Sin embargo, tal argumentación, aparece para el autor como correcta en sus premisas, pero solo acogible en parte en cuanto a las conclusiones. En primer término, porque esta doctrina se basa en la alternativa rígida entre accesoriedad y no accesoriedad de la promesa respecto a la obligación que grava al tercero. Una vez excluido que el promitente haya asumido una obligación análoga por su objeto y contenido a la del tercero y que el promisorio haya adquirido un derecho de crédito actual y exigible en sus mismos límites, no por ello, "ipso facto", queda excluida la existencia de un cierto nexo de dependencia y de una, en cierto modo, mínima accesoriedad entre la promesa y la obligación del tercero. En el caso de garantía personal no accesoria contenida en el supuesto de declaración de patrocinio, con la cual se compromete el hecho material por parte de la sociedad controlada, la referencia a la figura de la promesa del hecho del tercero, no tiene en cuenta la importancia que asume la existencia de la relación de "valuta" entre el promisorio y el tercero como presupuesto y fundamento de la promesa.

La promesa de que el tercero actuará de conformidad con el comportamiento al que se ha obligado, tiene en cuenta su

significado exclusivamente en la preexistencia lógica y/o cronológica de una relación jurídica obligatoria entre tercero y promisario, a cuya luz ese comportamiento resulta debido por el tercero al promisario. Esta "relatio" con una obligación precedente es necesaria y suficiente para caracterizar la promesa como garantía personal, pero también es necesaria y suficiente para justificar la juridicidad de esta, proporcionándole la razón de ser en el plano jurídico.

Si se excluye esa relación entre la promesa y el vínculo obligatorio preexistente entre tercero y promisario, se concluye necesariamente por hacer abstracción de la función que la justifica y que le atribuye significación jurídica. Y ello no se supera con el mero reclamo a una figura codificada como la promesa del hecho de un tercero, porque la promesa del hecho de un tercero no es una figura que exprese por sí, una propia función o un peculiar significado jurídico, sino que la figura presenta una suerte de neutralidad o indiferencia funcional. Por tanto, la comparación entre las dos figuras (fianza y promesa del hecho de un tercero) tiene un obstáculo de orden lógico y es la imposibilidad de confrontar entidades individualizadas según criterios no homogéneos. Mientras que la fianza se caracteriza por la promesa que el derecho toma en consideración por su peculiar función de garantía idónea, también para evidenciar la razón de ser del vínculo asumido por el promitente, la promesa del hecho del tercero se caracteriza solo por la particularidad que el resultado que satisface el interés del promisario, consiste en un comportamiento no del promitente sino de un tercero y por lo tanto, con un carácter no funcional o finalista, sino meramente estructural, de donde se deduce que no podrá hablarse de una función propia de la promesa del hecho del tercero en sí y por sí considerada, sino de la función de concretos negocios que asumen el contenido de la promesa del hecho de un tercero y no podrá individualizarse en la figura en sí misma, el fundamento de la relevancia jurídica de la promesa, sino solo la existencia de una adecuada justificación causal de ella.

Fianza y promesa del hecho del tercero no son figuras alternativas, identificables en dependencia de la diversa naturaleza que asume el hecho del tercero en la consideración del promitente y del promisorio, sino que son figuras que se individualizan en planos diversos porque están definidas según diversos criterios. (202).

La crítica de Di Giovanni no se refiere solo a la construcción de la figura como estipulación o promesa del hecho ajeno en cuanto al fundamento jurídico de la institución, sino también a su eficacia. (202). En efecto, el estrecho ligamen entre la promesa y la relación fundamental garantizada, no sólo se pone de relieve a efectos de determinar el fundamento causal del acto, sino que también desarrolla sus efectos sobre las vicisitudes de la relación de garantía, a pesar de la aparente independencia de estas vicisitudes.

La reconducción de las hipótesis examinadas a la figura de la promesa del hecho de un tercero, significa que el garante responderá por el mero hecho de la falta de pago por parte del deudor principal, sin que puedan utilizarse excepciones que afectan a la relación garantizada y que hagan no debido o no exigible el pago. Sin embargo no explica que las excepciones oponibles por el garante no dependan, en todo caso, por lo menos en parte, de la obligación de este último, pues, puede perfectamente pensarse la oponibilidad por parte del garante de una excepción idónea para paralizar la pretensión del promisorio. En general, respecto del contrato autónomo de garantía, se afirma que, cuando resulte la prueba de que la pretensión del acreedor respecto del garante sea abusiva o fraudulenta (por ejemplo, en el caso de dolo o de colusión entre el acreedor y el deudor principal), el garante podrá oponer excepciones concernientes a la invalidez o a la inexistencia de la relación de "valuta" a través de la "exceptio doli" (204). Esta tendencia demuestra que el vínculo asumido por el garante, incluso aunque no se presente con los caracteres de accesoriedad y subsidiariedad respecto a la relación garantizada, encuentra en esta relación, no solo su fundamento y



justificación, sino, a veces, incluso sus límites, debiéndose admitir en algunos supuestos la oponibilidad de excepciones que afectan a la relación de "valuta".

En el caso de las declaraciones de patrocinio la relación entre el vínculo que afecta al garante y la relación fundamental determina una influencia que en cierta medida condiciona la propia operatividad de la relación de garantía. El garante podrá oponer al acreedor excepciones fundadas sobre la ilicitud del contrato del cual surge la relación garantizada y ello, no solo por aplicación del Art. 1462 del Código Civile sobre invalidez de la renuncia anticipada a la utilización de excepciones, (pues ello en cierto modo sería otra vez asumir criterios que afectan a la regulación de la fianza y no de otras figuras específicas), sino como un efecto natural del negocio a la luz de su propio contenido, de tal manera, que, aún cuando se negara la invocabilidad del artículo citado, en todo caso el promitente podría oponer al acreedor la ilicitud del contrato, porque tal ilicitud haría desaparecer el fundamento externo sobre el que se basa la promesa y por lo tanto esta promesa quedaría desprovista de justa causa. La ilicitud de la relación fundamental comporta que también la causa del contrato de garantía sea ilícita. De igual manera, la simulación absoluta del contrato o la inexistencia de dicho contrato que ha dado vida a la relación fundamental serían igualmente oponibles por el garante. En resumen, la efectiva existencia de la relación de "valuta" no es solo el presupuesto en consideración del cual el autor de la carta de patrocinio asume su propio compromiso, sino que tal existencia parece condicionar la eficacia del compromiso. (205).

Puede afirmarse en conclusión que las siempre nuevas y cambiantes manifestaciones de la autonomía contractual entre las partes, exigen al intérprete según Di Giovanni un esfuerzo de interpretación que va más allá de la simple adaptación de figuras tradicionales, sin perjuicio de que no pueda renunciarse a las ventajas que una técnica semejante puede aportar y sin perjuicio

tambien de mantener un sólido apoyo con los instrumentos de averiguación experimentados con éxito por la tradición.(206).

A la vista de cuanto queda expuesto, pueden establecerse algunas conclusiones sobre el tipo de declaración de patrocinio que aquí examinamos. En primer término, habrán de distinguirse estas declaraciones de aquellas que la doctrina ha denominado falsas declaraciones de patrocinio. En las primeras, como ya hemos señalado, nos encontramos ante figuras jurídicas específicas ya recogidas en la legislación -como el caso de la fianza entre nosotros- o ya recogidas en legislación extranjeras o en todo caso por la doctrina y jurisprudencia, como la promesa del hecho de un tercero o las garantías a primer requerimiento, etc. Será una labor interpretativa, caso por caso, la que determine la inclusión de una declaración de patrocinio en este grupo, que no comparte con tales declaraciones sino el aspecto formal, el vehículo en el que tales figuras jurídicas aparecen. Una vez determinada por la interpretación la existencia de tales figuras jurídicas en la declaración de patrocinio, serán de aplicación las normas que integran el régimen jurídico de las repetidas figuras acuñadas por el ordenamiento.

Cuando, por el contrario, la interpretación de las cláusulas nos lleva al convencimiento de que nos encontramos ante una verdadera declaración de patrocinio, las figuras jurídicas acuñadas pueden servirnos de ayuda, incluso por vía de analogía, para la determinación de los efectos correspondientes, pero sin perder de vista las especiales características que presentan las declaraciones de patrocinio que venimos estudiando. En estos supuestos y sin menoscabo del aspecto auxiliar de las figuras tradicionales o típicas, es preciso huir del encasillamiento y por el contrario destacar las particularidades específicas de las figuras contempladas.

Para la determinación de los efectos jurídicos hay que partir de una consideración previa : Los interesados podían haber

utilizado fórmulas acuñadas por el ordenamiento, y han huido de ellas, sin duda, porque pretenden una regulación de sus intereses en forma distinta. Esta intención, estos intereses específicos que pueden obtenerse, han de ser la primera guía para la determinación de los efectos de tales declaraciones de patrocinio.

Otro aspecto de importancia es la específica relación que existe entre el garante -tomamos la palabra en el sentido amplio- y el garantizado. En los casos que examinamos existe entre ellos una específica relación que se enmarca normalmente en el fenómeno conocido como grupo de sociedades; esta especial relación indudablemente también se incluye en la eficacia jurídica de la declaración.

La distinción apuntada por Segni entre declaraciones que prometen el cumplimiento de la obligación por parte de la controlada y declaraciones que prometen el mero hecho del pago, basada en la mayor o menor accesoria de la garantía frente a la relación entre el banco garantizado, es, en principio, válida, pero en nuestro criterio, no nos encontramos ante una distinción rígida, de tal manera que en el primer tipo nos encontraríamos con una garantía acesoria y en el segundo se trataría de una garantía abstracta; parece obligado, por ello, un cierto grado de matización. En todo caso, es rechazable la absoluta equiparación de la primera a la fianza y de la segunda a la promesa del hecho del tercero.

Cabe señalar, como premisa, que la fianza no supone una garantía totalmente accesoria respecto de la obligación del afianzado, pues existen supuestos en los que la fianza surte su efecto pese a la posible ineficacia de la relación afianzada. Dicho criterio aparece recogido no sólo en opiniones doctrinales acerca del posible afianzamiento de obligaciones naturales o de obligaciones prescritas, sino incluso en el propio Código Civil, concretamente en el párrafo segundo del Art. 1824. Conforme al mismo puede, no obstante, recaer la fianza sobre una obligación cuya nulidad pueda ser reclamada a virtud

de una excepción púramente personal del obligado como la de menor edad. Se ofrece aquí, incluso por vía legislativa, un ejemplo de fianza válida pese a la ineficacia de la obligación principal. Con ello, ya puede establecerse que no es exacto decir que la fianza comporta una rigurosa accesoriedad. De igual manera, tampoco puede predicarse el absoluto y riguroso carácter abstracto en la promesa del hecho de un tercero o en las garantías a primer requerimiento, pues en nuestra exposición anterior ya hemos visto como el fiador podrá utilizar la "exceptio doli". Ello sucederá por ejemplo, en aquél supuesto de connivencia entre el afianzado y el beneficiario de la fianza contra el propio fiador e incluso en otros supuestos sin llegar a este caso extremo.

En conclusión, no puede admitirse la radical distinción según la cual la declaración de patrocinio con el compromiso que la sociedad controlada pagará, supone la absoluta accesoriedad y que aquella declaración comprometiéndose al hecho material del pago es una promesa del hecho de un tercero y supone absoluta abstracción.

Tampoco puede identificarse la primera de las declaraciones contempladas con la fianza, no solo por lo ya apuntado hasta este momento, sino también porque en esa promesa contenida en la declaración de patrocinio existe una mayor extensión que en una fianza típica. Como pone de relieve Mazzoni, las obligaciones nacidas de una declaración de tal naturaleza se producen, no sólo en el momento del pago, sino también a lo largo de la vida del crédito que se garantiza. En definitiva, la obligación nacida de la declaración de patrocinio, por virtud de la cual la sociedad matriz se compromete a que la sociedad filial pagará, no es una fianza ya que tiene un contenido más amplio que el de ésta, ni tampoco tiene por sí un carácter absolutamente accesorio (lo que como hemos visto, tampoco es inherente con la fianza).

En cuanto a la identificación de la segunda promesa como

una promesa del hecho del tercero, no parece exacto, según lo expuesto. Pero tampoco útil, y ello, no sólo porque en nuestro Derecho esta figura carece de reconocimiento legislativo que tiene en otros ordenamientos (y que incluso tenía en el proyecto del Código Civil), sino porque la misma figura tiene en la doctrina y jurisprudencia extranjera unos contornos no bien definidos. Además en ella no se tienen en cuenta las peculiaridades de las declaraciones que estamos contemplando. En todo caso en las declaraciones de patrocinio en las que se promete el hecho material del pago, podríamos encontrarnos ante un negocio atípico, que participa -y esto es innegable- de características y elementos comunes con la promesa del hecho de un tercero.

No obstante lo expuesto, puede afirmarse que en la primera de las declaraciones contempladas se aprecia una mayor accesoriedad y por tanto una mayor posibilidad para la empresa matriz de invocar las excepciones que corresponden a la relación garantizada. En la segunda, por el contrario percibimos una mayor abstracción y consiguientemente una menor posibilidad de invocar tales excepciones. Pensemos en un supuesto concreto: La sociedad matriz conoce que el préstamo con el banco se ha suscrito por alguien que carece de poderes en la sociedad filial. En nuestro criterio, la sociedad matriz habrá de cumplir no sólo si emite una declaración de patrocinio del segundo tipo, esto es, comprometiéndose al hecho material del pago, sino también aún en el caso de que emitiera una declaración del primer tipo y a pesar de que pudiera ser discutible la validez de la obligación garantizada.

Sin embargo en otros casos la distinción puede tener importancia, pensemos en una declaración de crédito prohibida en el país común al banco y a la sociedad filial, pero permitida según la legislación que afecta a la sociedad matriz. En este supuesto la sociedad matriz quedaría liberada si se ha comprometido al cumplimiento por parte de la filial y por el contrario quedaría

vinculada si se ha comprometido al hecho material del pago.

Ello nos lleva a señalar que el criterio no debe encontrarse en la adscripción a figuras jurídicas acuñadas, sino por el contrario a las circunstancias de cada caso, a la interpretación concreta de las partes y a los intereses concretos y específicos que tratan de salvaguardarse a través de la emisión de una carta de patrocinio, teniendo siempre en cuenta la relación que existe entre el garante y el garantizado.

Respecto de estas declaraciones podemos sintetizar lo siguiente :

a) .- Es necesario distinguir entre declaraciones de patrocinio verdaderas y falsas; estas últimas serán fianzas, garantías a primer requerimiento, etc. pero no auténticas declaraciones de patrocinio.

b) .- Las verdaderas, no pueden ser asimiladas a figuras típicas, de las que se distingan en la intención de los interesados y por razones objetivas. No obstante, su mayor proximidad o parentesco con alguna figura típica ha de servir para, tras la oportuna interpretación y manteniendo sus peculiares efectos fundamentales, suplir los vacíos legislativos a través de la analogía.

c) .- Pueden distinguirse aquellas declaracioness de patrocinio comprometiéndose a que la controlada cumplirá, y aquellas en las que se obliga el emisor al hecho material del pago. Las primeras guardan mayor parentesco con la fianza y las segundas con la promesa del hecho de un tercero, sin que, sin embargo puedan identificarse con tales figuras. Congruentemente, en las primeras existe una mayor accesoriidad o relación con el crédito que se concede a la filial, mientras que las segundas figuran con mayor abstracción, sin que tampoco, este carácter accesorio o abstracto, pueda predicarse

con carácter absoluto. Habrá que examinar, en consecuencia, el contenido de las declaraciones, caso por caso, destacando siempre la relación entre el garante y el garantizado.

NOTAS AL CAPITULO TERCERO

(100) Todos los autores que han estudiado el tema se refieren de un modo u otro a esta función de garantía, adjetivándola como garantía típica, Prosperi lettere de patronage e mendacio bancario en B.B.T.C. 1979, Pág. 178. Deli-Giardina Le lettere de patronage, cit. "las carta de patrocinio constituye comunmente una solución alternativa a las formas típicas de la garantía ordinaria, con las cuales un sujeto garantiza a un banco el buen fin de una o más operaciones crediticias", Segni, titula su artículo ya citado, "la carta de patrocinio como garantía personal impropia"; López Uriel titula su artículo cit. RFDUC "Las declaraciones de patrocinio y su función de garantía". Valenzuela, en "la seriedad de las llamadas cartas de patrocinio", nos dice en la pág. 419 que la ubicación más adecuada y convincente de la figura de la carta de patrocinio es la que la sitúa en el ámbito de las garantías personales "atípicas".

(101) La inmensa mayoría de la doctrina ha establecido comparaciones entre las formas de garantía típicas y las atípicas, en unos casos para identificarlas, como veremos, con la fianza o con la promesa del hecho del tercero o con el mandato de crédito, y más frecuentemente para distinguirlas. Así, Atti, Patronage e Gruppi cit. pág. 923, "en el estudio del patrocinio no se debe perder de vista la característica básica de esta figura, es decir, la finalidad de evitar formas de garantía codificadas que constituyen la razón de su nacimiento". En nuestra doctrina, Justino Duque, las cartas de patrocinio cit. considera que puede aceptarse el encuadramiento de las cartas de patrocinio en el gran apartado de las garantías personales y señala que existe diferencia básica entre la fianza tradicional y la garantía ofrecida por la carta de patrocinio; Sánchez Guilarte, Valor jurídico de la carta cit. págs. 880 y siguientes,



compara las cartas de patrocinio con la fianza, la promesa del hecho de un tercero, el contrato a cargo de un tercero y el mandato de crédito; Aramendía Gurrea, La carta de confort, cit.. pág. 795, se refiere a la relación de la carta con la fianza, estableciendo las similitudes y diferencias. Ciertamente algunos autores han excluido esta función de garantía en las declaraciones de patrocinio meramente declarativas, pero aún en estas subsiste una genérica finalidad de garantía entendida en el sentido de "confortar" a la entidad bancaria acerca del cumplimiento por parte de la filial con la facilidad crediticia que se le concede.

(102) Roca Sastre y Puig Brutau, Responsabilidad por débito ajeno, Madrid 1948.

(103) Dejamos fuera de nuestro estudio concreto el seguro de crédito y el seguro de caución, ya que en los mismos, el garante es siempre una entidad aseguradora, lo que permite una clara distinción con las declaraciones de patrocinio, aún cuando desempeñen también una función de garantía. Y ello tanto el seguro de crédito, en virtud del cual el acreedor se asegura contra la insolvencia de sus deudores por los créditos derivados de su actividad, como el seguro de caución, por el que se garantiza el cumplimiento de una obligación del tomador, añadiendo un nuevo deudor al asegurador que se obliga solidariamente con el deudor inicial. Pese a su naturaleza semejante a la fianza, puesta de manifiesta por Embid Irujo, J.M. El seguro de caución: Régimen jurídico convencional y naturaleza jurídica. La Ley, nº 1986 nº 1950 "parece indudable considerar que la causa del seguro de caución se identifica con la de la fianza.... la concepción de la figura como subtipo innominado de la fianza.... debe aplicarse la disciplina del contrato de seguro incluida por las partes en la póliza ... que no sean reconducibles al esquema negocial de la fianza. Pero en el bien entendido que la aplicación debe hacerse teniendo presente la finalidad de garantía -la causa de la fianza en suma- que el seguro de caución pretende conseguir". De igual manera en El seguro de

caución como garantía. Del mismo autor en N.E.F.C.G.M.F.. Recientemente el Tribunal Supremo se ha ocupado de las diferencias entre la fianza y el contrato de seguro de caución, en sentencia de 19 de Mayo de 1990. A su tenor, "la diferenciación entre el contrato de fianza y el contrato de seguro de caución, ya se considere este como una figura de seguro autónoma al modo que lo hace el Art. 68 L.C.S. de 8 de Octubre de 1990, ya se considere como una modalidad del seguro de crédito, presenta ciertas dificultades nacidas de la idéntica función de garantía que cumplen ambos contratos, no obstante lo cual la mayoría de la doctrina tanto civilista como mercantilista se pronuncia por su neta separación; así, mientras la fianza es un contrato por el cual el fiador se obliga a cumplir por el deudor principal en caso de incumplimiento de éste, en el seguro de caución el asegurador se obliga, no a cumplir por el deudor principal, sino a resarcir al acreedor de los daños y perjuicios que aquél incumplimiento le hubiera producido, de donde se desprende que para que el fiador resulta obligado a satisfacer la obligación por él contraída es bastante el incumplimiento del afianzado cuya posición asume, mientras que la obligación de resarcimiento asumida por el asegurador requiere, además de ese incumplimiento, que como consecuencia del mismo, se hayan causado daños y perjuicios al asegurado, y estas notas características de ambos contratos, aparte de otras como el carácter accesorio de la fianza frente al principal de la obligación del asegurador, se pone de manifiesto en las definiciones que de uno y otro contrato se dan en nuestros textos legales".

(104) Arias Ramos, Derecho romano, cit. pág. 662 y siguientes; García Garrido, Manuel Jesus, Derecho privado romano I Instituciones, Madrid. 1982, págs. 346 y siguientes.

(105) Volterra, Eduardo, Instituciones ....., cit., pág. 588 y siguientes.

(106) Sobre la fianza y en general sobre las figuras que

comentaremos, Guilarte Zapatero, Vicente, Comentarios al Código Civil y compilaciones forales dirigidos por Manuel Albaladejo, Tomo 23, Madrid 1979, págs. 1 y siguientes, y del mismo autor Notas sobre la fianza y su régimen en el Código Civil, R.D.P. 1975, pág. 891 y siguientes; Alventosa del Río, Josefina, La fianza: Ambito de responsabilidad, Granada 1988; Delgado Echevarría, J. La fianza en Elementos de derecho civil, Tomo II. Derecho de obligaciones, Volumen III, Contratos y quasi contrato; Pérez Alvarez, M.A. Solidaridad en la fianza Pamplona. 1985 y en Obras Generales, Albaladejo García, M. Derecho civil. Tomo II. Derecho de obligaciones, Volumen II Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales. Barcelona 1982; Diaz Picazo, Luis Fundamentos del derecho civil patrimonial. Madrid 1979. págs. 584 y siguientes; Castan Tobeñas, José, Derecho civil español y foral Tomo IV. Derecho de obligaciones, Las particulares relaciones obligatorias. Madrid. 1961, pág. 699 y siguientes.

(107) Pintó Ruiz, J.J. Deuda futura. Eficacia de la fianza-Comentario a la STS, de 24 de Octubre de 1.980, Actualidad jurídica, 1981, IV, pág. 56 a 59.

(108) En relación con el tema puede consultarse, Portale Giuseppe, Fideiussione e garantievertrag nella prassi bancaria, en Nuovi tipi contrattuali e tecniche di redazione nella pratica commerciale, al cuidado de Verrucoli, Milan 1979. pág. 3 y siguientes. De Simone, Genus fideiussione: la garanzia "automatica bancaria" en B.B.T.C. 1977; Heenen Les sûretés personnelles dans le droit bancaire belge en Les sûretés personnelles. Bruselas 1969. S.J. Bodin; Sanchez Guilarte, Proyecto de código para la práctica de garantías y fianzas a primera demanda (Comentarios al proyecto de la Cámara de Comercio Internacional de Comercio). R.D.B.B, 1984. págs 52 y siguientes; Echenique, R, Las garantías bancarias internacionales R.D.B.B. 1982, págs 47 y siguientes.

(109) Pellizzi, Voz "exceptio doli" en N.N.D.I. VI, Turín. 1960.

(110) Gullón Ballesteros, A, Curso de derecho civil. Contratos en especial, Madrid 1972, págs. 433 y siguientes; Roca Sastre y Puig Brutau Responsabilidad por débito.... cit. pág 189.

(111) Barbero, Sistema de derecho privado Traducción española, Buenos Aires 1967. Volumen III, págs. 274 y siguientes.

(112) Gullón Ballesteros, Antonio, La promesa del hecho ajeno A.D.C. 1964, I págs. 3 y siguientes; Stolfi, G., La promessa del fatto di un terzo, R.D.C. 1927. I págs. 203 a 221; Allara, Natura juidrica della obbligazione del fatto altrui, R.D.C. 1929, I, págs. 100 a 427; Scalfi, La promessa del fatto altrui, Instituto Editoriale Cisalpino. Milán-Varese. 1955 Stasi, Ma Cristina, Voz Promessa dell'obbligazione o del fatto del terzo, N.N.D.I. 1966. págs 69 y siguientes.

(113) Gullón Ballesteros, La promesa..., cit. págs. 8 y siguientes.

(114) Stasi, Ma Cristina, Promessa dell'obbligazioni.... etc cit, pág 73 y siguientes.

(115) Ennecerus, Kipp, y Wolf, Tratado de derecho civil, derecho de obligaciones. Barcelona 1961, pág 840 y siguientes; Robles Álvarez de Sotomayor, A. El mandato de crédito, en R.D.C.I. 1948. págs 531 a 547; Abbadesa, Pietro, Obbligo di far crédito, Enciclopedia del Diritto, Milán 1979, XXXI; Fragali Fideiussione, mandato di crédito en Commentario del Código Civile al cuidado de Scialoja y Branca, Libro IV. Bologna -Roma 1958, pág. 545; León Alonso, J. El mandato de crédito, R.D.P., 1982, pág. 1075 y siguientes.

(116) Arias Ramos, J., Derecho romano cit. Tomo II,

pág. 666.

(117) Sin embargo sí se recoge la figura en la Compilación de Derecho de Navarra, a los efectos de comentario puede consultarse, Salinas Quijada, F. Manual de Derecho Civil Navarro, Pamplona, 1980.

(118) Polo Comentario a la sentencia de 22 de Diciembre de 1.941, R.D.P. 1942, pág. 416.

(119) ob. cit. pág 844 y siguientes.

(120) Garrigues, Joaquin, Contratos bancarios, Madrid 1975, pág. 302.

(121) Para un detallado estudio de las distintas operaciones crediticias a las que puede referirse una declaración de patrocinio puede verse además de la citada obra Contratos Bancarios de Garrigues, Jimeno Tusset, J.J. Operaciones bancarias, Madrid, 1958 y Guzmán, Mayrata, Sánchez y Sechi, Aspectos jurídicos de las operaciones bancarias. 1981.

(122) Atti, Il patronage e il grupo di società...., cit. pág. 892; Segni, La letre de patronage comme garanzia ... cit, pág. 129; Coipel, Michel, L'aspect moral des lettres de patronage en Les lettres de patronage cit. pág. 28.

(123), Deli-Giardina, Le lettre di patronage, cit. pág. 285; Prosperi, O. Lettere di patronage e mendazio bancario, B.B.T.C. 1979, pág. 152; Mazzoni, Le lettere di patronage, cit.. pág. 172 y siguientes.

(124) Geigy-Werthemann, Die rechtliche Bedeutung Garantiëählicher Erklärungen von herrschenden Unternehmer in Konzern,

Basilea-Stuttgart, 1973, págs. 21 y siguientes. Esta opinion relativa al derecho suizo es compartida, en parte, por la doctrina alemana.

(125) Pouillet, Yves, La lettre de patronage et la reference au credit consenti en Les lettres de patronage cit, pag. 86.

(126) Pouillet, La lettre de patronage.... pág. 92.

(127) Pouillet, cit, pág. 96 y 97.

(128) López Uriel, Santiago, Comentarios a la sentencia de 16 de Marzo de 1985, C.C.J.C. Enero/Marzo, 1986, pág. 246 y siguientes.

(129) La doctrina italiana, considera que existe en este una una responsabilidad precontractual, así, Prosperi, Lettera di patronage...., cit. pág. 153 y siguientes; otros, como de Santis-Ricchiardone, Patronage e raccomandazione, R.C.D.P. 1983, pág. 411 y siguientes; Deli-Giardina, Le lettere de patronage, ct. pág. 286 mientras otros consideran que existe "culpa in contrahendo", o responsabilidad extracontractual, entendida según el momento de la entrega de la carta, así, Segni, en La lettre de patronage.... cit, pág. 135 y Prosperetti, Profili sistematici, pág. 78 y siguientes.

(130) Díez Picazo, Luis, Fundamentos del derecho civil...., cit, pág. 118.

(131) Quedarían excluidos de este supuesto todos aquellos casos en que la pérdida de las acciones se produce por causas ajenas a la voluntad de la sociedad, como expropiación, opa de un competidor, etc.

(132) En este sentido Gerth A. La lettre de patronage en droit allemand, estudio presentado en el coloquio de Bruselas

organizado por Feducci el 17 de Junio de 1983, pág. 35; Oberm-ller, Die Patronatserkl-rung en Z.G.R. 1975, pásg. 6.

(133) Es preciso tener en cuenta el criterio jurisprudencial sentado al respecto en las STS de 28 de Noviembre de 1967 y 4 de Marzo de 1979, según el cual, el ejercicio de la denuncia unilateral del contrato, no puede constituir abuso de derecho, ni traspasar los límites de la equidad y buena fe.

(134) Efectivamente el mismo principio de buena fe, permitirá considerar correcta la actuación de la matriz, cuando acredite, siendo razonable, que su silencio ha tenido por objeto evitar la pérdida de sus acciones o de su situación.

(135) El tema no es exclusivo, como ya hemos visto y veremos de este tipo de declaraciones, sino en general de las declaraciones contenidas en la carta de patrocinio. Aún cuando exista una declaración de contenido netamente jurídico, siempre surgirá el difícil problema de la causalidad, ya que una cosa es que la sociedad matriz incumpla alguna de las obligaciones que contrae a través de la carta de patrocinio y otra distinta es que ese incumplimiento acarree forzosamente el pago, pues este puede producirse incluso pese al eventual incumplimiento por parte de la sociedad matriz de aquellas obligaciones que asume en la carta. Esto que es predicable en varias de las declaraciones, lo es, de forma especial en la que ahora estamos estudiando; es claro que la sociedad matriz aducirá que, aunque se hubiera producido el preaviso, también se hubiera producido la transmisión de las acciones y el impago se hubiera producido asimismo de igual forma.

(136) Moreno Quesada, B. El vencimiento anticipado del crédito por alteración de sus garantías (Art. 1129-3 del C.C.), en A.D.C. XXIV-2, 1971, pág. 429.

(137) Pouillet, Yves, La lettre..... en Les lettres de patronage cit. pág. 116.

(138) Hemos mantenido la traducción literal del francés "apurar", ya que significa aquí algo distinto de "pagar" y también de "comprobar"; se trata de dejar a la filial en situación de solvencia para poder cumplir con las deudas en relación con el banco, como luego comentaremos.

(139) Pouillet. Obr. cit. pág. 117.

(140) En relación con las garantías bancarias puede consultarse entre otros, A.A.V.V. Le garanzie reali e personali nei contratti bancari, Milán, 1976 (Obra colectiva). García Luengo, M. Bernabé, Las pólizas de cobertura de riesgos de operaciones bancarias: Apreciaciones críticas en N.E.F.C.G.M.F.; Pérez Valenzuela, La póliza: La seguridad del crédito y la nueva normativa a la luz de las instituciones bancarias. R.G.D. 1984, pág. 2705; Wattier Le cautionnement bancaire, París, 1964.

(141) Castan, José Derecho civil español, común y foral, Tomo IV pág. 695, Madrid, 1961 "según la doctrina (Manresa, Pérez González y Alguer) la aceptación del acreedor puede ser tácita o implícita, conforme a los principios generales, ya que el fundamento de lo establecido en el Código es sólo el de evitar los peligros que la fianza implica para el deudor". Ya hemos señalado, que de acuerdo con el Art. 240 del Código de Comercio el afianzamiento mercantil debe constar por escrito, sin lo cual, de conformidad con la doctrina sentada por la sentencia de 3 de Noviembre de 1955 de nuestro Tribunal Supremo, no tendrá valor ni efecto.

(142) La orientación que aquí se recoge fue establecida por primera vez en la jurisprudencia en la sentencia de 1 de Julio de 1950 y la antigua Ley de Arbitrajes de Derecho Privado de 1953



recogió esta dirección para dar efectividad al contrato preliminar de arbitraje.

(143) Recordemos en este sentido el contenido de la sentencia de 16 de Diciembre de 1985 de nuestro Tribunal Supremo pero tambien hemos de recordar que una de las finalidades de la carta de patrocinio es soslayar requisitos de representación necesarios para el otorgamiento de garantías personales típicas.

(144) De Castro, La promesa de contrato, cit. pág. 1173 y siguientes "quien otorga la promesa ha de tener capacidad para obligarse por el contrato proyectado, pues de otro modo se permitiría eludir toda disposición sobre capacidad especial y prohibiciones de contratar"

(145) Coipel, Michel, Les lettres de patronage y droit de sociétés en Les lettres de patronage, cit, pág. 261 y siguientes.

(146) Justino Duque considera en Las cartas de patrocinio, cit. pág. 759, que en este caso existe la asunción por parte de la patrocinante la promesa de un tercero (la patrocinada) que en caso de incumplimiento fundará la responsabilidad de la sociedad promitente.

(147) Pouillet, cit. pág 129.

(148) Bellis, Marc, Les clauses relatives à la qualité de la gestión et à la situation financière de la filiale en Les Lettres de patronage, cit, pág. 150. "He aquí el ejemplo de una cláusula que desde el punto de vista jurídico es tan inútil como peligrosa, inútil porque no añade nada a la confianza que el banquero debe tener y peligrosa porque ella podría dar al beneficiario la falaz apariencia de un "confort" de naturaleza jurídica, lo que la cláusula está lejos de contener"; en el mismo sentido, Scotti Camuzzi, Le lettre de

patrocinio, cit. si bien destaca que pese a ello tienen mayor fuerza, tal vez ligadas al honor y a la confianza que no pueden ser violadas sin provocar la reprobación del ambiente; en igual sentido, Prosperetti, Les lettres de patronage, cit. pág. 548; Spano, E. La lettera de patronage en Banche e banchieri, 1980. pág. 511 ...un claro indicio de la voluntad de las partes de mantener el patronage en un plano meramente extrajurídico".

(149) Mazzone, Le dichiarazioni di patronage, cit, pág. 92 y siguientes.

(150) En el mismo sentido, Galgano, La società per azioni, cit, pág. 192 y siguientes.

(151) Di Giovanni, Le lettere di patronage, cit. pág. 222 y siguientes.

(152) Este principio se conjuga con las reglas generales de la responsabilidad extracontractual, ya poniendo de relieve la diversa importancia del dolo respecto de la culpa, ya considerando en ella un principio sancionador de comportamientos dañosos distintos de los contenidos en el Art. 2043 del Código Civil italiano, o conservando en el mismo un aspecto del principio de solidaridad del Art. 29 de la Constitución de aquél país, en el marco de una amplia meditación sobre el fundamento de la resarcibilidad del daño injusto según el citado Art. 2043, o, por último, reconduciendo las fórmulas de resarcibilidad del comportamiento incorrecto, fuera de una relación obligatoria particular a la responsabilidad aquiliana. Di Giovanni, cit. pág. 224, 225.

(153) Bellis, Les clauses relatives.... en Les lettres. ...., cit. pág. 150.

(160) Viney, G. La responsabilité: Conditions en Traité de droit civil de J. Ghestin, 1982, pág. 648 y siguientes.

(161) Bellis, Marc, Les clauses relatives a la qualité ... en Les lettres .... cit, pág. 148.

(162) López Uriel, Las declaraciones de patrocinio y su función ..... R.F.D.U.C. cit, pág. 346 y siguientes; Pouillet, La carta de patrocinio como forma original de seguridad personal, en Les lettres, cit, pág. 41 y siguientes.

(163) Valenzuela Garach, La "seriedad" de las llamadas ..... cit, pág. 423 : " .... sería perfectamente afin a la perseguida con las simples cartas de recomendación de que nos habla la parte final del Art. 568 de nuestro Código de Comercio".

(164) Gilissen, J. Histoire comparee des sûretes personnelles, Travaux de la Societé, Jean Bodin, Tomo 38, pág. 6-137.

(165) Es urgente fijar una cuestión terminológica, cuando manejamos los conceptos de garantía personal frente a garantía patrimonial es evidente que esta clasificación no es igual a la que distingue entre garantías personales frente a garantías reales. Efectivamente, la distinción clásica que acabamos de citar es de todos conocida, y aquí nos referimos a las garantías personales exclusivamente. Dentro de éstas, aún puede establecerse una distinción, las que llamaremos garantías personales, o para distinguirlas, garantías personales-subjetivas, que es el tipo de antigua garantía a la que nos hemos referido, en la que el garante no responde con sus bienes patrimoniales, sino que se limita con su propia persona, a garantizar también la "moralidad" del avalado, frente a la que hemos llamado garantía personal-patrimonial, en la que el garante no sujeta su persona, sino que se compromete en las

distintas modalidades a cumplir si el garantizado no cumple, pero este cumplimiento afecta no a su persona, ni siquiera a su prestigio personal probablemente, sino a sus bienes patrimoniales.

(166) Moreau-Margreve, Les creanciers et la faillite, cit, pág. 77 y siguientes.

(167) López Uriel, Las declaraciones de patrocinio y su función .... cit, pág. 357.

(168) Di Giovanni, Le lettere de patronage, cit, pág. 141 y siguientes.

(169) Mazzoni, A. Le dichiarazioni di patronage, cit. pág. 79 y siguientes.

(170) Plantea Mazzoni (cit) el tema de la prohibición de "vaciamiento" ("svuotamento"), concretamente, en presencia de obligaciones contractuales expresas surgidas de declaraciones de influencia o vigilancia se debe considerar implícita, por efecto de la normativa de corrección, la prohibición de vaciamiento, la prohibición de despatrimonializar a la sociedad controlada; concluye que a tal cuestión debe dársele una respuesta afirmativa, pero considerando la incierta línea de demarcación que en algunos casos puede existir en el ejercicio legítimo de un derecho, por ejemplo la distribución de beneficios, y la violación de la obligación de comportarse según la buena fe, por ejemplo la sustracción de liquidez a la sociedad controlada en perjuicio del acreedor. Por ello es útil desde un punto de vista práctico la expresa declaración que explicita tal obligación.

(171) Segni, Mario, La lettre de patronage comme garanzia, cit. pág. 140 y siguientes. El profesor Segni, concluye el tema diciendo que otro dato importante en pro de la juridicidad de la

relación es el sector en cuyo ámbito se producen las cartas de patrocinio, en cuyo sector, la regla general es que las relaciones entre los sujetos pertenecientes al mismo sean disciplinadas por el Derecho; y en segundo término, porque las declaraciones de patrocinio contienen también frecuentemente, otras manifestaciones o declaraciones que son indudablemente jurídicas, argumento, que quizá no tenga carácter decisivo, pero que en su conjunto inclinan a considerar la juridicidad de las relaciones examinadas.

(172) Bellis, Les clauses relatives...., cit. pág. 141 y siguientes.

(173) Como ya hemos señalado anteriormente, López Uriel en el comentario a la sentencia de 16 de Diciembre de 1985, considera que el fenómeno de las declaraciones de patrocinio está ligado necesaria e imprescindiblemente a la idea del grupo de sociedades.

(174) Además de los ya citados Mazzoni, Di Giovanni y Segni, también Allegri, en Brevi note .... cit. pág. 329, "Se trata, por tanto, de una especie muy distinta de la promesa del hecho de un tercero."; por su parte Galgano, La società per azioni, cit. considera que no existe responsabilidad contractual, sino extracontractual, en la medida de que la declaración de quien induce a un tercero a contratar seguida de un comportamiento contrario al contenido de la declaración, constituye un hecho ilícito.

(175) En ocasiones el compromiso que asume la matriz no es tanto de solvencia en sentido estricto, sino de liquidez, términos que, como es sabido, están en relación pero no son sinónimos, ya que puede haber solvencia e iliquidez. En nuestro criterio, debe entenderse que, salvo que de otro modo se haya expresado, el término solvencia en estas declaraciones significa lo que le es propio, y por tanto más algo más amplio y distinto que el de liquidez.

(176) Segni, La lettre de patronage ...., cit, pág. 149.

(177) El Art. 1827 del Código Civil establece que la fianza no se presume: Debe ser expresa y no puede extenderse a más de lo contenido en ella.

(178) Mazzoni, Le dichiarazioni, ct. pág. 85 y siguientes.

(179) Di Giovanni, Le lettere...., cit. pág. 142 y siguientes.

(180) Bien es cierto que si se está en trance de acudir a los Tribunales, será necesario un procedimiento declarativo frente a la sociedad matriz para que cumpla su obligación de mantener solvente a la sociedad controlada, y una vez obtenida judicialmente esta resolución, y siendo solvente la controlada, se podrá iniciar el procedimiento ejecutivo contra la filial, que estaría en situación de tener bienes sobre los que el embargo pueda recaer. En este supuesto la entidad bancaria preferirá acudir a un solo procedimiento declarativo ordinario frente a la matriz, que acudirá a este sistema de doble juicio, ordinario contra la matriz para el cumplimiento de la obligación de solvencia y ejecutivo contra la filial para obtener el pago.

(181) Bellis, Les clauses relatives.... cit. pág. 143 y siguientes.

(182) Para Atti, Il patronage e il gruppi...., cit. pág. 920, se trata de una obligación de resultado atípica y de contenido variable, normalmente una obligación de hacer, pero puede ser necesario un contenido de dar, relativo a la integración del patrimonio de la sociedad filial.

(183) Bellis, Obr. cit. pág. 154.

(184) Bibolini, G. La garanzia reali personali e i contratti bancari, Milán 1976, pág. 38 y siguientes. "La responsabilidad que podrá configurarse hacia la sociedad que entrega la carta podrá buscarse por tanto en la simple obligación de hacer".

(185) Delli, Giardina, Le lettere ...., cit. pág. 191 y 192 destacan la variedad de medios que la sociedad matriz puede utilizar para cumplir su obligación, consistente en mantener la citada solvencia.

(186) Mazzoni, Le dichiarazioni...., cit. pág. 82,, se refiere a la aportación de bienes "in natura" por parte de la sociedad matriz, con lo que quedaría cumplida la obligación que ahora examinamos, pero no cumpliría con la obligación de colocar a la filial en situación de liquidez.

(187) Bellis, Les clauses relatives ...., cit. pág. 161.

(188) Hay que pensar que se trata de operaciones de un Banco con un empresario y por tanto no le serán de aplicación determinadas limitaciones que la moderna legislación de defensa del consumidor ha establecido respecto de las cláusulas en los contratos bancarios. V. Sánchez Andrés, A. El control de las condiciones generales en derecho comparado : Panorama legislativo, R.D.M. 1980, pág. 385 y siguientes.

(189) Atti, Il patronage e il gruppi...., cit. pág 915, "este tipo de declaraciones denota una perversa formulación de la carta, es decir, una grosera tentativa de procurarse las ventajas propias del patrocinio".

((190) Segni, La lettre de patronage comme garantie .... cit.,. pág. 156.

(191) En el mismo sentido, Atti, Il patronage e il gruppi .... cit. pág. 891, "es útil distinguir el caso en que se asegura el pago, de aquél en que se garantiza el cumplimiento".

(192) Scalfi, La promessa del fatto .... cit. pág. 99 y siguientes; Stolfi, La promessa del fatto ..... cit.. pág. 216 y siguientes.

(193) Segni, La lettre de patronage come ... cit. pág. 153.

(194) Segni, obr. cit. pág. 155.

(195) Segni, obr. cit. pág. 160.

(196) Mazzoni, Le dichiarazioni .... cit. pág. 185 y siguientes.

(197) Mazzoni, obr. cit. pág. 88.

(198) Mazzoni, obr. cit. pag. 90.

(199) Lo expuesto respecto del ordenamiento jurídico italiano es perfectamente aplicable en el nuestro por lo que afecta al carácter central de la fianza, pues pensemos que nuestro Código Civil no contempla ninguna otra figura de garantía personal del tercero distinta de la fianza en los Art. 1822 y siguientes con lo que, se produce una identificación entre la especie, la fianza, y el género, las garantías personales de tercero.



Por otra parte, la regulación en nuestro Código está basada también en una filosofía de protección del garante, probablemente sobre la base de la hipótesis que apunta Mazzoni, del garante amigo del deudor principal. Es cierto que, de conformidad con el Art. 1823, la fianza no sólo puede ser gratuita -que es la hipótesis más frecuente- sino que puede ser también a título oneroso, pero no es menos cierto que se consagra el principio de accesoriedad de la fianza en el Art. 1824, párrafo 2º y el principio según el cual el fiador no puede obligarse a más que el deudor principal, tanto en la cantidad como en la onerosidad de las condiciones (Art. 1826). Por último, el fiador queda liberado en un supuesto no suficientemente justificado como es el del Art. 1851, en el caso de prórroga concedida al deudor por el acreedor, sin el consentimiento del fiador. Y hay que hacer notar que el carácter central de la fianza en nuestro derecho, es compartido por la jurisprudencia y la comentada sentencia de 16 de Diciembre de 1.985 constituye un buen ejemplo de lo expuesto.

(200) Di Giovanni, F. Le lettere de patronage, cit. pág. 121 y siguientes.

(201) La construcción de Segni, ya examinada, se basa en la distinción de la fianza y la promesa del hecho del tercero, en el sentido de que, la fianza mira a garantizar al acreedor la realización de su derecho frente al tercero, a través de la asunción de una obligación de idéntico contenido a la del deudor principal, mientras que, en la obligación de la promesa del hecho de un tercero, se asegura el cumplimiento del hecho del tercero con independencia de la existencia de un derecho del promisorio frente a este último, de donde, la distinción está en la accesoriedad de la obligación del fiador contrapuesta a la nota de no accesoriedad del hecho de un tercero.

(202) Di Giovanni, cit. pág. 133, 134 y 135.

(203) Di Giovanni, cit. pág. 137.

(204) Portale, Giuseppe, Fideiussione e  
"garantievertag", en Nuovi tipi contrattuali... cit. pág. 34;  
Pellizzi, Voz "Exceptio doli" en N.N.D.I., VI, Turín 1960, cit.

(205) Di Giovanni, cit., pág. 162.

(206) Di Giovanni, cit. pág. 163 y 164.

# CAPITULO CUARTO

---

DECLARACIONES DE PATROCINIO

Y GRUPO DE SOCIEDADES

DECLARACIONES DE PATROCINIO Y

GRUPO DE SOCIEDADES.

S U M A R I O :

I).- INTRODUCCION.

A).- Las distintas concepciones del grupo de sociedades.

B) .- La concepción dinamica del grupo.

1) El control de la sociedad.

2) La situación de dependencia.

3) El grupo de sociedades.

II).- DECLARACION DE PATROCINIO Y SOCIEDADES LIGADAS.

A).- Relación esencial.

B).- Utilidad de la declaración de patrocinio

## 1).- INTRODUCCION.

Es evidente, y así se desprende de lo expuesto, la inmediata relación que las declaraciones de patrocinio tienen con los grupos de sociedades.

Pero es oportuno señalar que en este momento la expresión "grupo de sociedades" se toma en un sentido amplio, para designar el fenómeno no solo específico de los grupos sino de las relaciones de concentración entre las sociedades, y aún entre las empresas, cuyas relaciones pueden justificar la emisión de una declaración de patrocinio por parte de una empresa en favor de otra. (207).

En los últimos tiempos uno de los temas de extraordinaria importancia práctica, y por ello de enorme atención en la teoría, tanto desde el punto de vista de la economía como del derecho es precisamente el tema de los "grupos de sociedades" y dentro del mundo jurídico, no solo en el campo del derecho mercantil, sino también de enorme transcendencia en los campos fiscal y laboral.

En efecto, no ya solo al experto en Economía o Derecho, sino a todos aquellos que están en contacto con el mundo de las empresas, e incluso a más amplios sectores de la población, les resulta familiar el término grupo, utilizado incluso como slogan de propaganda, ya que la pertenencia de una determinada empresa a un poderoso grupo, constituye una imagen de mayor garantía y solidez. (208).

No obstante, esta proliferación de los grupos, y el extendido uso de tal terminología, así como los numerosísimos estudios teóricos sobre el tema, contrastan con el escaso desarrollo legislativo al respecto. En rigor, el ordenamiento jurídico alemán en

la AKTG de 6 de Setiembre de 1.965 y la Ley de Sociedades Anónimas Brasileña de 15 de Febrero de 1.976, constituyen los únicos ejemplos de legislación vigente en la materia. No obstante, hay que mencionar otros proyectos, legislativos, como las dos proposiciones de ley del Diputado Cousté de 1970 y 1974, sobre "grupos de sociedades"; en nuestro Derecho el antiguo anteproyecto de reforma de la Ley de Sociedades Anónimas de 1.979, constituyó un intento, hoy abandonado de configurar el régimen jurídico del grupo, en base al modelo orgánico del proyecto de estatuto de la Sociedad Anónima Europea. En la Ley de Sociedades Anónimas (209), este aspecto ha quedado omitido, limitándose a regular el tema de la consolidación de las cuentas del grupo de conformidad con la séptima directiva de la Comunidad Económica Europea referida a la consolidación contable de las uniones y grupos de empresas; (210) también ha de mencionarse el Proyecto de Reglamento de la Sociedad Anónima Europea en su versión de 30 de Abril de 1.975 y resulta de interés muy especial, a pesar de ser todavía una mera propuesta, la de la novena directiva basada en el artículo 54 apartado 3 letra g) del Tratado CEE, relativa a los vínculos de empresa y en especial a los grupos. (211).

El origen está en la tendencia a la concentración empresarial, en definitiva, a partir de la estructura societaria tradicional, obtener una gran empresa de dimensión idónea, con la adecuada limitación del riesgo empresarial, huyendo de la creación de un organismo excesivamente rígido y centralizado. Como se ha dicho en frase enormemente gráfica, el grupo de empresas supone la concentración en la pluralidad frente a la concentración en la unidad representada por la fusión. (212).

Parecen tener razón quienes reclaman una y otra vez la adecuada regulación del grupo de sociedades, y ello no sólo por un principio general de seguridad jurídica, sino porque el vacío legislativo ha dado lugar en ocasiones ( señaladamente en el campo del derecho laboral en nuestra jurisprudencia (213) a que los

Tribunales miren con enorme desconfianza a las "situaciones de grupo", juzgadas a veces como un medio de eludir responsabilidades -por cierto laborales- y no como formas organizativas que responden a legítimas necesidades.

Por ello, el primer dato o principio para una adecuada regulación de los grupos de sociedades tiene que ser el reconocimiento de la legitimidad del grupo como tal, y por ende el sometimiento de los intereses sociales de cada una de las sociedades dependientes del grupo al interés general del grupo en su conjunto, y por lo tanto la obligación de respetar por parte de las sociedades dependientes las decisiones de la sociedad dominante adoptadas en interés o en beneficio de este interés superior del grupo.

Sin embargo, no puede olvidarse que la aparición del grupo trastoca la estructura existente en ese momento, y ello determina que determinados sectores puedan verse afectados negativamente por esta nueva situación. El principio anteriormente citado debe, por ello, compensarse con un segundo principio que sería el de protección de esos intereses afectados por la creación del grupo, concretamente los de los llamados socios externos, es decir los socios de las sociedades dominadas integradas en el grupo. los de los acreedores de dichas sociedades y los de los trabajadores, incluyendo también dentro de los acreedores, no solo a los acreedores privados, sino a los llamados acreedores institucionales, especialmente el Fisco.

Y, por último, y como complemento de lo anterior, la elaboración y publicación de las cuentas consolidadas del grupo, (aspectos, sobre los que incide la sexta directiva de la Comunidad Económica Europea y la ley española. (214).

A) .- Las distintas concepciones del grupo de sociedades.-

Con carácter previo, parece útil una ligera referencia a los distintos conceptos en torno a la problemática de los grupos de sociedades.

Del examen de la legislación vigente sobre esta materia, se desprende la existencia de dos modelos de regulación de los grupos. Hay que advertir que entre los dos modelos denominados orgánico y contractual, no se deduce diferencia en cuanto a la aceptación de los principios anteriormente citados; en todo caso, se parte del reconocimiento de la legitimidad del interés superior del grupo, y de las medidas correctoras o de protección de los intereses que potencialmente pueden verse afectados por la existencia misma del grupo.

El modelo orgánico conecta la aplicación de las normas específicas a la constatación de la existencia de un grupo; allí donde exista grupo en el sentido indicado de conjunto de sociedades articuladas bajo una dirección unitaria ejercida por la sociedad dominante, deben ser de aplicación las específicas normas reguladoras de los grupos de sociedades.

En el modelo contractual (Derechos alemán y brasileño), para que sean de aplicación tales normas es preciso que exista un contrato formalmente concluido entre las sociedades dominadas y la sociedad dominante, concebido este contrato como un mecanismo de carácter organizativo. Inmediatamente se advierte una dificultad, y es que, en definitiva, sería dejar al arbitrio de las empresas la aplicación del régimen jurídico específico, por cuanto que depende del voluntario otorgamiento de dicho contrato o documento. Por ello, en estas legislaciones, y para eludir este efecto perjudicial, se establecen una serie de cautelas, en orden a evitar que aquellas empresas que no hayan constituido formalmente el grupo, y por lo tanto no estén sometidas a la legislación específica, no puedan actuar como tal "grupo". Al no reconocerse la legitimidad del grupo, no podrían otorgarse



instrucciones por parte de la sociedad dominante a las sociedades dependientes, y si esta prohibición se transgrediese, se impone especiales responsabilidades a cargo de la sociedad dominante o a cargo de los administradores o representantes legales.

Sin embargo, como señala Embid Irujo (215) la aplicación práctica del modelo contractual, no ha sido satisfactoria, pues el estímulo de legalización del poder de dirección no ha sido suficientemente atractivo, y las cautelas en caso contrario, han resultado de igual manera insuficientes, con lo cual las garantías previstas en favor de los socios externos y acreedores de la sociedad dependiente no han encontrado la debida aplicación.

Por su parte el modelo orgánico, ha sido objeto de críticas calificándosele como demasiado rígido, por imponer una disciplina común sobre una realidad eminentemente plural y variada.

B) .- La concepción dinámica del grupo.-

Como continua diciendo el autor citado, la superación de las dificultades entre ambos sistemas puede estar en una concepción dinámica del grupo de sociedades. Es decir, la consideración de que la existencia de un grupo es el resultado de una transición, en definitiva de una serie de fases, que culminan o no en la existencia del grupo.

Este estudio es particularmente interesante, a nuestros efectos, puesto que tambien algunos modelos de cartas de patrocinio pueden darse en estas fases intermedias, sin que exista "grupo" en sentido estricto.

El proceso de constitución de un grupo de sociedades se inicia mediante una serie de operaciones a través de las cuales la sociedad dominante pasa a obtener el control de una sociedad, y, una

vez obtenido dicho control, nos encontraremos en una fase previa a la constitución del grupo, la fase de situación o relación de dependencia. Cuando esta relación de dependencia, implique dirección unitaria de las sociedades dependientes, tendremos el grupo en sentido estricto.

1) .- El control de la sociedad.-

El control de la sociedad, puede obtenerse de diversos modos que exponemos sintéticamente siguiendo la clasificación del profesor Embid Irujo (216). Pueden distinguirse dos métodos fundamentales: El primero mediante la adquisición de participaciones sociales y el segundo a través de la conclusión de diversos contratos.

Dentro de la primera modalidad a su vez pueden distinguirse dos, según que la adquisición de las participaciones se realicen de forma instantánea o sucesiva, y en el primer caso aún cabe distinguir dos técnicas, la técnica de la oferta p'ublica de adquisición (OPA) de las acciones, y la cesión de control.

La OPA, muy conocida entre nosotros, no ya en el mundo jurídico sino en el de la práctica mercantil en la actualidad, tiene su origen en los países anglosajones, extendiéndose después a la Europa Continental (217). Se trata de una oferta que realiza una persona a todos los socios o a los de una determinada serie o clase de acciones de una sociedad, asumiendo el compromiso de adquirir sus participaciones sociales, por un determinado precio y durante un plazo de tiempo. El precio podrá consistir en dinero o mediante el canje de títulos emitidos por la sociedad oferente con la finalidad de obtener el control de la sociedad o en su caso de reforzarlo. (218).

El segundo sistema es la denominada cesión de control; se trata de la enajenación por parte de un socio a favor de una empresa o sociedad de un paquete de acciones susceptible de otorgarle el control de la sociedad cuyos títulos se enajenan, recibiendo una doble

contraprestación: la que corresponde al valor real de las acciones y un sobreprecio o prima en contraprestación del control que transfiere de la sociedad.

No suele regularse en derecho positivo esta operación, quizá por entender que se trata simplemente de una transferencia de acciones, y por tanto está sometida al régimen jurídico de dicha transferencia. Pese a ello, la doctrina ha insistido en la necesidad de regularla, pues junto a la transferencia normal de acciones lo que se transfiere aquí (y por eso el sobreprecio), es el control de la sociedad. Sin perjuicio del derecho del socio a transferir sus acciones, dado que también transmite el control y, por hipótesis, ocupa una posición especial en la sociedad, es lógico que se le impongan unos deberes especiales y por ello ciertas limitaciones, en orden a la protección de los socios minoritarios. (219).

El tercer sistema es las cesiones de títulos que determinan la obtención sucesiva del control. Se trata aquí de cesiones de acciones, que sólo como consecuencia de la suma de las mismas dan lugar a la transferencia de control. A diferencia de lo anterior, no hay aquí transferencia de control, sino que éste se adquiere como consecuencia de las sucesivas cesiones de las acciones. Si bien la operación considerada individualmente no ofrece ninguna especialidad frente a cualquier transferencia de acciones, si se contempla en su conjunto, y produce el resultado de transferencia del control, parece lógico establecer alguna cautela, cuanto menos la de dar publicidad a la adquisición de paquetes de acciones que superen un determinado nivel, tal como hacía el anteproyecto de ley de 1.979, sin que la ley haya recogido un principio semejante. (220).

Otra forma de obtención del control es a través de la realización de diversos contratos. Bien entendido que hay que distinguirlos de los contratos de organización, que son lógicamente posteriores a los contratos a los que aquí hacemos referencia.

Los contratos de organización, sobre la base de una situación de control tratan de establecer una estructura organizativa. Sin embargo los contratos a los que aquí nos referimos, buscan conseguir una situación de control, que permita después construir la organización correspondiente. Se trata, pues, de relaciones jurídicas externas de la sociedad, si bien pueden determinar la existencia de una posición de control, por ello es necesaria una regulación jurídica, no tanto desde el punto de vista del derecho de sociedades, sino en general del derecho de obligaciones y contratos.

2).- La situación de dependencia.- (221).

La utilización de las citadas operaciones para la obtención del control societario dá lugar a una situación de dependencia societaria. Sin embargo, esta situación no es equiparable a la existencia de un grupo de sociedades; más bien la situación de dependencia es por una parte premisa o presupuesto y por otra fase previa al establecimiento del grupo. Ello determina que, si bien es cierto que pueden existir situaciones de dependencia sin que exista el grupo de sociedades, la existencia del grupo requiere la situación de dependencia (salvo en el caso de los grupos por coordinación). Por tanto, los ordenamientos jurídicos suelen considerar a la situación de dependencia como un indicio decisivo o cuasi decisivo para determinar la existencia del grupo, configurando a la situación de dependencia como una presunción de existencia del grupo, normalmente de carácter "iuris tantum", admitiendo por tanto prueba en contrario.

Junto al supuesto normal de dependencia directa, es decir de relación entre una sociedad dependiente y una sociedad dominante, pueden existir dos formas especiales de dependencia, la dependencia indirecta, cuando el dominio se produce por intermedio de otra empresa o sociedad, y la dependencia plural, cuando existe una sociedad

dependiente y está dominada directa y simultáneamente por otras dos sociedades que entre sí son independientes. (222). A estas dos modalidades se refiere la propuesta de la novena directiva en el art.2 párrafo 3º y en el art. 3 (223).

El régimen jurídico de la situación de dependencia, dado que no equivale a una situación de grupo, debe ser en principio regulado por las normas generales del derecho de sociedades, si bien conviene reforzar estas normas para evitar que la situación de dependencia pueda producir perjuicios a las sociedades dominadas, o a los socios externos, acreedores o trabajadores, o cuando menos, lograr que tales perjuicios queden debidamente compensados.

En el panorama del derecho comparado, la mayoría de los ordenamientos no tienen normas específicas reguladoras de esta situación, si bien pueden ser de aplicación al caso algunas normas del derecho societario como las que regulan la adquisición de acciones entre sociedades dominadas y dependientes.

Sí existe una regulación en el derecho alemán, concretamente el art. 311 AktG (224). El precepto puede interpretarse en dos sentidos, o bien considerar que la empresa dominante no puede lícitamente inducir a la dependiente a concluir negocios jurídicos perjudiciales o adoptar medidas que supongan un perjuicio para dichas sociedades dominadas, y que si así lo hace se desencadena la responsabilidad, cuya modalidad es precisamente la compensación de los perjuicios, o bien interpretarse en el sentido de que si compensa adecuadamente los perjuicios sufridos sí puede inducir a la sociedad dominada al otorgamiento de tales negocios jurídicos o puede adoptar en su perjuicio determinadas medidas.

También en la ley brasileña de sociedades anónimas se establece el deber de la sociedad dominante de preservar el interés social de la sociedad dependiente estableciéndose la responsabilidad de

la sociedad dominante por aquellos actos que infrinjan ese deber.

La regulación más completa la encontramos en la propuesta de novena directiva, que dedica a la situación de dependencia los arts. 2 a 12. En ellos, tras definir la dependencia, se refiere a la notificación y publicación de la participación, y a la protección de la sociedad dependiente, estableciendo la responsabilidad de la sociedad dominante por el daño que sufra la dominada procedente de falta de gestión o de operaciones realizadas o medidas tomadas, o abstención de las mismas, que no sean conformes al interés de la sociedad dependiente. Los accionistas así como los acreedores de la sociedad que no puedan obtener de ésta, la liquidación de su crédito y los representantes del personal podrían solicitar de los tribunales el nombramiento de inspectores o censores que verifiquen el perjuicio sufrido por la sociedad dominada y si tal perjuicio puede atribuirse al ejercicio de la influencia de la empresa dominante. El tribunal, a instancia de las personas citadas, podrá adoptar medidas consistentes en la supresión de funciones de uno o varios miembros de los órganos de gestión o vigilancia, la prohibición de continuar con los convenios perjudiciales o el mantenimiento de las medidas adoptadas, o incluso la recompra de las acciones por parte de los accionistas, y por último, respecto de los acreedores, la acción de responsabilidad de sus perjuicios podrá ser ejercitada por éstos cuando no puedan obtener la liquidación de su crédito.

Por otro lado, la propuesta define la dependencia, como la situación en la que una empresa puede ejercer directa o indirectamente, una influencia dominante, sobre otra empresa o sociedad estableciendo como presunciones de tal dependencia, los siguientes supuestos :

- a) Cuando posea la mayoría del capital suscrito de la empresa;
- b) Cuando disponga de la mayoría de los votos unidos a las acciones emitidas por la empresa y
- c) Cuando pueda designar al menos la mitad de los miembros del

órgano de administración, de dirección o de vigilancia de la empresa, en tanto en cuanto esto miembros dispongan de la mayoría de los derechos de voto. (225).

3) .- El grupo de sociedades.-

Siguiendo esta concepción dinámica, y partiendo de una situación de dependencia, cuando sobre la misma existe una dirección unitaria común nos encontramos con el grupo de sociedades. Por lo tanto, el elemento definitorio es precisamente esta dirección unitaria, concepto que es necesario precisar, huyendo, como señala Embid (226) de construcciones excesivamente juridificadas, centrándose en los datos que nos suministra sobre la estructura de la empres, en general, la ciencia de la economía de la empresa.

Y, en este sentido, habría que señalar el mínimo necesario de transferencia a la sociedad dominante del grupo de los sectores de las empresas dominadas. Dicho mínimo está constituido fundamentalmente por el sector financiero, de tal manera que para integrar el concepto de grupo es precisa la atribución a la sociedad dominante de la competencia decisoria en materia financiera. En segundo lugar, la política de personal, respecto de la posibilidad de controlar el nombramiento y actividad de aquellos que puedan garantizar el funcionamiento del grupo, y en mucha menor medida los sectores de aprovisionamiento, producción y ventas.

Mientras que el primero se considera fundamental para caracterizar el grupo, los demás, sobre todo los tres últimos, se consideran irrelevantes, sin perjuicio de que pueda suceder, y de hecho es frecuente, que la sociedad dominante tenga competencias en tales sectores. La intensidad de tales competencias, nos llevará a la consideración del grupo como un grupo centralizado: por el contrario, si las competencias son menores en estos aspectos, nos encontraremos ante una estructura descentralizada, sin que en ningún caso esta

descentralización pueda ser tal que no alcance los mínimos a los que antes hemos hecho referencia, pues sin ellos, no puede hablarse en rigor de grupos de sociedades.

La doctrina y la legislación admiten, junto a la forma y concepto a los que nos hemos venido refiriendo, grupos de sociedades en los que no se dá esta situación de depenrencia, y que son los llamados grupos por coordinación o grupos de estructura paritaria. (227). Alude a los mismos el art. 40 de la propuesta de novena directiva, cuando nos dice que una sociedad independiente y una o varias empresas independientes, podrán, por contrato escrito, decidir de común acuerdo, colocarse bajo una única dirección, sin que la una dependa de la otra (228). Con ello, la situación de dependencia resulta dato esencial para los llamados grupos por subordinación, y no para el concepto esencial de grupo, pues en este caso existiría una dirección unitaria como consecuencia no de una situación de dominación, sino de un acuerdo libre entre las distintas sociedades. (229).

Para concluir, señalaremos que la regulación jurídica de los grupos de sociedades tiende a establecer una adecuada compensación entre el reconocimiento de la legitimidad del interés del grupo por encima de los intereses de las sociedades que los constituyen, y la protección de los socios externos, de los acreedores y de los trabajadores de las sociedades dependiente.

En lo que a nosotros respecta, hay que destacar que las medidas de protección en favor de los acreedores de las sociedades dependientes de un grupo, oscilan entre : a) la asunción por la sociedad dominante de las pérdidas del ejercicio de aquella y la prestación de garantías a los acreedores para la conclusión de la vigencia del contrato de dominación, sistema que sigue el derecho alemán: b) la responsabilidad solidaria de la sociedad dominante por las deudas de la dependiente, sistema de la segunda proposición de ley Couste y c) la responsabilidad subsidiaria de la dominante por las



deudas de la dependiente, sistema del art. 29 de la propuesta de novena directiva.

## II) DECLARACIONES DE PATROCINIO Y SOCIEDADES LIGADAS.

### A).- Relación esencial.

El fenómeno de las declaraciones de patrocinio y de los grupos de sociedades en sentido amplio, o si se quiere el fenómeno de las sociedades ligadas ( en la terminología de Coipel) están unidos no de modo accidental, sino de modo esencial.

En primer lugar porque no cabe pensar que una sociedad pueda ser garante de otra, sin que entre las mismas exista una intensa relación, salvo que la sociedad garante tenga como finalidad prestar estas garantías. En este caso no se acude al sistema de la declaración de patrocinio, sino que se utilizan las garantías tradicionales. (230).

Es cierto que la doctrina y la práctica ha puesto de relieve la existencia de declaraciones de patrocinio que no responden exactamente a este esquema, por ejemplo cuando una entidad financiera emite una carta, que denominaríamos de recomendación, para que el potencial prestatario, pueda obtener crédito en las relaciones con terceros. Sin embargo este tipo de cartas, que pueden denominarse cartas de recomendación para distinguirlas de las que venimos estudiando, no son propiamente declaraciones de patrocinio, sino figuras semejantes. (231).

Y es que además, desde el punto de vista de la entidad financiera que recibe la declaración de patrocinio, no es igual que esta provenga de una sociedad dominante del grupo, o de otra sociedad, por prestigiosa que sea. No hemos de olvidar que, cualquiera sea la transcendencia jurídica de las declaraciones de patrocinio, existe también una transcendencia o compromiso moral en tales cartas, y,

naturalmente, ese compromiso moral (desde el punto de vista de la moral de los negocios) será más fuerte si existe una relación de control entre la sociedad que otorga la declaración y la sociedad que ha recibido el crédito. En tal caso el incumplimiento tiene una mayor transcendencia en esa moral del medio, pues no se trata del incumplimiento de una obligación, sino de una actitud puesta de manifiesto con ese incumplimiento.

En síntesis, aún cuando pudiera imaginarse un supuesto de declaración de patrocinio ajeno a las relaciones de dependencia entre las empresas, sería un supuesto marginal. Estaríamos en definitiva ante una declaración de patrocinio impropia, privada de su razón fundamental de ser, y ofreciendo desde el punto de vista moral una menor garantía al ente financiador beneficiario de la declaración citada.

En segundo lugar, la declaración de patrocinio, o mejor dicho las distintas declaraciones que hemos venido examinando, y que pueden formar parte del contenido de una carta de patrocinio, carecen de sentido sino se da esa relación entre la sociedad emisora de la carta y la sociedad beneficiaria del crédito.

Pensemos en primer término en la declaración de conocimiento de la operación crediticia tanto en su forma de declaración de conocimiento simple como la declaración de conocimiento y aprobación de la operación. Ambas carecerían absolutamente de sentido sino existiere relación entre las dos sociedades, pues el que una sociedad ajena conozca e incluso le parezca correcta la operación, no constituye garantía alguna si no existe relación entre ellas.

En segundo término, las declaraciones de participación, en las cuales, naturalmente, la participación, es requisito esencial y previo para que en la carta de patrocinio pueda hacerse referencia a ese dato. No obstante en este punto si conviene hacer una matización,

y es que nosotros venimos hablando de sociedades ligadas, pero sobre todo de sociedades dominantes o, según lo visto anteriormente, de la etapa posterior o más completa que supone el grupo de sociedades. Puede, sin embargo, existir una participación minoritaria de la sociedad que emite la declaración en la sociedad beneficiaria del crédito y existir, a la vez, auténtica declaración de patrocinio, sin que exista dependencia. A este supuesto se refiere Segni, destacando que en el mismo se producen algunas variaciones del régimen normal de la declaración de patrocinio, sobre todo por cuanto respecta aquellas declaraciones en las que existe el compromiso de usar la influencia para el cumplimiento puntual de la sociedad deudora. Naturalmente en situación de minoría el socio quedaría limitado a votar en ese sentido, o en todo caso a impugnar a través de los procedimientos específicos los actos contrarios a tal designio, siendo la obligación de este socio minoritario emisor de la carta eminentemente negativa. (232).

- Otro tanto cabría decir de las declaraciones de mantenimiento de la participación, en cualquiera de sus modalidades, pues mantener la participación exige su previa tenencia.

- Por lo que respecta a las declaraciones de política o comportamiento con las sociedades filiales, es obvio que naturalmente solo puede darse cuando exista relación sociedad matriz sociedades filiales.

Lo mismo cabe decir de las declaraciones relativas a la situación de la sociedad filial en orden al cumplimiento de sus compromisos crediticios. Ello es así en las declaraciones en que la sociedad matriz manifiesta su opinión de que la filial está en condiciones de cumplir; este conocimiento, sólo tiene sentido en esa relación matriz-filiales. Idéntico fenómeno se da con mayor claridad si cabe, en aquellas declaraciones en que la sociedad matriz asume el compromiso de vigilar que la sociedad controlada se mantenga en

situación de cumplir o cuando la sociedad matriz se compromete a influir en este sentido, pues tal vigilancia o influencia solo cabe teniendo en cuenta, una vez más, las relaciones matriz-filial.

- De igual manera puede decirse de las declaraciones de patrocinio relacionadas con la solvencia de la sociedad filial, o las que hemos denominado declaraciones de mantenimiento del capital y/o patrimonio, tanto en cuanto a la prohibición de vaciamiento como en las obligaciones positivas de mantener un determinado nivel de capital y/o patrimonio, que supone el ejercitar un control sobre los aspectos financieros de la sociedad.

- Quizás no es esencial esa relación en las que hemos denominado declaraciones de cumplimiento, precisamente porque estas declaraciones están en la frontera entre lo que es declaración de patrocinio y otras figuras de garantías más tradicionales.

Tras esta reflexión, puede por lo tanto afirmarse que, salvo el caso del socio minoritario, que supone, en todo caso, relación entre las sociedades, y salvo el supuesto de las declaraciones de cumplimiento, es esencial e inherente al concepto de declaración de patrocinio la situación de dependencia, e incluso, la situación de grupo de sociedades, entre la sociedad emisora de la declaración de patrocinio y la sociedad beneficiaria del crédito que aquella declaración garantiza.

Por lo expuesto, la, por otro lado, atinada afirmación de Santiago López Uriel (233) de que la posibilidad de funcionamiento de la carta de patrocinio solo puede tener lugar en el seno del grupo de sociedades y no en el simple supuesto de dominio o control de una sociedad por otra requiere alguna matización. Si bien el interés del grupo permitirá a la sociedad matriz adoptar determinadas decisiones al hilo de los compromisos asumidos en una declaración de patrocinio, no es menos cierto que la declaración de patrocinio podrá tener eficacia

en una situación de mera dependencia, previa a la situación de grupo.

Ello sucederá en los supuestos excepcionales de socio minoritario, pero, también en supuestos de socio mayoritario sin existencia del grupo, en todos aquellos casos en los que la obligación recogida en la carta de patrocinio no implique adopción de medidas relativas o que afecten a la sociedad filial, sino que exclusivamente afectan a la sociedad dominante, como son las declaraciones de conocimiento, o el compromiso de mantener la participación.

E, incluso, también podrá darse en toda su eficacia la declaración de patrocinio cuando la obligación asumida por la sociedad dominante, y la realización de la misma, no esté en contradicción, sino en correlación con los intereses de la filial. Ello ocurrirá en numerosas ocasiones, pues no debemos olvidar que la finalidad de la declaración de patrocinio genéricamente considerada es garantía de la sociedad filial frente a la entidad financiadora, lo que en principio no implica contradicción de intereses sino lo contrario. El comportamiento de la sociedad dominante dirigido a procurar este cumplimiento en el ejercicio de su control no implicará tal contradicción de intereses siendo por lo tanto tal actuación legítima incluso sin existir todavía la fase de grupo de sociedades propiamente dicho.

Cosa distinta es que sea precisamente en el ámbito del grupo de sociedades donde la carta de patrocinio tenga más cabal acogida, ya que en este caso, aún existiendo contradicción de intereses, el reconocimiento de la legitimidad del grupo como tal, y por tanto del interés del mismo frente al interés de las filiales, legitimará de modo absoluto (y sin perjuicio de las cautelas a las que hemos venido haciendo reiteradamente referencia), las medidas que adopte la sociedad matriz en cumplimiento de los compromisos asumidos en la declaración de patrocinio.

Pero importa constatar esta matización, que nos permitirá contemplar la eficacia de la carta de patrocinio aún en ausencia de situación de "grupo" propiamente dicho, con independencia de que el derecho positivo aplicable haya regulado dicha situación.

B) .- Utilidad de las declaraciones de patrocinio.-

Lo expuesto anteriormente nos lleva a una cuestión fundamental: la declaración de patrocinio está íntimamente enclavada en el tema de los grupos de sociedades (aun en sentido amplio). Pero, si se produce la regulación de esta materia, uno de los extremos de dicha regulación sería precisamente el atinente a la responsabilidad de la sociedad dominante frente a los acreedores de las sociedades dominadas (y ello, aún cuando consideremos dentro del ámbito a la situación de denominación y no de grupo, pues como hemos visto, en la regulación de los grupos de sociedades se regula también esta fase considerada como previa, y dentro de la misma también en ocasiones la responsabilidad de la dominante frente a los acreedores de las sociedades dependientes). La pregunta en tal caso es evidente, en una situación, de regulación de los grupos de sociedades como la antecitada ¿cuál sería la utilidad de las declaraciones de patrocinio? (234).

Quizá la mejor manera de contestar a esta pregunta sea a partir del examen de la responsabilidad de la sociedad matriz tanto dentro del terreno del derecho común como del derecho ya sea vigente o en proyecto, regulador de los grupos de sociedades que hemos tenido oportunidad de examinar anteriormente.

Desde el punto de vista del derecho "común" de sociedades, el principio general es que la sociedad dominante no responde de las deudas de las sociedades dependientes en virtud del principio de personalidad jurídica y autonomía patrimonial. El art. 1911 del Código Civil establece que del cumplimiento de sus obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros, y al establecerse en

el régimen de las sociedades la autonomía patrimonial y el reconocimiento de la personalidad jurídica y la responsabilidad limitada en las sociedades que tienen este carácter, es claro que el principio general es que de las deudas de la sociedad filial, responde la propia sociedad filial con todo su patrimonio, pero no el patrimonio de los socios ni el patrimonio de la sociedad dominante.

Sin embargo, aún dentro del derecho "común", pueden ser diversas las vías (responsabilidad de los administradores, abuso de la personalidad jurídica, etc.) a través de los cuales puede intentarse la responsabilidad de la sociedad matriz.

En nuestro derecho regulador de la responsabilidad de los administradores de una sociedad anónima, se establece la responsabilidad de éstos (Art. 133 y 135 de la LSA.). (235).

La posibilidad de extender esta responsabilidad a la sociedad matriz está en considerarla como un dirigente de hecho, y por tanto imponerle las responsabilidades que se imponen a los administradores.

Las posibilidades en este caso no son excesivamente extensas, pues sobre ser una situación excepcional, y solamente aplicable por vía analógica, lo cierto es que no podrá imponerse a la sociedad matriz una responsabilidad si no nace de actos dolosos o negligentes, y en ningún caso cuando se abstiene de realizar actos que pudieran ser útiles a la sociedad dependiente, pero a los que ningún administrador está obligado, tales como proveerle de fondos, etc.

El segundo camino, vendría de la aplicación de la doctrina del abuso del derecho, concretamente en este caso el abuso de la personalidad jurídica. Ello sucede cuando la sociedad matriz utiliza la sociedad filial, como un sujeto aparente; una hipótesis semejante a la del levantamiento del velo de la personalidad jurídica en las

sociedades de un solo socio. (236).

Sin embargo, esta aplicación debe hacerse con enorme cautela, pues, como hemos venido repitiendo, el derecho comparado admite la existencia de grupos de sociedades, es decir de una determinada organización diversificada jurídicamente aunque con una estructura económica unitaria. En ellos no cabe hablar en principio de abuso, del derecho ni de abuso de la personalidad jurídica; constituyen, más bien una técnica lícita de organización empresarial, con lo cual las posibilidades de aplicación ya escasas (la teoría del abuso del derecho tiene carácter excepcional en sí misma), lo son mucho más teniendo en cuenta que no se trata de abuso sino de utilización de una técnica cada vez más reconocida en el derecho. (237).

Las posibilidades de utilización de esta teoría para responsabilizar a la sociedad dominante quedarían limitadas a aquellos casos de abuso en los que realmente la personalidad y autonomía de las sociedades filiales son prácticamente inexistentes. (238).

Habría que referirse por último al principio de buena fe consagrado en el párrafo 1º del art. 7 del Código Civil en relación con la apariencia que supone la actuación de la empresa dominada como si formara una unidad con la dominante. De ahí se deduce la necesidad de proteger a los terceros de buena fe que contratan -en este caso conceden facilidades crediticias- basándose en esa apariencia de unidad.

De no haber existido actos que hayan podido dar lugar a esa apariencia, parece que no será posible responsabilizar a la sociedad dominante, y ello porque la apariencia es cabalmente contraria; consta en el Registro la distinta personalidad jurídica de las sociedades, y según la hipótesis que venimos manejando, el contrato que da lugar a la deuda se realiza exclusivamente entre la entidad financiera y la sociedad filial. No parece que el Banco pueda argüir que desconocía



la existencia de diversas sociedades diferentes, y que le es ajeno el estado de la cuestión, incluso jurídicamente hablando, de separación de responsabilidad entre las sociedades. Puede existir apariencia, pero lo que no existe es la creación de una situación de legítima confianza por parte de terceros en ella, que les permita después reclamar a la sociedad dominante. Por el contrario conocen la existencia de distintas sociedades; y ello incluso si se formulan cuentas consolidadas (239), pues precisamente su exigencia tal como hemos visto, se produce cuando se trata de sociedades con personalidad jurídica distinta.

No parece, pues, que la situación de control, desde el punto de vista del derecho común pueda sustituir a las declaraciones de patrocinio, o las haga inútiles, pues no se ofrecen vías más que en casos verdaderamente extremos y excepcionales en los que pueda derivarse la responsabilidad de la sociedad dominante.

En cuanto al derecho específico de los grupos de sociedades nos referiremos a la legislación alemana y a la propuesta de novena directiva.

Como hemos visto en la legislación alemana hay que distinguir el supuesto de dependencia, en el que si la sociedad dominante adopta medidas perjudiciales para la sociedad dependiente, debe compensar el perjuicio causado o en otro caso será responsable. En la práctica, no obstante, este sistema de protección no ha sido muy eficaz, ya que resulta difícil determinar el carácter perjudicial de una determinada medida adoptada, y también resulta difícil precisar la compensación del perjuicio.

De todas maneras, como señala Lutter (240) cuando una empresa dominante detenta la casi totalidad del capital de la sociedad dependiente, no es posible realizar una compensación puntual si la empresa dominante adopta constante y sistemáticamente medidas

perjudiciales para la sociedad dominanda. En tal caso, el Tribunal Federal de Justicia, en la resolución de 5 de Febrero de 1.979, (Gervais) se manifiesta en el sentido mencionado. Se advierten pues, las carencias del sistema.

Por lo que respecta al grupo propiamente dicho, en el derecho alemán si existe contrato de transferencia de beneficios y de dominación, la empresa dominante debe compensar en numerario toda pérdida de la empresa dominada establecida en el balance. Por tanto, la empresa dominante no responde directamente de las deudas sino que debe colocar a la empresa dependiente en situación tal de poder cumplir sus compromisos. Cuando el contrato concluye, la empresa dominante debe garantizar a los acreedores de la sociedad dominada sus créditos hubiesen nacido antes de la expiración del contrato o que se manifiesten en el plazo de seis meses tras dicha expiración. En el caso de incorporación, en el que la sociedad dominante posee al menos el 95 % de las acciones de la sociedad dominada, la sociedad matriz responde solidariamente de todos los compromisos de la sociedad incorporada.

Por lo que respecta a la propuesta de novena directiva, si no existe grupo la empresa dominante responde de los perjuicios que se produzcan como consecuencia de un defecto de gestión del mismo modo que si la empresa dominante fuera miembro del órgano de dirección de la empresa dependiente y asimismo de las operaciones realizadas, sobre las medidas adoptadas, o la omisión de las mismas que no sean conformes al interés de la sociedad dependiente. La acción corresponde a cualquier acreedor cuyo crédito no haya sido satisfecho; para el éxito de la acción tendrá que acreditar el defecto de gestión o que las medidas adoptadas o la omisión de las mismas han resultado perjudiciales para la sociedad dependiente.

En caso de subordinación la sociedad dominante responde de las obligaciones de la sociedad dependiente pero con carácter

subsidiario, pues es preciso haber puesto en mora a la sociedad dominada por escrito. Además, la sociedad dominante quedará liberada de su responsabilidad si prueba que el incumplimiento por la sociedad es debido a causas que no provienen de una influencia que ella haya ejercido o se haya abstenido de ejercer. Por lo tanto, lo que existe es una presunción, que puede ser objeto de prueba en contrario, y en su caso la sociedad dominante quedaría exenta de responsabilidad.

A la vista de este régimen jurídico se advierte la utilidad de las cartas de patrocinio, aún en presencia de una regulación de los grupos de sociedades y de las situaciones de dependencia, pues existen diversos supuestos en los que la sociedad dominante no responde, o bien esta responsabilidad es difícilmente obtenible ante los Tribunales.

Pero es que, además, la utilidad de las declaraciones de patrocinio se manifiesta en otros muchos aspectos, incluso en presencia de una regulación específica de grupos. En primer lugar, como ha puesto de relieve Coipel (244) no cabe perder de vista el alcance moral de las declaraciones de patrocinio, pues si bien es cierto que en la práctica de los negocios, es lógico que la sociedad dominante no permita la caída de la sociedad dominada, esto se refuerza aún más mediando una declaración de patrocinio aunque sea de alcance reducido.

Las declaraciones de patrocinio ponen de manifiesto ante el banquero una serie de circunstancias que le otorgan una mayor tranquilidad, desde el punto de vista de la moral de los negocios y sin duda un refuerzo jurídico considerable a las normas generales. Por encima de ellas, la misma emisión permitirá suponer a la entidad crediticia que el interés de la filial no será sacrificado en aras de interés de la sociedad dominante. Tal cosa sucede en especial, con las declaraciones relativas al nivel de participación, no sólo porque desde el punto de vista moral tranquilizan a la entidad de crédito, pues le

permiten suponer que la sociedad dominante hará honor a su promesa, sino porque manifestando la influencia de la sociedad dominante, recibe la tranquilidad derivada del conocimiento de que la sociedad será bien gestionada, poniendo de manifiesto las relaciones que la sociedad dominante tiene con la sociedad dominada beneficiaria del crédito.

Así pues, las declaraciones de patrocinio en una situación legislativa futura de regulación de los grupos de sociedades no han de desaparecer, sino que mantendrán su eficacia en relación y como refuerzo de dicha legislación.

Y si ello es así en presencia de una posible regulación, naturalmente mucho más sucederá en la situación actual de falta de un derecho específico al respecto. Dicha circunstancia se manifiesta en una doble medida; en cuanto que constatan la existencia de compromisos específicos frente a la entidad de crédito, porque suponen una preparación precisamente cara a la regulación del grupo de sociedades, y porque, como hemos visto, en presencia de una situación de dependencia, pero no de un grupo formalmente constituido, permiten superar las dificultades de determinación del carácter perjudicial de las medidas, o las dificultades de la prueba y de la relación de causalidad entre el impago de la deuda y la actuación de la sociedad dominante.

NOTAS DEL CAPITULO CUARTO

(207). En este sentido Michel Coipel en Lettres de Patronaje y Droits des Societes (les letres de patronage, cit. pag. 199 y siguientes, prefiere utilizar el término sociedades ligadas, precisamente porque en su criterio tal noción es más amplia que la del grupo de sociedades y porque una sociedad filial no es necesariamente miembro de un grupo de sociedades. Una sociedad filial es una sociedad dependiente de otra : La sociedad dominante. Este estas dos sociedades existe un lazo de dependencia. La dominación es definida, ya como la posibilidad de ejercer una influencia dominante, ya acomo la posibilidad de dirigir la actividad de la filial. Es necesario insistir -en su criterio- sobre la palabra "posibilidad" : Una sociedad es dominante desde que dispone del poder de influencia o de dirección, incluso si no usa de él efectivamente.

Las dos definiciones de la dependencia designan de modo diferente, la misma realidad económica. De todas maneras la definición que se refiere a la influencia dominante tiene la ventaja de resaltar mejor la diferencia entre la simple dependencia y el grupo, caracterizado por la dirección única. Las sociedades ligadas son ya sociedades entre las cuales existe un lazo de dependencia, o ya sociedades que forman un grupo de sociedades. El grupo de sociedades está generalmente caracterizado por la reunión de varias sociedades jurídicamente independientes bajo una dirección económica única. El grupo supone la existencia de una política económica general del grupo, sin que importe la manera en la que de hecho esta política se concibe y aplica..... El término grupo en sentido amplio designa el fenómeno económico de los lazos de afiliación y de agrupamiento entre sociedades. En sentido estricto y desde una óptica más jurídica se

utiliza con la acepción que le da o que debiera darle una legislación específica, por ello utiliza el término sociedades ligadas para evitar la confusión entre los dos significados de la palabra grupo.

(208) La bibliografía del tema es extensísima, podemos citar : Girón Tena, Grupo de Sociedades. Las grandes empresas Méjico-Valladolid 1965. Pags. 97 y siguientes; Uria Teoría de la concentración de empresa, en R.D.M. 1949. Pags. 315 y siguientes; Justino Duque Las Uniones de empresas en la reforma alemana del derecho de sociedades por acciones, en A.D.C. 1964. Pags. 383-436 y Pags. 283-940; Esteban Velasco Las sociedades, R.D.M. 1981. Pags. 651 y siguientes, del mismo autor Las sociedades y las empresas multinacionales en R.D.M., 1984. Pags. 337 y siguientes; Fernandez de la Gándara Poder de dirección y responsabilidad en los grupos de sociedades. (Contribución al estudio de la concentración de empresas), Madrid, Fundación March, 1972; Embid Irujo, José Miguel La segunda proposición de ley del Diputado Cousté sobre los grupos de sociedades en Francia, R.D.M. 1978, Pags. 563 y siguientes; Los grupos de sociedades en la nueva ley brasileña de sociedades anónimas, R.D.M., 1979, Pags. 461 y siguientes; Recientes aportaciones suizas al derecho de los grupos de sociedades, R.D.M., 1981, Pags. 325 y siguientes; Algunas reflexiones sobre los grupos de sociedades y su regulación jurídica, R.C.A.S.V., Enero 1983, Pags. 13 y siguientes. Los grupos de sociedades en la Comunidad Económica Europea (7a y 9a directiva) en García de Entera/Gonzalez Campos/Muñoz Machado, Tratado de Derecho Comunitario Europeo, Madrid 1986. Pags. 73 y siguientes. La regulación de los grupos de sociedades en G.J.C.E.E. Nº 25, Madrid 1987; Grupos de sociedades y accionistas minoritarios (La tutela de la minoría en situaciones de dependencia societaria y grupo), Ministerio de Justicia, Madrid 1987.

Para el resto de la bibliografía, puede consultarse la recogida en ésta última obra, y en cuanto a la bibliografía extranjera la recogida por Ruedin y Druey, que figura al final del trabajo del

profesor Ruedin Hacia un derecho de grupos de sociedades en Z.S.R./R.A.S. 1980, pág. 263 y siguientes.

(209) Véanse Art. 42 y siguientes del Código de Comercio Reformado.

(210) En este sentido puede verse, Alvarez Melcon, Análisis contable del régimen de declaración consolidada de los grupos de sociedades, Madrid, 1983 y Duque, Justino Las condiciones de consolidación de las cuentas anuales. R.D.E.S.C., pág. 737, y asimismo Las cuentas consolidadas y el Derecho Mercantil, Centenario del Código de Comercio, Madrid, 1985, pág. 207 y siguientes.

(211) La Ley del Mercado de Valores de 28 de Julio de 1.988 establece en su Art. 49, que a los efectos de esta Ley, "se considerarán pertenecientes a un mismo grupo las entidades que constituyan una unidad de decisión, porque cualquiera de ellas controle o pueda controlar, directa o indirectamente, las decisiones de las demás.

Se entenderá en todo caso que existe control de una entidad dominada por otra dominante cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias :

a) .- Que la entidad dominante disponga de la mayoría de los derechos de voto de la entidad dominada, bien directamente, bien mediante acuerdo con otros socios de esta última.

b) .- Que la entidad dominante tenga derecho a nombrar o destituir a la mayoría de los miembros de los órganos de Gobierno de la entidad dominada, bien directamente, bien a través con otros socios de esta última.

c) .- Que al menos la mitad más uno de los Consejeros

de la entidad dominada sean Consejeros o altos Directivos de la entidad dominante o de otra entidad por ella dominada".

(212) Piras, Collegamenti tra società e tipificazione dell' impresa di gruppo, en la Riforma delle società di capitali in Italia, Venezia, 1966, Pags.1152.

(213) Puede verse en este sentido, Sagardoy, La temática laboral del grupo de empresas, en Cremades (e.d.) empresas multinacionales y Derecho Español, Madrid, 1977, pág. 771 y siguientes. Y Embid Irujo, J.M. Notas sobre la caracterización jurídica del grupo de sociedades y su significado en el derecho del trabajo. (En torno a la sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 4 de Julio de 1.984), R.C.A.S.V. Nº 27, 1985, pág. 95 y siguientes.

(214) Embid Irujo, Grupo de sociedades y accionistas ....., cit, pág. 28 y 27.

(215) Embid Irujo, Algunas reflexiones....., cit. pág. 22 y siguientes.

(216) Embid Irujo, Grupos de sociedades ..... cit, pags. 47 y siguientes.

(217) Zurita La oferta pública de adquisición (OPA) Madrid 1980; Malan Las ofertas públicas de compra, La experiencia inglesa, Paris 1969; Pennington, "Take-over bids in the United Kingdom AJCL. 1969, pág. 577 y siguientes; Cesarini Le offerte pubbliche di azioni nell esperienza italiana, 1961-Marzo 1973, Riv. Soc. 1973. Pags. 145 y siguientes.

(218) En nuestro derecho el régimen de las ofertas públicas de adquisición se encuentra, además de la L.M.V., en el Real-decreto 279/1984 de 25 de Enero.



(219) El Art. 60 de la Ley del Mercado de Valores establece que "quien pretenda adquirir, en un solo acto o en actos sucesivos, un determinado volumen de acciones admitidas a negociación en una Bolsa de Valores u otros valores que directa o indirectamente puedan dar derecho a su suscripción o adquisición y de esta forma llegar a alcanzar una participación significativa en el capital de la sociedad, no podrá hacerlo sin promover una oferta pública de adquisición dirigida a todos sus titulares.

Quien adquiera el volumen de acciones y alcance la participación a que se refiere el párrafo 1º sin la preceptiva oferta pública de adquisición, no podrá ejercer los derechos políticos derivados de las acciones así adquiridas.... Las ofertas públicas de adquisición de acciones u otros valores que directa o indirectamente puedan dar derecho a su suscripción o adquisición formuladas de modo voluntario deberán dirigirse a todos sus titulares y estarán sujetas a las mismas reglas y procedimiento que las demás contempladas en este artículo".

(220) La Ley de Sociedades Anónimas establece en su Art. 86 que "La sociedad que, por sí misma o por medio de una sociedad filial, llegue a poseer más del 10% del capital de otra sociedad deberá notificarlo de inmediato, quedando mientras tanto suspendidos los derechos correspondientes a sus participaciones.

Dicha notificación habrá de repetirse para cada una de las sucesivas adquisiciones que superen el 5% del capital".

(221) Recogemos esquemáticamente lo expuesto sobre dependencia societaria por el profesor Embid Irujo en su obra citada Grupos de sociedades y accionistas minoritarios, Pag. 73 y siguientes.

(222) Justino Duque El posible encuadramiento de las llamadas empresas o filiales comunes en los grupos de empresas Estudios en homenaje a Batlle, Madrid 1978.

(223) (Art. 2º párrafo 3º) "Se contarán igualmente en la participación de la empresa dominante en el sentido del apartado 2 letras a) y b), las acciones detentadas por una empresa dependiente de ella así como las acciones detentadas en nombre propio por otras personas que actúen por cuenta de la empresa dominante o de una empresa dependiente de ella". Art. 3º, "1. Cuando, en virtud de un acuerdo de otra manera, varias empresas están, en conjunto, en situación de ejercer, directa o indirectamente una influencia dominante sobre otra empresa, cada una de ellas es considerada como dominante, mientras que la otra empresa es considerada como dependiente".

(224) El primer apartado de este artículo es del tenor siguiente :

"Si no existe contrato de dominación, la empresa dominante no puede utilizar su influencia para inducir a la sociedad dependiente, anónima o comanditaria a concluir un negocio jurídico perjudicial o, adoptar u omitir una medida en su perjuicio, a no ser que se compensen los perjuicios".

(225) Art. 2º del Proyecto de novena directiva.

(226) Embid Irujo Algunas reflexiones sobre los grupos de sociedades..... R.C.A.S.V. Pags. 16 y

(227) Sacristán El grupo de estructura paritaria ....., R.D.M., 1982, Pags. 375 y siguientes.

(228) V. El Reglamento del grupo europeo de interés económico de 25 de Julio de 1985. Al respecto pueden consultarse,

Sacristán, M. La agrupación europea de interés económico (antecedentes y caracterización). R.D.E.S.C., pág. 811 y Lavabre, Ch. Le groupement de intérêt économique. Une expérience de liberté contractuelle, París, 1972.

(229) La doctrina no es unánime sobre la admisión de esta categoría dentro del grupo de sociedades. Así, Embid Irujo Grupos de sociedades y accionistas minoritario, cit. pags. 160, considera que las ideas de cooperación y transitoriedad parece confirmar la exclusión de los llamados grupos de coordinación de este campo, y situarlos junto a otras instituciones características de la cooperación interempresarial, otros (como Sacristán), El grupo de estructura paritaria, cit. y Duque Concepto y significado institucional de los grupos de empresas, (Libro homenaje a Roca Sastre), Vol. 3º Madrid, 1976, pág. 527, considera que el ejercicio de la dirección unitaria y el funcionamiento del principio mayoritario en los grupos por coordinación, exigen la adaptación de normas que sirva para proteger a los intereses aceptados y la propuesta de novena directiva se refiere a la aplicación de medidas al respecto en su Art. 41º.

(230) Las sociedades de garantía recíproca están reguladas en nuestro derecho en el Real-decreto de 26 de Julio de 1.978, pueden consultarse al respecto, Bercovitz, A. y otros, Informe sobre las sociedades de garantía recíproca. Madrid, 1983 y Galán Corona, E. Sociedades de garantía recíproca, N.E.F.C.G.M.F., Madrid, 1990, pág. 37 y siguientes.

(231) Marco Prosperetti Letres de patronage, D.D.P. , cit, pág. 556. Comienza a difundirse el uso de cartas redactadas por el financiador y dispuestas para que sean utilizadas por el potencial mutuuario en sus propias relaciones de negocios con terceros..... No se trata de verdaderas "lettere di gradimento cuando de "lettere di intento".

(232) La lettre de patronage como .....cit. Pag. 174 y siguientes.

(233) Santiago López Uriel Comentarios a la sentencia de 16 de Diciembre de 1985, C.C.J.C. cit. Enero-Marzo 1986. Pags. 264 y siguientes. El citado autor comenta favorablemente el contenido del Fundamento de Derecho II y sobre todo el Fundamento V, donde señala que el juzgador indica que la situación propia de sociedad matriz y sociedad filial es el ámbito específico del desarrollo de las cartas de confort, y no basta la sola o simple posición de accionista mayoritario. Se parte del concepto de grupo como nueva forma de empresa basada en una unidad económica, en la que aparece legitimado el interés del grupo que permite a la sociedad madre impartir instrucciones vinculantes a las filiales, incluso cuando puedan producir perjuicios a las mismas. Se destaca igualmente que cuando se trata de declaraciones de voluntad en la tipología de Mazonni, residiendo la esencia de estas cláusulas en obligar al emisor a dirigir sus poderes sociales en una determinada dirección y con la intensidad necesaria, ha de tenerse en cuenta el límite de validez de tales constratos constituido por el contraste de ese interés del grupo con los intereses sociales de la sociedad patrocinada. Para nuestro autor, la posibilidad de funcionamiento de la carta de patrocinio es que la obligación asumida por el emisor no choque, al cumplirse, con los mencionados intereses, incluso si el despliegue de actividades requerido causa daños a la filial. Y eso -salvo el supuesto marginal de coincidencia de intereses del grupo y de la filial, no se dá en el simple caso de dominio o control de una sociedad por otra, sino en el seno del grupo de sociedades, con un interés propio, que prima sobre el de cada una de las filiales".

(234) En este sentido Michel Coipel obra citada. Pag, 207 : "Esta cuestión es crucial : En la medida en que más esté obligada la sociedad dominante a asumir las deudas de su filial, menos utilidad tendrán las cartas de patrocinio".

(235) La reformada Ley de Sociedades Anónimas establece en el Art. 133 que "los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos contrarios a la ley o a los Estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo". El Art. 135 establece que quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a los terceros por actos de administradores que lesionen directamente los intereses de aquellos; por su parte la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, asimismo reformada establece en su Art. 11 que serán de aplicación a los Administradores de la sociedad de responsabilidad limitada lo dispuesto para los Administradores de la sociedad anónima, salvo lo establecido en esta ley.

(236) Como señala Sanchez Calero, Instituciones de Derecho Mercantil, 13 edición, Madrid, 1988, en la pág. 160 "puede producirse un abuso del derecho a través del uso de la personalidad jurídica de la sociedad que se debe evitar" (Art. 7 del C.C.); Olivencia en La confusión de patrimonios y el Art. 285 del Código de Comercio, en estudios en homenaje a Uria, Madrid, 1978, pág. 504 y siguientes, señala "en concreto el argumento se ha usado con frecuente preferencia en los casos de "abusos de la personalidad jurídica" y, específicamente para desencadenar en su virtud la responsabilidad personal del socio o de los socios que, amparándose en el principio formal de la "no responsabilidad de los socios por las deudas sociales", intenten eludirla en aquellos supuestos en que falta realmente la esencia asociativa". Sobre el tema pueden verse además, Alonso Ureba, La sociedad unipersonal, en R.D.E.S.C., Madrid, 1987, pág. 217 y siguientes; Angel, Ricardo de, La doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica en la reciente jurisprudencia, Madrid, 1990; Arroyo, La sociedad unipersonal en el derecho español, R.J.C. 1982, I, pág. 13; Jordano Barea, La sociedad de un solo socio, R.D.M., 1964, pág. 10 y siguientes; Puente Muñoz, T.

En torno a la persona jurídica mercantil, R.G.D. 1965, pág. 830 y siguientes; De Castro, Formación y deformación del concepto de persona jurídica, C.L.N., I, Madrid, 1964, pág. 9 y siguientes; Girón Tena, Derecho de sociedades, parte general, sociedades colectivas y comanditarias, Madrid, I, 1976, pág. 160 y siguientes; Serick, Apariencia y realidad de las sociedades mercantiles, trad. esp. de Puig Brutau, Barcelona 1958 y Verrucoli, Il "superamento" della personalità giuridica delle società commerciali. Milano, 1981.

(237) Como señala Embid, Notas sobre la caracterización jurídica del grupo...., cit., R.C.A.S.V. pág. 121, nota nº 60 "cuatro son los supuestos que, según la doctrina dominante, justifican la desestimación de la personalidad jurídica : Subcapitalización, confusión de patrimonios, confusión de "esferas" y abuso de la institución".

(238) En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Marzo de 1.988.

(239) El Código de Comercio reformado en su Art. 42, señala que toda sociedad mercantil estará obligada a formular cuentas anuales e informe de gestión consolidado, siempre que siendo socio de otra sociedad se encuentre con relación a ésta en alguno de los casos siguientes : a).- Posea la mayoría de los derechos de voto. b).- Tenga la facultad de nombrar, o de destituir a la mayoría de los miembros del órgano de Administración. c).- Pueda disponer en virtud de acuerdos celebrados con otros socios de la mayoría de los derechos de voto. d).- Haya nombrado exclusivamente con sus votos la mayoría de los miembros del órgano de Administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores.

(240) Lutter Lo sviluppo del diritto dei gruppi in

Europa, Riv. Soc. 1981. Pags 684 y siguientes.

(241) M. Coipel. cit. pág. 226 y siguientes.

# CAPITULO QUINTO

I) .- DECLARACIONES DE PATROCINIO Y DERECHO COMUN DE SOCIEDADES.

II) .- DECLARACIONES DE PATROCINIO Y DERECHO CONTABLE.



S U M A R I O :

I) .- DECLARACIONES DE PATROCINIO Y DERECHO COMUN DE SOCIEDADES.

A).- Introducción.

- 1) Validez de la emisión de la declaración de patrocinio.
- 2) Organos sociales que pueden acordar la emisión de la declaración de patrocinio y órganos sociales que puedan representar a la sociedad en dicha emisión.
- 3) Validez de la declaración de patrocinio que implica límites a la disposición de las acciones o que obliga a votar en un determinado sentido.

II).- DECLARACIONES DE PATROCINIO Y DERECHO CONTABLE .

- 1) Premisas.
- 2) Normas comunitarias y estatales.
- 3) Conclusiones.

I).- DECLARACIONES DE PATROCINIO Y DERECHO COMUN DE SOCIEDADES.

A) INTRODUCCION.

Existen otros problemas del derecho común de sociedades que puede plantear la declaración de patrocinio. Los pasamos a examinar

muy brevemente a la luz de nuestro derecho positivo tras su enumeración.

En primer lugar, si una sociedad puede válidamente acordar la emisión de una declaración de patrocinio en favor de otra sociedad, es decir, partiendo de la consideración genérica de la declaración de patrocinio como una garantía, si la sociedad dominante puede acordarla, y en su caso, si este acuerdo puede ser contrario a los estatutos o al interés de la sociedad.

En segundo lugar, cual será el órgano u órganos que pueden válidamente acordar la emisión de una declaración de patrocinio, y cual es el órgano, u órganos societarios que pueden efectivamente representar a la sociedad en la emisión de la declaración de patrocinio.

En tercer lugar, si determinadas declaraciones de patrocinio, señaladamente aquellas que imponen la obligación de no enajenar las acciones de la sociedad dominada, y aquellas que imponen el compromiso de voto en un determinado sentido en la Junta General (por ejemplo, acuerdo de aumento de capital de la sociedad dominada) son contrarias a la normativa común en materia de sociedades.

#### 1) Validez de la emisión de la declaración de patrocinio.

El primer supuesto por tanto está en la validez de la declaración de patrocinio, cuando esta declaración haya sido acordada en contra de lo dispuesto en la ley, en los estatutos sociales o en perjuicio del interés social (241).

El supuesto es difícil de concebir en la práctica, pues hay que pensar que la sociedad que otorga la declaración de patrocinio, como regla general es sociedad dominante respecto de la sociedad filial. Interesará no ya sólo al interés del grupo, en caso de

existir, sino al interés particular de la sociedad dominante, en términos generales el mantenimiento de la sociedad dominada, y su buena marcha, pues redundará en beneficio de la sociedad dominante.

Sin embargo, pudiera pensarse en un supuesto de otorgamiento de la declaración en interés exclusivo de la sociedad dependiente, y tal vez de algún socio que lo sea tanto de la sociedad dominante como de la sociedad dependiente. En este caso, parece que el acuerdo puede ser objeto de impugnación, pero hay que recordar respecto de su eficacia frente a terceros lo dispuesto en el párrafo 1º del art. 122 LSA. (242). De la redacción de dicho artículo se desprende que la entidad financiera receptora de la declaración de patrocinio y ésta misma, no se verán afectadas por la estimación de la impugnación del acuerdo, salvo el caso de que la entidad financiera no pueda ser considerada como un tercero de buena fe. Ello nos lleva al concepto de buena fe de nuestro derecho, y en este caso por aplicación de los principios generales, la buena fe ha de equivaler a desconocimiento y, por cierto, ha de presumirse siempre. (243). No parece que sea necesaria la conciencia o menos la intención de perjudicar, para que exista mala fe; bastaría que el Banco tenga conocimiento de que el acuerdo adoptado de emitir la declaración de patrocinio es contrario a los intereses de la sociedad emisora. Si el Banco conoce que el acuerdo es contrario a los intereses sociales, puede afirmarse que tiene consciencia del perjuicio que produce o que puede producir a la sociedad emisora la carta de patrocinio.

Sin embargo, no ha de olvidarse que la buena fe ha de presumirse, y por tanto para que la carta de patrocinio no produzca efecto respecto del banquero habrá de acreditarse que este tenía conocimiento de la ilicitud del acuerdo, por ser contrario a los intereses sociales, y por ello susceptible de producir perjuicio a la sociedad dominante. Bien entendido que debe tratarse de perjuicio sin interés social de contrapartida, pues siempre que se presta una garantía aún en sentido amplio, si llega el momento de cumplirla se

produce un perjuicio. Dicho perjuicio quedará justificado si el riesgo que se asume lo es en contrapartida del beneficio que espera obtener la sociedad emisora a través de la filial con la concesión de la facilidad crediticia por parte del Banco.

No es previsible que los estatutos contengan una prohibición al respecto, pero aún cuando así fuera, no cabe entender que el banquero pierde la buena fe por el hecho de que los estatutos hayan sido publicados. Será de aplicación en este punto lo dispuesto en el art. 129-2º de la Ley de Sociedades Anónimas, basado en la primera directiva del Consejo 68/151 de 9 de Marzo de 1.968, que en su Art. 9º párrafo 2º establece que la sola publicación de los estatutos no es suficiente para demostrar que el tercero conoce el exceso de poder, y de igual manera habría de entenderse aplicable a este supuesto. No puede olvidarse que es muy frecuente que las entidades bancarias tengan copia de los estatutos entregada por la propia sociedad que mantiene relación con dicho Banco, lo cual no se limita a una mera publicación, sino que supone un conocimiento más inmediato. (244).

- 2) Organos sociales que pueden acordar la emisión de la declaración de patrocinio y órganos sociales que pueden representar a la sociedad en dicha emisión.

Semejante solución ofrece el supuesto de irregularidad tanto en la adopción del acuerdo de emitir la declaración de patrocinio como en el otorgamiento de la misma por personas que carezcan de los necesarios poderes. (245). En este sentido ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en los Arts. 129 de la Ley de Sociedades Anónimas (246) y 8 y 9 de la primera directiva citada (247).

En estos casos de irregularidad, por tanto, su eficacia frente a terceros queda condicionada a los siguientes supuestos :

- Que el exceso o irregularidad resulte de la ley.

- Que aún resultando de los estatutos, atendidas las circunstancias del caso, el tercero no sea de buena fe, es decir conozca o deba conocer ese exceso o irregularidad; no será suficiente la mera publicación de los estatutos para constituir tal prueba y sin culpa grave.

Por su relación con este punto, quizá convenga hacer referencia a la sentencia de 16 de Diciembre de 1.985 ya comentada con anterioridad, y concretamente a lo dispuesto en el apartado c) del 5º de sus Fundamentos de Derecho. En él, se señala "que la condición de Sub-director general del Banco de Noroeste ostentada por el firmante de la carta no le autoriza sin más para obligar a la sociedad anónima en un contrato análogo al de fianza para garantía de operaciones ajenas a la propia actividad bancaria, cuando no consta que estuviera autorizado para ello ni que hubiera recaído acuerdo de la Junta General, máxime si se tiene en cuenta que por su carácter de Consejero con nombramiento mancomunado, que la Sala de Instancia señala, tenía que actuar de consuno". Cabe citar esta afirmación, y no solo por la asimilación a la fianza, pues la carta de patrocinio podrá tener el carácter de garantía en sentido amplio, sin ser asimilable necesariamente a la fianza, (248) sino también porque con ello se descuida la protección a terceros, sin que se haga en absoluto referencia a la buena o mala fe de éstos. (249).

En resumen, si el firmante de la declaración es un administrador será de aplicación lo dispuesto en el Art. 129 L.S.A., de manera que si pueda considerarse como un acto comprendido en el objeto social vinculará a la sociedad, aunque existe limitación inscrita en el Registro Mercantil. Aún cuando se trate de actos no comprendidos en el objeto social, también quedará obligada la sociedad si se trata de terceros de buena fe.

Cuestión distinta se plantea si el firmante de la declaración no es administrador, sino un apoderado singular, pues en este caso, será preciso tener en cuenta la extensión de su apoderamiento y actividad y la intensidad de los compromisos asumidos en la declaración. Así como el importe de la operación crediticia de que se trata en relación con la actividad y la importancia de la sociedad matriz.

- 3) Validez de la declaración de patrocinio que implica límites a la disposición de las acciones o que obliga a votar en un determinado sentido.

Por último nos referiremos a la posible dificultad de otorgar la declaración de patrocinio en el marco de la legislación reguladora de las sociedades anónimas cuando implique una prohibición de enajenar acciones o la obligación, por ejemplo, de aumentar el capital de la sociedad dominada.

Pasamos a examinarlo separadamente.

(250) En principio pudiera pensarse que dado el carácter esencial de la negociabilidad de los títulos representativos de las acciones, y la nulidad de aquellas cláusulas estatutarias que hagan prácticamente intrasmisible la acción, tal cláusula, debiera considerarse como nula.

Sin embargo un pacto de intransmisibilidad de ciertas acciones, durante un cierto tiempo y por una justa causa, no parece nulo "inter partes". Pensemos por ejemplo, en una pignoración de acciones; en garantía de una deuda, o en una opción de compra de acciones), en los casos citados, las acciones son inter partes intransmisibles, (251). Dichos pactos, en nuestro criterio, deben

considerarse plenamente lícitos, no sólo por estar justificados sino también porque la limitación se refiere a un periodo de tiempo determinado. Lo que se prohíbe es el privar a las acciones de su carácter de transmisibilidad con carácter absoluto, pero no que alguno de los socios asuma el compromiso de no transmitir las en determinadas circunstancias.

Otra cosa distinta es que si pese al pacto establecido, las acciones se transmiten, esta transmisión efectuada en favor de un tercero será válida, y el tercero adquirirá las acciones, habiéndose incumplido el pacto. Como consecuencia de ello nacerá una obligación de indemnizar los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de tal obligación. Si se acredita que los daños y perjuicios consisten para el Banco en no haber podido percibir su crédito como consecuencia de esa transmisión de acciones, la sociedad dominante vendrá a indemnizar precisamente esa pérdida.

Más dudoso nos parece en nuestro derecho, ante la inexistencia de un procedimiento adecuado, la posibilidad de que el Banco adopte medidas de precaución para que no se lleve a efecto la transmisión.

De igual manera dudosa, aunque extremadamente útil para el correcto funcionamiento de las declaraciones de patrocinio nos parece la opinión de Coipel en la obra tantas veces citada. Para este autor el pacto sería nulo, si bien por vía de conversión, cabría entender que el banquero habría de ser consultado antes de que se produjera la cesión de la participación. Podría oponerse, en todo caso si la sociedad dominante no propone garantías razonables, entendiéndose estas últimas según el principio de proporcionalidad, es decir como garantías equivalentes a la ofrecida. (252).

Por lo que respecta al segundo de los supuestos, la solución es semejante; es decir, no parece que sea nulo el pacto causalizado de

votar en un determinado sentido en la Junta General. Pese al pacto de que no se vote en este sentido en la Junta General, el acuerdo que resulte de dicha Junta, aún cuando sea contrario al pacto, será válido desde el punto de vista jurídico, y simplemente se generará de nuevo una responsabilidad derivada del contrato, o mejor, del incumplimiento del mismo a cargo de la sociedad dominante. Como consecuencia se habrá de indemnizar al Banco de los daños y perjuicios que se deriven de ese incumplimiento en los mismos términos y condiciones a los que antes se ha hecho referencia.

Por último, en todos estos supuestos, cabe una última vía de responsabilidad, y es a través de la responsabilidad extracontractual del Art. 1902. (253). Se refiere a este extremo Poulet (254), respecto de aquellas cartas de patrocinio que siendo simplemente declarativas pueden entrañar responsabilidad extracontractual, por falsa declaración o por creación de una apariencia engañosa para el Banco. En este caso sostiene el autor -opinión que compartimos- que la sociedad dominante, obrante a través de sus órganos o sus representantes, puede incurrir en tal responsabilidad extracontractual que le será reclamada en la medida en que se acrediten los daños y perjuicios y la relación de causalidad con la pérdida del crédito por parte de la entidad financiera.



II) DECLARACIONES DE PATROCINIO Y DERECHO  
CONTABLE .- (255).

---

1).- PREMISAS.-

Como se ha puesto de relieve con anterioridad una de las causas de existencia y subsistencia de las declaraciones de patrocinio, está constituida por el interés de la sociedad emisora de la declaración en que no aparezca sobrecargada su contabilidad con obligaciones de garantía en favor de las filiales, buscando así el lograr la genérica finalidad de garantía sin necesidad de recargar el balance; de ahí el interés en hacer una referencia a la relación entre las declaraciones de patrocinio y la contabilidad (256).

Si partiéramos de la consideración de las declaraciones de patrocinio como exclusivamente creadoras de obligaciones no jurídicas, su exclusión de la contabilidad parecería clara (257). Por el contrario, si partimos de la consideración de dichas declaraciones como susceptibles de engendrar verdaderas obligaciones jurídicas, la conclusión no es tan evidente y merece un pequeño comentario.

La primera premisa que debe establecerse es la que nos sugiere la reflexión y cambio de concepción jurídica de la obligación de contabilidad. Este cambio de orientación lo encontramos ya en la exposición de motivos de la Ley de Sociedades Anónimas de 15 de Julio de 1.951, que en su apartado 5º señala : "De aquí que el balance de esta sociedad interesa no solo a los accionistas y acreedores sino al estado y al público en general"; así el fundamento de las normas jurídicas en materia de contabilidad, no reside solo en la protección de los socios, sino de los acreedores, de los trabajadores de la

empresa, del Estado y en último término de la comunidad. (258).

Una segunda premisa, que parece de interés, viene derivada de los fines perseguidos por la contabilidad. Su fundamental misión es la información, desde una perspectiva numérica, o expresada numéricamente. Esta consideración, podría sugerirnos que no deben incluirse en la contabilidad aquellos datos que no sean susceptibles de ser numéricamente computados o expresados. Esta afirmación no ha sido en el pasado del todo exacta, ni tampoco lo es en la actualidad, incluso en la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, además de documentos contables típicos, en el sentido de expresión numérica, aparecía un documento -la memoria explicativa- en el que no es en absoluto necesaria dicha expresión. En la actualidad, se observa una evolución tendente a reforzar y complementar la contabilidad con otros documentos que le sirven de explicación y en los que en absoluto pueda hablarse de expresión numérica (259) (anexos, informes de gestión, notas a los estados financieros, informaciones complementarias, etc). (260).

En tercer lugar, a los efectos que nos interesan, es útil constatar que entre las menciones del balance se encuentran aquellos compromisos cuyas consecuencias financieras son ciertas o casi ciertas. Nos referimos tanto a las deudas como a las provisiones, esto es, aquellos cargos o pérdidas que en el momento de cierre del ejercicio son probables o son ciertas, si bien indeterminadas en su cuantía. Por el contrario, aquellos compromisos que no reúna estas circunstancias, pero que encierren una probabilidad más o menos elevada de pago por parte de la sociedad, no figurarán en el balance, pero sí fuera del mismo, ("Footnote", "Hors bilan", "Sottolariga").

## 2).- Normas comunitarias y estatales.

En este sentido, la cuarta directiva de la CEE, de 25 de Julio de 1.978, en su art. 43 apartado 7º establece que "la memoria debe incluir indicaciones sobre el importe global de los compromisos

financieros que no figuren en el balance, en la medida en que su indicación sea útil para la apreciación de la situación financiera. Los compromisos existentes en materia de pensiones, así como los compromisos con respecto a empresas ligadas, deberán aparecer de forma clara". (261).

La Ley de Sociedades Anónimas reproduce el precepto en el apartado 7 del Art. 200. A su vez, el Art. 37 del Código de Comercio se refiere a la obligatoriedad de que las cuentas anuales se redacten conforme, entre otros, al principio de prudencia, en cuya virtud deben tenerse en cuenta todos los riesgos previsibles.

Y muy especialmente hay que aludir a lo dispuesto en el Art. 183 de la Ley de Sociedades Anónimas según el cual "1.- Deberán figurar en forma clara a continuación del balance o en la memoria, todas las garantías comprometidas con terceros, sin perjuicio de su inscripción dentro del pasivo del balance cuando sea previsible su efectivo desembolso. 2.- Deberán indicarse claramente las distintas clases de garantías otorgadas, con mención expresa de las de carácter real. 3.- Si tales garantías se refieren a sociedades del grupo deberá mencionarse específicamente esa circunstancia". (262).

Además, han de tenerse en cuenta las normas contenidas en la séptima directiva del 13 de Junio de 1983 relativa a las cuentas consolidadas, y su recepción en el Código de Comercio en los Arts. 42 y siguientes, especialmente el Art. 48 N 7. (263).

(264) En los textos examinados, como puede verse, no existe una referencia concreta a las declaraciones de patrocinio, y desde luego no es esta frecuente. Podemos citar, una "toma de posición" del Instituto de Auditores de Empresa Alemanes del año 1.976, según la cual las sociedades alemanas por acciones tienen obligación de publicar en sus cuentas anuales los compromisos resultantes de cartas de patrocinio emitidas por ellas en apoyo de los compromisos de sus filiales.

Distingue el Instituto cinco categorías según la intensidad de las manifestaciones de la sociedad eminente, proponiendo un término medio, de tal manera que los compromisos que impliquen una garantía precisa deben ser mencionadas en el anexo en las cuentas anuales mientras que los compromisos menos precisos deben aparecer en el informe de gestión que se propone (265).

Otro dato separa a las declaraciones de patrocinio de otras formas típicas de garantía en lo que respecta al reflejo contable. En toda clase de garantías, como es sabido, existe siempre la dificultad de determinar su cumplimiento, que depende del cumplimiento de la obligación principal. La solvencia del deudor principal, el plazo de duración, etc. son otros tantos parámetros que hay que manejar para conocer dicha probabilidad. En las declaraciones de patrocinio la estimación de la probabilidad de cumplimiento es todavía más compleja, por el propio carácter de tales declaraciones, que, por hipótesis, tratan de huir de las formas de garantía típicas para utilizar fórmulas más difusas de garantía. Precisamente, esta falta de concreción (y la variedad morfológica de las declaraciones que hemos visto), hacen que la determinación o la valoración de la probabilidad de eficacia de la garantía sea aún más difícil.

También existe una dificultad adicional para la determinación el montante que ha de tenerse en cuenta, pues en las formas típicas de garantía el máximo está normalmente constituido por el importe de la obligación principal, y en algunas formas de declaración de patrocinio este montante puede ser superior, por ejemplo en el supuesto de obligación de mantener la solvencia de la filial.

Si lo que pretende la contabilidad es un reflejo lo más preciso posible para que la información que facilita sea también lo más ajustada posible a la realidad, es claro que resulta útil en este sentido ofrecer los datos, que como se ve son de gran complejidad, que permiten una más acabada información. Ello aconseja que, de incluirse

las declaraciones de patrocinio, se haga en aquel lugar de la contabilidad que tenga una menor exigencia de expresión numérica y una mayor facilidad de explicación.

Y, como acabamos de señalar, hay que tener en cuenta la variedad morfológica de las declaraciones de patrocinio, que en algunos casos se acercan al concepto de aval o garantía típica y en otros aparece con un carácter muy diferente a tales garantías.

### 3).- Conclusiones.

A la vista de todo lo expuesto pueden extraerse algunas conclusiones que pasamos a señalar a continuación :

1º .- En todo caso, en el reflejo contable deben distinguirse perfectamente los avales y garantías típicos de las declaraciones de patrocinio, por su diferente naturaleza.

2º .- Las dificultades de cuantificación y determinación, y la necesidad de una especial explicación y pormenor de las declaraciones de patrocinio, aconsejan que el reflejo o constancia se produzca no a continuación del balance, sino en la memoria o anexo que permiten por su naturaleza unas más pormenorizadas explicaciones.

3º .- Algunas declaraciones de patrocinio no tienen que reflejarse en la contabilidad dada su peculiar transcendencia jurídica. Entendemos que no es obstáculo la expresión del Art. 183, LSA que se refiere al deber de hacer constar a continuación del balance o en la memoria todas las garantías comprometidas con terceros, pues el carácter o finalidad de garantía de las cartas de patrocinio, no lo es tanto en un sentido jurídico como en un sentido social o finalidad general. Por tanto, aquellas declaraciones de patrocinio con alcance simplemente moral, en principio, no habrán de ser objeto de reflejo en la contabilidad. Ahora bien, la expresión general que adopta el

artículo, y la indiscutible razón de que cuanto más amplio sea el reflejo contable, tanto más cumplirá su misión de información veraz y completa, nos llevan a afirmar que el principio general es el de constancia en el balance de las declaraciones de patrocinio. Se trata, en todo caso, de una norma que admite excepciones, y ello porque pese a la finalidad antes apuntada, la exigencia jurídica debe representar un mínimo, que podrá ser después voluntariamente complementado. Queremos decir con ello que algunas declaraciones de patrocinio incluidas en el informe podrán arrojar una más completa información, pero también otros datos, como por ejemplo las cualidades personales de los directivos, la edad media de los trabajadores, pueden ofrecer tal información, y no podemos afirmar que por mandato jurídico deban ser incluidas en los anexos de la contabilidad.

NOTAS DEL CAPITULO QUINTO

(241) El Art. 115 de la reformada Ley de Sociedades Anónimas establece que: "Podrán ser impugnados los acuerdos de las Juntas que sean contrarios a la Ley, se opongan a los Estatutos o lesionen en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros los intereses de la sociedad".

(242) El Art. 122, párrafo 1º de la reformada Ley de Sociedades Anónimas establece que "la sentencia que estime la acción de impugnación producirá efectos frente a todos los accionistas, pero no afectará a los derechos adquiridos por terceros de buena fe a consecuencia del acuerdo impugnado".

(243) Para Michel Coipel, obra citada Les lettres de patronage, 245, no basta el simple conocimiento, sino que es necesario tener la consciencia de perjudicar a la sociedad.

(244) V.U. Menendez, A: La buena fe y el registro mercantil, Curso de conferencias sobre el Registro Mercantil, Madrid, 1972, pág. 169.

(245) V. al respecto, Esteban Velasco, G. Organización y contenido del poder de representación en las sociedades de capital, R.D.E.S.C. Madrid, 1987, pág. 389 y siguientes; Iglesias Prada, Administración y delegación de facultades en la sociedad anónima, Madrid, 1971; Saenz García de Albizu, El objeto social y el poder de representación de los administradores en la sociedad anónima: Adaptación a la legislación comunitaria, A.F. Nº 26, 1987, pág. 1301 y siguientes; Suárez-Llanos Gómez, L.: Sobre la distinción entre administración y representación de las sociedades mercantiles, R.D.N.,

88-1962, pág. 47 y siguientes; Van Omneslaghe, Le régime des sociétés par actions et leur administration en Droit Comparé, Bruxelles, 1960.

(246) "Ambito de representación; 1) La representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los Estatutos. Cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros. 2) La sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aún cuando se desprenda de los Estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social".

(247) Art. 8º "El cumplimiento de las formalidades de publicidad relativas a las personas que, en calidad de órgano, tengan el poder de obligar a la sociedad, hará que cualquier irregularidad en su nombramiento no pueda oponerse a terceros a menos que la sociedad demuestre que estos terceros ya tenían conocimiento de la misma". Art. 9º 1.- "La sociedad quedará obligada frente a terceros por los actos realizados por sus órganos, incluso si estos actos no corresponden al objeto social de la sociedad, a menos que dichos actos excedan de los poderes que la ley atribuya o permita atribuir a estos órganos. No obstante, los estados miembros podrán prever que la sociedad no quedará obligada cuando estos actos excedan los límites del objeto social si demuestra que el tercero sabía que el acto excedía de este objeto op no podía ignorarlo teniendo en cuenta las circunstancias, quedando excluido el que la sola publicación de los estatutos sea suficiente para constituir esta prueba. 2.- Las limitaciones a los poderes de los órganos de la sociedad, resultantes de los órganos competentes, no se podrán oponer frente a terceros, incluso si se hubieran publicados.

(248) En este sentido Santiago López Uriel, cit.



C.C.J.C. Enero-Marzo 1986, Pags. 264.

(249) En este sentido la sentencia de 16 de Octubre de 1989 que se refiere a que el firmante de la carta de afianzamiento, era empleado de la sociedad recurrente, desde más de 20 años atrás, y consejero y director apoderado de la misma en el instante de suscribir el afianzamiento, y además el poder utilizado por el firmante incluía en origen entre las facultades de administración y gestión de los asuntos de la poderdante, la de constituir fianzas y depósitos, "lo que patentiza la improcedencia de resistir la prestada en el caso, so color de que no se refería a la gestión de asuntos propios de la sociedad, argumento tanto más inatendible cuanto que, como el juzgador de instancia hace notar, no puede afirmarse la ajenidad de la demandada a la deuda garantizada, y sí, por el contrario, que siendo la garante titular de la totalidad de las acciones de la anónima principal, los negocios de ésta no eran en absoluto extraños a aquella otra, cuyos asuntos y patrimonios eran gobernados, administrados y dirigidos por la recurrente".

(250) "Art. 63-2 de la Ley de Sociedades Anónimas : Serán nulas las cláusulas estatutarias que hagan prácticamente intransmisible la acción".

(251) V. Broseta Pont, M. Acciones: Clases y régimen jurídico, R.D., E.S.C., Madrid, 1987, pág. 451 y Paz-Ares, Cándido, Negocios sobre las propias acciones, R.D.E.S.C., Madrid, 1987, pág. 473 y siguientes.

(252) Michel Coipel. Obr. cit. Pags 262 : "Desde el punto de vista jurídico el compromiso de mantenimiento puro y simple de la participación previsto por algunas cartas de patrocinio nos parece pues nulo".

(253) En este sentido V. Menendez, A, Los pactos de

sindicación para el órgano administrativo de la S.A., Estudios homenaje a Rodrigo Uría, Madrid, 1978, pág. 353. y Pedro Riuls, A, La anónima actual y la sindicación de acciones, Madrid, 1969. La sentencia citada de 16 de Diciembre de 1.985, alude a ello en el Fundamento de Derecho IV, ya que el recurrente, invocó dicho artículo alternativamente, si bien la sentencia, al omitirse todo razonamiento al respecto, no entra en su análisis.

(254) Pouillet, Le lettre de patronage y la permanence... en Les Lettres ... cit, pág. 109.

(255) Utilizamos la expresión "derecho contable" con objeto de destacar que, como es lógico, en este trabajo se hace especial referencia a los aspectos jurídicos de la contabilidad y no a la contabilidad en sentido amplio. Ello no supone, naturalmente, una toma de postura en la polémica sobre la existencia o no de un derecho contable en el sentido de rama autónoma del derecho, bastando aquí señalar el parecer unánime de necesidad de unas normas jurídicas que regulen jurídicamente la contabilidad a través de una colaboración entre juristas y profesionales de la contabilidad. (V. al respecto Blanco Campaña, J. El derecho contable en España Instituto de planificación contable, Madrid 1.983 y Tua Pereda, J. Principios y normas de contabilidad. Historia. Metodología y entorno de la regulación contable, Instituto de planificación contable, Madrid 1983.

(256) En este sentido Di Meo, Walter La lettera di patronage nell'economia dell'azienda, Padova, 1984 y Van Wymeersch, Charles Les lettres de patronage dans la comptabilité et les comptes annuels en les lettres de patronage Pags. 268 y siguientes.

(257) " ..... los compromisos puramente morales debieran ser objeto de una mención? Nos parece que no. en efecto, en caso de compromiso explícitamente establecido como puramente moral el emisor mantiene su libertad de preferir las acciones de orden moral a la ejecución de su compromiso. Este punto de vista ha quedado confirmado en Bélgica por la opinión de la comisión de cuentas contables, según la cual el compromiso solo debe quedar mencionado en el anexo cuando engendre una obligación jurídica". Van Wymeersch, Ch.

Les lettres de patronage dans ..... cit. pág. 282. .

(258) Fernández Peña, E. Normativa fundamental sobre obligación de contabilidad de los comerciantes e industriales sociales e individuales, Crónica Tributaria, 6, 1972, pág. 165.

(259) Sánchez Calero, F. Régimen de cuentas anuales, en R.D.E.S.C., pág. 711 y siguientes, destaca la importancia de la memoria y el informe como complemento a la información meramente económica.

(260) Art. 171 L.S.A., "Los administradores de la sociedad están obligados a formular, en el plazo máximo de tres meses contados a partir del cierre del ejercicio social, las cuentas anuales, el informe de gestión y la propuesta de aplicación del resultado, así como en su caso las cuentas y el informe de gestión consolidados". El Art. 202, se refiere al contenido del informe de gestión, "que deberá ser una exposición fiel sobre la evolución de los negocios y la situación de la sociedad, informando sobre los acontecimientos importantes para la sociedad ocurridos después del cierre del ejercicio, la evolución previsible de aquella, las actividades en materia de investigación y desarrollo, y, en los términos establecidos en esta ley, las adquisiciones de acciones propias".

(261) El precepto deroga el capítulo 6º y por lo tanto el art. 103, el cual se refería a que habrían de figurar en el pasivo "las fianzas, garantías y otras deudas subsidiarias, cuando sea patente la insolvencia del deudor principal", por lo tanto, solo en ese caso, quedando excluida la obligación cuando no resultare patente tal insolvencia.

(262) Como ya hemos señalado, es obligatoria la presentación de las cuentas de los grupos de sociedades según el art. 42 cuando se encuentre en algunos de los supuestos siguientes : Siendo socio de otra sociedad "posea la mayoría de los derechos de voto,

tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de la Administración, pueda disponer de la mayoría de los derechos de voto, o haya nombrado exclusivamente con sus votos la mayoría de los miembros del órgano de Administración, y salvo que se trate de sociedades que puedan ser excluidas bien por presentar un interés poco significativo, por que existan restricciones permanentes e importantes que dificulten sustancialmente el ejercicio de los derechos de la sociedad dominante sobre el patrimonio o la gestión, aquellas en que la información necesaria para establecer las cuentas solo pueda obtenerse incurriendo en gastos desproporcionados o retraso que imposibilite la formación en el plazo legal, o cuando se posean las participaciones para su cesión posterior o cuando tengan actividades tan diferentes que la inclusión resulte contraria a la obtención de la finalidad propia de las cuentas consolidadas.

(263) Art. 48- 7º "El importe global de las obligaciones financieras que no figuren en el balance consolidado, cuando su indicación sea útil para la apreciación de la situación financiera del grupo. Deberán mencionarse específicamente las obligaciones existentes en materia de pensiones así como las existentes en relación con las sociedades del grupo no incluidas en la consolidación.

(264) Wymeersch, cit, pág. 280 y siguientes.

(265) También el General Accounting Standards Board de EE.UU., en 1981 se refiere a las contingencias, es decir al tratamiento contable de garantías indirectas, entre las que, aunque no están citadas las cartas de patrocinio, pueden ser éstas incluidas. El tratamiento contable de este tipo de garantías debe ser el mismo que el de las garantías directas y aparecer en el anexo de las cuentas anuales.

## CAPITULO SEXTO

### ASPECTOS INTERNACIONALES DE LAS DECLARACIONES DE PATROCINIO.-

=====

I) .- CUESTIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

II) .- CONTROL DE CAMBIOS.

## CAPITULO SEXTO

### ASPECTOS INTERNACIONALES DE LAS

### DECLARACIONES DE PATROCINIO.-

---

I) .- CUESTIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

II).- CONTROL DE CAMBIOS.

## S U M A R I O :

### I) .- CUESTIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

#### 1).- CONFLICTOS DE JURISDICCION.

#### 2).- LEGISLACION APLICABLE.

##### a).- Cuestiones generales.

##### b).- Normas de conflicto en el Derecho Español.

##### c).- El Convenio de Roma de 19 de Junio de 1.980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

### II).- CONTROL DE CAMBIOS

#### 1).- GENERALIDADES.

#### 2).- NORMATIVA APLICABLE.

#### 3).- LA APLICACION A LAS DISTINTAS DECLARACIONES DE PATROCINIO.

### I).- CUESTIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO .-

Aunque no es indispensable al concepto, y por tanto puede no suceder siempre, la realidad muestra que, con frecuencia, en las declaraciones de patrocinio, existe una conexión internacional, pues es frecuente que la sociedad matriz y/o la sociedad filial y/o el Banco tengan distinta nacionalidad. La hipótesis más común es la de distinta nacionalidad entre la sociedad matriz que emite la declaración y el Banco receptor, pudiendo la sociedad filial tener distinta nacionalidad del Banco o ser una filial nacionalizada en el país donde se otorga por



la entidad financiera la facilidad crediticia. (265).

En todos estos casos, se plantean problemas de derecho internacional privado, y concretamente problemas de jurisdicción, es decir en qué supuestos son competentes los tribunales en determinado Estado, y en segundo lugar conflictos de leyes en sentido estricto, es decir cuál será la legislación aplicable entre las de los distintos países de nacionalidad de las entidades intervinientes en la carta de patrocinio.

1) Conflictos de jurisdicción.-

Pasamos a examinarlo separadamente, refiriéndonos en primer término a los conflictos de jurisdicción.

En nuestro derecho ha de tenerse en cuenta lo que establece el nº 2º del Art. 22 de la LOPJ, es decir la competencia de los Juzgados y Tribunales españoles cuando se trate de obligaciones contractuales que hayan nacido o deban cumplirse en España. Y, asimismo, hemos de tener en cuenta el convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de las funciones judiciales en materia civil y mercantil de 27 de Setiembre de 1968, al que España habrá de adherirse de conformidad con los compromisos adquiridos en los instrumentos de adhesión a la CEE. (266).

Hay que advertir, en primer término, que el convenio se aplica a los asuntos civiles y mercantiles pero se excluye del ámbito de aplicación las quiebras y demás procedimientos análogos así como el arbitraje. Estos dos supuestos de quiebra y arbitraje pueden tener cierto interés respecto de las declaraciones de patrocinio, si bien no será frecuente la sumisión arbitral en este tipo de declaraciones.

El Convenio de Bruselas consagra como regla fundamental la competencia voluntaria, estableciendo en el Art. 17 la prorroga expresa

de la competencia, que está sometida al requisito de que al menos una de las partes contratantes, y en el momento de celebración del acuerdo, tenga domicilio comunitario y designe Tribunal o Tribunales de un Estado contratante.

Sin embargo, y esto puede ser importante para las cartas de patrocinio, se exige que esta designación voluntaria de la competencia haya de concluirse por escrito, o si es verbal con confirmación escrita, o bien en el comercio internacional en forma admitida por los usos en ese ámbito y que las partes conozcan o deban conocer.

Aún cuando, ciertamente, no es habitual la sumisión o elección expresa de competencia en las declaraciones de patrocinio, incluso en aquellas en las que dentro del texto de la carta se verifica esta referencia, no es frecuente que sean contestadas por el Banco en el sentido de aceptar expresamente el contenido de la carta y por tanto la sumisión de competencia.

Sin embargo existen en nuestro criterio razones para dotar de validez en el ámbito del convenio a la sumisión expresa recogida en la declaración de patrocinio sin necesidad de que el Banco receptor emita formalmente una aceptación de tal sumisión. En primer lugar la norma del convenio que venimos comentando, según Iglesias Buhigues y Desantes (267), tiene como finalidad buscar una solución de equilibrio entre la necesidad de evitar cláusulas subrepticias que se impongan a la parte más débil y la de superar un excesivo formalismo que paralice el comercio internacional. Desde otro punto de vista, el destinatario de la declaración de patrocinio no puede considerarse "parte débil" del contrato sino, cuando menos, en pie de igualdad con la sociedad emisora de la declaración de patrocinio; y lo que es más importante, la declaración de patrocinio no surge de forma espontánea, sino que probablemente es el resultado de los compromisos que la sociedad emisora o su filial han concertado con el Banco, de cuyos compromisos y tratos, la carta de patrocinio es la expresión final. El Banco tiene la

posibilidad no sólo de rechazar la carta, sino también cuando no sea de su agrado o no responda a lo pactado, no conceder la facilidad crediticia a la que la carta se refiere. Por ello, si el Banco no solo no rechaza la declaración sino que concede el crédito referido, puede colegirse sin riesgo que también ha aceptado la sumisión de competencia que eventualmente contenga la carta. Dicha situación podrá considerarse incluida en la frase del Art. 17, es decir, "en el comercio internacional en forma admitida por los usos de este ámbito y que las partes conozcan o deban conocer". (268).

En caso de no existir acuerdo atributivo de la jurisdicción, se aplicará la norma de competencia general contenida en el Art. 2º en favor de los Tribunales del Estado del domicilio del demandado siempre que se trate de un estado contratante. Habrá que tener en cuenta igualmente lo dispuesto en el Art. 53, según el cual el domicilio social de las sociedades y personas jurídicas se asimilará al domicilio para la aplicación del convenio, teniéndose asimismo en cuenta que para determinar el domicilio social el Juez debe aplicar las reglas de su derecho internacional privado.

El Art. 5º se refiere a las competencias especiales, y de ellas es forzoso destacar dos : En materia contractual, ante el Juez del lugar donde haya sido o deba ser cumplida la obligación que sirva de base para la demanda (Art. 5-1º) y tratándose de delitos o quasi delitos, ante el Juez del lugar en que se haya producido el daño. (Art. 5-3º).

Como ya hemos comentado en otras ocasiones, debe entenderse en términos generales que las obligaciones que nacen de la declaración de patrocinio tienen como regla general, carácter contractual, siéndoles de aplicación lo dispuesto en el nº 1º del artículo comentado. No obstante, en algunas ocasiones, sobre todo en declaraciones de patrocinio débiles, alguna de las obligaciones, que pueden derivarse, directa o indirectamente, sólo podrán ser

calificadas como extracontractuales. A ellas por tanto, habrá de aplicárseles lo dispuesto en el N° 3° del citado artículo.

En cuanto a la obligación contractual que sirve de base a la demanda, su lugar de cumplimiento se determinará de acuerdo con la ley que rige la obligación litigiosa según las normas de conflicto de la jurisdicción que conoce del asunto en cuestión. Esta construcción del Tribunal exige, por lo tanto, que se identifique la obligación que sirve de base a la demanda y que deba localizarse en lugar del cumplimiento. Ello resulta especialmente complicado en las declaraciones de patrocinio; sus distintas formas determinan que el lugar de cumplimiento de la obligación sea igualmente distinto en las diferentes clases de declaraciones de patrocinio. Así, todas aquellas declaraciones que se refieran a una actuación de la sociedad matriz sobre la filial, deberán tener lugar precisamente en el domicilio de la filial; por el contrario aquellas declaraciones de policy, que suponen una actuación directa de la sociedad emisora, se cumplirán en el domicilio de ésta. Por último aquellas que supongan suministro de información al Banco, parece que han de cumplirse en la sede del Banco. Existen al respecto algunos pronunciamientos jurisprudenciales (269).

Por lo que respecta a la responsabilidad extracontractual, el fuero competente es el del lugar en que se produce el daño, que normalmente será la sede del Banco que lo sufre.

Por último, es de interés lo dispuesto en el Art. 6° que contempla en primer término el supuesto de que hubiere varios demandados, (sociedad matriz y dominada) siendo juez competente el del domicilio de cualquiera de ellos, y en segundo término que se trate de demanda sobre obligaciones de garantía (no podemos olvidar la finalidad genérica de garantía de las declaraciones de patrocinio) o para la intervención de terceros en el proceso, siendo competente el Juez que esté conociendo de la demanda principal, salvo que esta se hubiere presentado con el único objeto de provocar la intervención de

un Juez distinto del correspondiente al demandado. (270).

Aún cuando en nuestro derecho se observa, frente a otros ordenamientos jurídicos comunitarios, la ausencia de una adecuada normativa procesal en materia de medidas provisionales y cautelares, es oportuno recoger aquí lo dispuesto en el Art. 24 del convenio, según el cual tales medidas previstas por la ley de un estado contratante podrán ser solicitadas a las autoridades judiciales de ese estado, incluso, si en virtud del convenio, fueran competentes para el conocimiento del fondo los Tribunales de otro Estado contratante.

Finalmente, habrá de tenerse en cuenta lo dispuesto en el título 3º del Convenio sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones, considerándose como tales las dictadas por juez o tribunal de un estado contratante, cualquiera que sea su denominación, siendo reconocidas en los demás estados contratantes sin recurrir a ningún procedimiento. (Art. 26). Tales resoluciones en la medida en que sean ejecutivas en el estado en que se dicten, se ejecutarán en otro estado contratante cuando se hayan realizado las formalidades necesarias para que sean ejecutivas en este mismo estado. (Art. 31).

## 2) Legislación aplicable.-

El segundo tema a plantear es el de la legislación aplicable por el juez competente.

### a).- Cuestiones generales.-

Este extremo, tiene especial importancia en las declaraciones de patrocinio, no solo por la frecuente conexión internacional, sino porque la distinta consideración acerca de la validez y extensión de una declaración de patrocinio en los diversos ordenamientos hace que, en caso de conflicto, sea decisivo el ordenamiento que haya de aplicarse. Como sabemos en la declaración de

patrocinio concurren, desde el momento de su emisión dos puntos de vista: el de la entidad emisora, que redactará la carta de conformidad con su ordenamiento, y teniendo en consideración el alcance que en dicho ordenamiento se dá a las declaraciones de patrocinio, y por otro lado el Banco emisor que la recibirá, enfocando su transcendencia jurídica desde el punto de vista de su propio ordenamiento. Por ello, la determinación de la ley aplicable constituye un elemento que dota de seguridad a los interesados sobre el alcance de las obligaciones nacidas de la declaración.

Pasamos a examinar la materia haciendo unas consideraciones previas para después centrarnos en la legislación española de normas de conflicto y por último en el Convenio de Roma de 1.980 sobre obligaciones contractuales.

Como ya hemos indicado antes, las declaraciones de patrocinio pueden considerarse asimiladas a las obligaciones contractuales a efectos de determinación de la ley aplicable. No obstante, en algunos casos la transcendencia jurídica de las cartas de patrocinio se enmarcará dentro de la responsabilidad extracontractual.

En segundo lugar nos encontramos con una encrucijada fundamental al respecto, y es la de discernir si la declaración de patrocinio debe considerarse como accesoria del contrato bancario al que sirve de garantía (empleando una vez más este término en sentido amplio) o si, por el contrario, a los concretos efectos a que hacemos referencia ha de considerarse como autónoma respecto a tales contratos bancarios (271).

En favor del carácter autónomo podemos citar la opinión de Carena y Van Hecke, que consideran a la carta de patrocinio, configurada como una garantía distinta y específica, como un contrato autónomo, sometido por lo tanto a las normas de conflictos aplicables en general a los contratos. (272).

Por el contrario, Cassoni (273) considera que la declaración de patrocinio está siempre ligada y depende de un contrato bancario, ya sea un contrato de apertura de crédito o un mutuo (aún cuando probablemente el criterio del citado autor sería el mismo hay que hacer notar que el préstamo y la apertura de crédito no son las únicas operaciones bancarias a las que puede estar ligada la entrega de una declaración de patrocinio, puede tratarse de un contrato de descuento, la prestación de un aval, etc). En tal sentido, la declaración de patrocinio habrá de estar regulada por la misma ley que regule la apertura de crédito o el mutuo. Sigue así, fundamentalmente, el citado autor el criterio de la accesoriedad de la declaración.

En nuestro criterio, existen argumentos que permiten poner en duda esta última solución, e inclinarse por la primera. En primer lugar, hay que tener en cuenta que con relativa frecuencia la sociedad filial y la entidad financiera son nacionales del mismo país. Por lo tanto, el contrato bancario que celebran no es un contrato con conexión internacional alguna, viniendo regulado exclusivamente por el derecho del país del que ambos contratantes son nacionales, que es el país donde se ha celebrado el contrato y donde debe procederse a la ejecución del mismo. No parece lógico aplicar este criterio para resolver el problema de aplicación de la ley a la carta de patrocinio que tiene frecuentemente una conexión internacional por ser la sociedad matriz y la sociedad financiera nacionales de distintos países. Tampoco sería lógico cuando la entidad filial y la entidad matriz tienen nacionalidad distinta del Banco pero también distinta entre sí, pues pudiera ser de aplicación a la carta de patrocinio una legislación absolutamente ajena a las dos partes, es decir a la sociedad matriz que emite la carta y a la entidad financiera que la recibe, entre las cuales se produce el litigio.

Además, como ha quedado de manifiesto, existen supuestos de declaraciones de patrocinio que tienen una gran autonomía respecto del

contrato bancario al que sirven de garantía en sentido amplio. Incluso en caso de nulidad de éste, la responsabilidad nacida de la declaración de patrocinio subsiste, y por ello la sociedad matriz está obligada a cumplir sus obligaciones, a pesar de que la filial no lo esté, por razón de nulidad, defecto de poder, etc. En todos estos casos no, puede hablarse en sentido propio de accesoriedad a los efectos contemplados y tampoco en aquellos supuestos en los que la garantía que surge de la declaración de patrocinio no se refiere a un contrato bancario concreto sino, por ejemplo, a todos aquellos de un determinado tipo que realice la sociedad matriz con una determinada entidad financiera, o cuando la prestación o facilidad crediticia se conceda a diversas filiales.

Todos estos argumentos, nos inclinan a abandonar la solución de accesoriedad, sin perjuicio de que, en ocasiones, la ley aplicable al contrato bancario sea la misma que la aplicable a la declaración de patrocinio, por el juego de la aplicación de las normas de conflicto correspondientes.

Por último, es conveniente insistir que la declaración de patrocinio no es sino el reflejo o la expresión del pacto previo entre la sociedad matriz que va a expedirla y la entidad financiera que va a conceder una facilidad crediticia a una filial de la primera. Si existe, por tanto un pacto del que la declaración o carta no es sino el reflejo, y puesto que entre nosotros los pactos que reúnen el triple requisito de consentimiento, objeto y causa, constituyen verdaderos contratos, es claro que las obligaciones nacidas de la carta de patrocinio deben quedar asimiladas a las obligaciones contractuales (sin perjuicio de aquellos supuestos, ya comentados más arriba en los que la asimilación ha de hacerse a la responsabilidad extracontractual o aquiliana). (274).

Por último, puede ser interesante la calificación del contrato como civil o mercantil, y en este sentido, puesto que tales



obligaciones se producen entre empresarios y dentro de su actividad, pueden calificarse como mercantiles.

b).- Normas de conflicto en el Derecho Español.-

Las normas de conflicto en nuestro derecho están contenidas en el capítulo 4º "Normas de Derecho Internacional Privado" del título preliminar del Código Civil, (Arts. 8 a 12) además de otras normas, en cuanto estén vigentes, después de la reforma del título preliminar. (275).

Por ello, se hace preciso examinar el párrafo 5º del Art. 10 del Código Civil, a cuyo tenor "se aplicará a las obligaciones contractuales la ley a que las partes se hayan sometido expresamente siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate; en su defecto, la ley nacional común a las partes; a falta de ella, la de residencia habitual común y, en último término la ley del lugar de celebración del contrato".

Se aplica, pues, en primer término la ley designada por las partes intervinientes, y en este sentido hay que destacar tres aspectos :

- En primer lugar, la sumisión debe ser expresa, y en este tipo de declaraciones, por su carácter unilateral, si bien recepticio, el sometimiento suele producirse dentro de la misma carta, sin que sea en absoluto frecuente la constancia escrita de la recepción, y mucho menos la conformidad escrita de la entidad bancaria en documento posterior. Parece, pues, que si en la propia declaración se hace referencia por la sociedad matriz a este sometimiento, y no consta la oposición por parte de la entidad bancaria, sino que ésta otorga la facilidad crediticia sin protesta alguna, se dará la sumisión expresa, y ello no solo por la propia

mecánica unilateral de la declaración de patrocinio, sino también porque la doctrina considera que este requisito de la expresión debe ser considerado con carácter restrictivo. (276).

- En segundo lugar, la designación debe ser hecha a la ley a que se hayan sometido las partes. Parece esencial una precisión, en el concepto de parte, y es que partiendo de la autonomía de la declaración de patrocinio, este sometimiento debe producirse necesariamente entre la sociedad matriz y la entidad financiera, sin que fuera válido que el sometimiento de la entidad matriz viniera sustituido por el de la entidad filial.

- Y en tercer lugar, la ley a que se sometan deberá tener conexión con el negocio de que se trate, lo que permitirá el sometimiento a cualquier ordenamiento que tenga relación con los elementos personales reales o formales del mencionado negocio. En este sentido será válido el sometimiento expreso al ordenamiento jurídico de la nacionalidad de la sociedad filial, aunque fuera distinta de la nacionalidad correspondiente a la sociedad matriz y al Banco, pues existiría relación o conexión evidente.

Por tanto, será válida la sumisión a la legislación de cualquiera de los países donde los tres intervinientes tengan su nacionalidad o domicilio, al lugar de celebración del contrato, y por supuesto la legislación del lugar donde se deba prestar la obligación correspondiente.

Los dos siguientes criterios, ley nacional común y residencia habitual común, carecerán probablemente de aplicación, sin que pueda hablarse de residencia habitual común cuando la sociedad matriz tenga sucursal en el país del Banco, aún cuando la carta haya sido expedida por dicha sucursal. En todo caso, habrá de tenerse en cuenta el Art. 5º de la L.S.A., a cuyo tenor "serán españolas y se registrarán por la presente Ley, todas las sociedades anónimas que tengan

su domicilio en territorio español, cualquiera que sea el lugar donde se hubiesen constituido". "Deberán tener su domicilio en España las sociedades anónimas cuya explotación principal radique dentro de su territorio". El último criterio es el del lugar de celebración del contrato, que debe considerarse equivalente al de perfeccionamiento del mismo (terminología seguida antes del texto articulado definitivo).

Este último punto de conexión plantea el problema de la perfección del contrato entre ausentes. Habrá de tenerse en cuenta, por un lado, la diferente redacción de los Arts. 1262 del Código Civil y 54 del Código de Comercio y, de otro, la especial naturaleza de la declaración de patrocinio que supone una declaración unilateral recepticia. El Art. 1262 del Código Civil establece que la aceptación hecha por carta no obliga al que hizo la oferta sino desde que llegó a su conocimiento. (teoría denominada de conocimiento, o en todo caso de la recepción). El contrato en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta. Por el contrario, el art. 54 del Código de Comercio establece que los contratos que se celebren por correspondencia quedarán perfeccionados desde que se conteste aceptando la propuesta (la teoría de la admisión o en todo caso de la expedición), sin que en este segundo precepto se haga referencia al lugar de celebración del contrato. Esta omisión puede resolverse de dos maneras: o bien considerar que ante el silencio del Código de Comercio hay que aplicar por su carácter subsidiario del Código Civil, y por tanto la regla del lugar en que se hizo la oferta, o con un criterio de analogía, respecto de lo establecido para el tiempo, que debe ser el lugar en que se produce la aceptación, solución que parece preferible, pues resulta artificioso distinguir en un mismo contrato el momento de su percepción y la localización del hecho que produce esta percepción. (277).

A ello hay sumar la peculiaridad de estas cartas, en las que no se produce un acto formal de aceptación. Esta se entiende realizada

cuando el Banco, habiendo recibido la carta, no efectúa reserva o protesta alguna sobre su contenido. Por ello parece lógico considerar como lugar de perfección del contrato aquél en que tiene su sede el Banco, por ser el lugar en que se produce la aceptación, si bien no por un acto formal, sino por la simple recepción de la carta sin protesta. (278).

c).- Convenio de Roma de 19 de Junio de 1980 sobre  
Ley aplicable a las obligaciones contractuales.

Para mejor comprensión de las normas del convenio, es preciso señalar que frente al sistema de nuestras normas de conflicto el convenio utiliza normas de carácter general y abierto en un esfuerzo en dotar de mayor flexibilización a las técnicas del derecho conflictual.

En primer lugar el Art. 3º-1 del convenio establece que el contrato se rige por la ley elegida por las partes, sin que a diferencia de las normas de conflicto españolas se exija un especial ligamen. En todo caso, la elección debe ser expresa por resultar de modo cierto de las disposiciones del contrato o de las circunstancias del litigio. A tal efecto, valdrá lo dicho respecto de la libre elección con referencia a las normas de conflicto españolas por razón de las especialidades de la declaración de patrocinio, en las que no suele existir una aceptación expresa.

También constituye una novedad el que las partes puedan modificar en cualquier momento una elección anteriormente hecha.

Es útil señalar, por su importancia en el tema que nos ocupa, que el convenio no permite sustraerse a las partes a la ley de todo Estado, y por ello, en principio la referencia a prácticas o usos del comercio internacional "lex mercatoria", no parece posible en términos generales dentro del ámbito del Convenio. Sin embargo, cuando, en lugar de una referencia genérica a la "lex mercatoria", lo que

exista sea una referencia concreta a prácticas determinadas de tráfico, a usos o condiciones generales elaboradas por una entidad internacional, etc., estas remisiones podrán ser válidas, y su límite será determinado por el derecho estatal al que sea aplicable el contrato, según el Convenio de Roma.

En defecto de elección de la normativa aplicable, el contrato se regirá por la ley del país con el que posee vínculos más estrechos. En principio, dentro del sistema de presunciones generales y especiales del Convenio, debe entenderse que será el de aquél país donde el contratante que efectúa la prestación característica del contrato tiene su residencia habitual, si es persona física, o la sede central de su administración, si es persona jurídica. De todas maneras, cuando no pueda determinarse esta prestación característica, o cuando el contrato presente vinculación más estrecha con otro país, será la ley de éste la aplicable. Con referencia a la declaración de patrocinio, parece claro que la prestación característica es la de la sociedad matriz emisora de la declaración de patrocinio, y por tanto, la ley aplicable será la del país donde la sociedad matriz tiene su sede central. Pero, como ya queda dicho, se trata de una presunción, y puede ser que el conjunto de las circunstancias ponga de manifiesto que el contrato tiene un vínculo más estrecho con otro país. En definitiva, el sistema, si bien da unas normas suficientemente seguras, pone en manos del Juez que conozca el asunto la estimación de todas las circunstancias para la determinación de la legislación aplicable en cada caso. (279).

Responsabilidad extracontractual.- Como hemos visto, normalmente las declaraciones de patrocinio engendran responsabilidad contractual y no extracontractual. Sin embargo, en algunos casos un sector de la doctrina considera que las declaraciones de patrocinio no alcanzan a tener naturaleza contractual y la responsabilidad vendrá a ser de naturaleza extracontractual.

En este supuesto, habrá que atender, en primer término a lo establecido en el Art. 12 del Código Civil en su párrafo 1º respecto de la calificación. Será el Juez español y con arreglo a la ley española el que habrá de determinar si estamos ante una relación contractual o extracontractual. En este segundo caso será de aplicación lo dispuesto en el Art. 10 apartado 9 y, en consecuencia la ley del lugar donde hubiera ocurrido el hecho de que deriven.

Este criterio, que es perfectamente válido cuando se trata de responsabilidad extracontractual dimanada de un accidente, no lo es tanto cuando los elementos constitutivos del daño se localizan en países diferentes, como en el caso que nos ocupa. No parece correcto fijar en el país del emisor o en el país de la banca, o incluso en un tercer país el hecho dañoso, porque uno de sus elementos pudiera localizarse en dicho país. Ante esta dificultad, un sector de la doctrina interpreta que debe ser aplicable la ley del país donde se ha emitido la declaración de patrocinio (280). Así, se abre paso en la doctrina la referencia a la ley de aquél país donde el interés haya sido dañado. (281).

## II).- CONTROL DE CAMBIOS.

### 1).- Generalidades. (282).

Como ya hemos señalado, la internacionalidad es una característica normal -si bien no necesaria-, en las relaciones jurídicas derivadas de las cartas de patrocinio. Es muy frecuente que el emisor de la declaración, el receptor de la misma e incluso el beneficiario sean residentes de distintos países. (283).

Por otro lado, como sabemos la declaración de patrocinio desempeña una función de garantía, y por tanto, de igual modo, en ocasiones puede engendrar la obligación de efectuar un pago. En definitiva, al tratarse de personas residentes en distintos Estados puede hablarse de cobros o pagos exteriores, y ello determina la necesidad de plantearse la sujeción o no, y, en su caso, en qué medida de las declaraciones de patrocinio a las normas del derecho valutario. Una de las razones que justifican la utilización de la declaración de patrocinio es, precisamente, la consideración de que no están sujetas, o por lo menos no lo están en igual medida que los avales y garantías típicas, al derecho valutario.

Por ello, parece de utilidad, siquiera sea brevemente, examinar las declaraciones de patrocinio a la luz de la legislación aplicable entre nosotros. En esta materia, las declaraciones de patrocinio, pueden clasificarse en dos grandes grupos, según que sean declaraciones emitidas por un residente a un no residente, o por un no residente a un residente.

2).- Normativa aplicable.

En primer lugar, ha de tenerse en cuenta la normativa de la Comunidad Económica Europea, que arranca de los Art. 67 y siguientes del Tratado de Roma, objeto de desarrollo a través de una serie de directivas. En primer término aludiremos a la de 11 de Mayo de 1.960, que parte del hecho de la existencia de controles de cambio y pretende dar los primeros pasos en orden a la liberalización, estableciendo para ello cuatro listas denominadas a), b), c), d), con un grado distinto de liberalización para cada una de ellas. Esta directiva fue objeto de modificación por la de 18 de Diciembre de 1962, que supone un paso más en dicho objetivo. A su vez, la directiva de 20 de Diciembre de 1.985, modifica la primera directiva, también en esa misma línea de progresiva liberalización, y concretamente el contenido de las listas b) y c). Por su parte la directiva de 17 de Noviembre de 1.986 supone también modificación de la primera directiva en idéntico sentido, y realiza una nueva clasificación reduciendo las listas a tres, a), b) y c). Se establece en tal directiva un régimen transitorio para España y Portugal en relación con la liberalización de capitales.

Tras el Acta Única Europea, se produce la directiva de 24 de Junio de 1988. Esta directiva pretende la liberalización de todos los movimientos de capital en orden a la consecución de un mercado único, sin perjuicio de que, como ella misma señala, se tengan en cuenta las dificultades que pueden surgir. Y así, respeta las medidas necesarias que los Estados miembros pueden adoptar para regular la liquidez bancaria; asimismo la posibilidad que los Estados tienen para adoptar en caso necesario medidas que obstaculicen temporalmente los movimientos de capitales a corto plazo que puedan perturbar gravemente la dirección de su política monetaria y de control de cambio. Conviene señalar que la directiva no afecta a las disposiciones de derecho nacional existentes que regulan la adquisición de segundas residencias.



Son, asimismo, objetivos de la directriz la supresión o en su caso atenuación de los riesgos de distorsión, evasión y fraude fiscal; igualmente, la Comunidad deberá esforzarse por obtener el mayor grado de liberalización posible en el ámbito de los movimientos de capitales entre sus residentes y los de países terceros. Es conveniente en todo caso, crear las condiciones apropiadas para una acción concertada de los Estados miembros para evitar las tensiones que pueden producirse en el mercado de cambio como consecuencia de los movimientos de capitales a corto plazo y de gran magnitud procedentes o destinados a países terceros.

Hay que significar que el alcance de la liberalización es mayor que el establecido hasta ahora, pues afecta a toda clase de movimientos de capital. Se suprimen así las listas o grupos de operaciones que se establecían anteriormente y que tenían un distinto nivel de liberalización. No obstante, esta liberalización se limita en algunos casos, unos de carácter general, como los recogidos en el Art. 2º respecto de las medidas de regulación de la liquidez bancaria, o en el Art. 3º, respecto de las medidas dirigidas a impedir las tensiones que los movimientos de capital a corto plazo excepcionalmente amplio puedan provocar en los mercados de cambio, o las medidas que pueden adoptar los Estados para impedir infracciones a sus leyes o reglamentos, en materia fiscal o de control de las entidades financieras. Sin embargo estas medidas se limitan a la declaración de que deben tener por objeto exclusivamente la información administrativa o estadística. Por otra parte, respecto de España se establece la transitoriedad de entrada en vigor de la directiva en alguno de sus aspectos, en congruencia con lo pactado en el acta de adhesión. De esta manera hasta el 31 de Diciembre de 1.992 se pueden mantener las restricciones existentes en la fecha de entrada en vigor de la directiva, respecto de las operaciones incluidas en las listas 3 y 4 del anexo 4º, relativas entre otras a préstamos y créditos financieros a corto, medio y largo plazo.

En síntesis, la nueva normativa comunitaria supone la regla general de liberalización, sin otras limitaciones que las transitorias que afectan al reino de España, o las basadas en las precauciones que hemos enumerado y que recoge la directiva en su preámbulo. (284).

En el derecho interno español la normativa aplicable está constituida por la ley de control de cambios de 1979 según la redacción dada por la Ley Orgánica de 16 de Agosto de 1.983, Concretamente en su art. 6º, relativo a la comisión de delito monetario, los residentes que sin haber obtenido la preceptiva autorización o habiéndola obtenido mediante la comisión de un delito garantizan obligaciones de no residentes. También ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en el decreto 2402/1980 de 10 de Octubre, que exige autorización administrativa previa para el otorgamiento de garantía por no residentes respecto de obligaciones de residentes y por residentes respecto de obligaciones entre no residentes o entre residentes y no residentes. Por último, la Orden del Ministerio de Economía y Comercio de 23 de Enero de 1.981 que en su art. 1º liberaliza las siguientes garantías : Las prestadas por residentes respecto de obligaciones de residentes frente a no residentes, las prestadas por residentes respecto de obligaciones frente a no residentes de sus entidades filiales en el extranjero excluidas las financieras, con la doble limitación de que la responsabilidad porcentual sea, como máximo, igual a su participación en el capital de dicha entidad filial, y la cuantía de la obligación no exceda del quíntuplo del capital de la filial. Las garantías prestadas por no residentes respecto de obligaciones de residentes frente a no residentes y las garantías de no residentes respecto de obligaciones entre residentes, siempre que la cuantía de la obligación o del conjunto de obligaciones con garantía exterior no supere los cien millones de pesetas; en otro caso será precisa la autorización administrativa de la Dirección General de Transacciones Exteriores. En todo caso, esta liberalización queda condicionada a que la transacción principal que se garantiza esté liberalizada o haya sido objeto de

autorización.

De los supuestos a los que se acaba de hacer referencia, es conveniente detenernos en dos, por tener una incidencia mayor en el tema que nos ocupa, ya que se refieren a los supuestos frecuentes de relaciones entre sociedades matrices y sociedades filiales. En primer lugar nos referimos a las garantías prestadas por no residentes respecto de obligaciones entre residentes. Trasladando la cuestión al supuesto de declaración de patrocinio, se trata de una carta emitida por una sociedad matriz no residente para "garantía" de su filial y en favor de una entidad bancaria con residencia en el país de la filial. En principio, y según lo examinado anteriormente, estas garantías estarían liberalizadas siempre que la cuantía de la obligación garantizada, sumada a la de todas las obligaciones con garantía exterior que tuviera el mismo prestatario residente no excedan de cien millones de pesetas. Como señalábamos, ese tipo de garantías es frecuente en sociedades española con participación de capital extranjero, en las que las entidades bancarias, exigen garantía de la sociedad extranjera.

El segundo supuesto que merece nuestra atención es el de las garantías prestadas por residentes respecto de obligaciones entre no residentes, las cuales están sujetas a autorización previa. Sin embargo, existe un supuesto en el que tal operación resulta perfectamente justificada, y es el de las garantías concedidas por empresas españolas a sus filiales en el extranjero. En este caso se exigen tres requisitos :

1º).- Que la responsabilidad asumida por quien presta la garantía no sea superior porcentualmente a la participación en la filial extranjera garantizada. 2º).- Que la garantía de la obligación principal objeto de la garantía no exceda del quíntuplo del principal de la filial. 3º).- Que la entidad extranjera avalada no sea una entidad financiera.

Así pues, en síntesis, cabe imaginar como situaciones posibles tanto a la sociedad extranjera garantizando a una sociedad española frente a una entidad financiera española, con la limitación cuantitativa antecitada, y también a las empresas españolas emitiendo garantías en favor de sus filiales extranjeras en el extranjero, también con la limitación, o mejor dicho con las limitaciones a las que acabamos de hacer referencia.

Sin embargo, la pregunta que debemos hacernos es si esta normativa, tanto comunitaria como de derecho interno aplicable a las fianzas y otras garantías en la terminología de las directivas o a las garantías y avales en la terminología de nuestro derecho interno, son, sin más, aplicables a las declaraciones de patrocinio, o estas no deben ser consideradas como garantías en sentido propio, sino sólo como garantías en cuanto a la genérica función económica que desempeña.

3).- La aplicación a las distintas declaraciones de patrocinio.-

Una vez examinada la naturaleza de las declaraciones de patrocinio y su distinta tipología, cabe afirmar que la creencia extendida entre los operadores económicos de su exclusión de las normas de derecho valutarario, no es sólo una impresión injustificada, sino que en términos generales es correcta. Debe rechazarse, por ello, la asimilación sin más de las declaraciones de patrocinio a las garantías típicas a los efectos de las normas valutarias. Y ello, no porque las garantías dimanantes de la declaración de patrocinio sean garantías puramente morales, cosa negada en las páginas anteriores salvo en algún caso específico, sino porque las obligaciones jurídicas dimanantes de las declaraciones de patrocinio -o al menos de muchas de ellas-, no son ni en materia valutaria ni en otros aspectos jurídicos sin más asimilables a las formas típicas de garantía (285).

Para tomar una postura al respecto hace falta tener en cuenta, de un lado, que en las garantías pasivas, es decir en las garantías prestadas por no residentes a favor de residentes, la finalidad de la limitación que se establece (por ejemplo en nuestro derecho interno), probablemente responde a la intención de evitar que las filiales españolas de empresas extranjeras recurran a la financiación interior aprovechándose del amplio crédito que tienen como consecuencia de su relación con la matriz, en detrimento de las empresas españolas que carezcan de este respaldo.

Por lo que respecta a las garantías activas, es decir las otorgadas por entidades españolas a sus filiales, la limitación es lógica pues establecen los adecuados parámetros de garantía con los de participación en la filial.

Por otro lado, el derecho valutario trata de controlar los flujos y desembolsos entre los distintos países. En el caso de garantías, aunque este flujo o desembolso no se produce necesariamente, sí debe estar sometido a control en la medida en que el beneficiario de la garantía pueda, en el caso de incumplimiento del deudor principal, exigir ese desembolso.

Por ello, en aquellos supuestos en que esta exigencia no se dá no cabe la aplicación de las normas del derecho valutario, y ello aún en el caso de que por el juego de la declaración de patrocinio y de los diversos compromisos en ella establecidos, se genere una responsabilidad de la sociedad matriz, como consecuencia de una reclamación de los daños y perjuicios sufridos por el impago de la filial. En este caso, el origen de la obligación no está tanto en la "garantía" sino en el hecho posterior del que dimana el daño o perjuicio.

En consecuencia, parece claro que quedarán excluidas de las normas de derecho valutario en primer término, como es natural,

aquellas declaraciones de patrocinio que engendran una obligación púramente moral. En segundo término, quedarán también excluidas todas aquellas declaraciones de patrocinio en las que la responsabilidad no puede calificarse de contractual, sino de extracontractual. Y por último, quedarán también excluidas en nuestro criterio, aquellas declaraciones, como las que comportan la obligación de no modificar la participación de la sociedad matriz, o comunicar previamente dichos cambios de participación en sus diversas modalidades examinadas, aquellas en las que el compromiso se refiere a la influencia o vigilancia sobre la sociedad filial para el cumplimiento de sus obligaciones, las de no disminución de sus recursos, las declaraciones de "policy" e incluso las de mantener la solvencia de la sociedad filial. Dicho mantenimiento de la solvencia, puede realizarse no sólo a través de flujo de fondos, sino mediante medidas diferentes tales como la concesión de mejores precios, de mayor volumen de negocio, etc. etc. En todos estos casos, la sociedad matriz puede cumplir sus compromisos derivados de la declaración de patrocinio sin que se produzca necesariamente flujo o desembolso, y, por tanto, la conclusión no es otra que la exclusión de las normas valutarias comentadas.

Por el contrario, en aquellas declaraciones de patrocinio en las que, potencialmente y para el caso de incumplimiento, la obligación de la sociedad matriz esté constituida por este trasvase de fondos o por el pago a la entidad financiera, las normas valutarias habrán de ser de aplicación de igual manera que a las garantías típicas.

Esta es la opinión recogida en la doctrina por Radicatti di Brozolo en su obra citada, el cual comenta críticamente un informe interno de la Oficina Italiana de Cambio relativa a las declaraciones de patrocinio. (286).

Lo hasta aquí expuesto se refuerza si tenemos en cuenta que la tendencia del derecho valutario en nuestros días es de

liberalización y, por tanto, de eliminar en lo posible la regulación de las operaciones. Habrá que tener en cuenta, en todo caso, que la vulneración de las normas del derecho valutario puede dar lugar a la nulidad de los actos jurídicos. Será una medida elemental de prudencia que, en orden a defender frente a la Administración la no necesidad de autorización en las declaraciones de patrocinio, según comentábamos, se exija que tales declaraciones hayan sido redactadas con la suficiente claridad, que permita por tanto sostener satisfactoriamente la tesis expuesta.

NOTAS AL CAPITULO SEXTO

(265) En esta materia Fallon, Marc, Letres de patronage et droit internacional privé en la obra citada Les letres de patronage. Pag. 333 y siguientes. Cassoni, Guiseppe, Les letres de patronage nel diritto internazionale privato italiano, 'B.B. T.C. 1982. Pag. 571 y siguientes. Delli, María y Giardina, Andrea Le lettre di patronage II. D.C.I. N 2, Julio-Diciembre 1.987. Pags. 577 y siguientes.

(266) V. Jorquera García, Los préstamos y créditos en divisas, N.E.F.C.G.M.F., pág. 351 y siguientes. Tambien existen referencias indirectas, como por ejemplo, Allegri, V Brevi note sulle lettere du patronage, Cit. Pags. 327 y Kaser Garantieverprechen als Sicherheiten In Handelsverkehr en Rabels Zeitschrift 1967, Pag. 626. Estos dos autores entienden que la legislación aplicable será la del país en el cual tiene su sede la sociedad controlada, que frecuentemente es el mismo de la sociedad financiera.

(267) Muñoz Machado, Santiago Código de Derecho Comunitario Europeo, Madrid 1988, Pags. 295 y siguientes, e Iglesias Buhigues, José Luis y Desantes Real, Manuel La quinta libertad comunitaria: Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en la CEE en "Tratado de Derecho Comunitario Europeo". Tomo III dirigido por García de Enterría, Gonzalez Campos y Muñoz Machado, Madrid 1986, Pags. 712 y siguientes.

(268) Obra citada pag. 721.

Puede tenerse en cuenta tambien lo dispuesto en el párrafo 5º del Art. 17 según el cual existe la posibilidad de un



acuerdo atributivo de competencia celebrado en favor de una de las partes, en cuyo caso ésta conserva su derecho de acudir ante cualquier otro tribunal que sea competente en virtud del Convenio.

(269) Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 6 de Octubre de 1.976. asunto 14/76 y sentencia del mismo Tribunal de 5 de Mayo de 1.982 asunto 133/81, respectivamente.

(270) Cita Marc Fallon en su obra citada (Pag. 336) una resolución del Tribunal de Apelación de París de 25 de Abril de 1.979 declarándose competente para determinar el alcance de una carta por la cual una sociedad madre alemana se comprometía frente al banco francés a mantener la situación de solvencia financiera de la filial. El criterio es el de la localización de la ejecución de la obligación contractual en Francia, donde se encontraba el establecimiento de la filial y del banco. Asimismo, cita la resolución del Tribunal Civil de Milán de 15 de Febrero de 1.979 que utiliza la misma técnica y llega al mismo resultado que el Tribunal de París, haciendo hincapié en el dato de la localización de la filial, coincidente en este caso también con el dato de localización de la sede bancaria.

(271) Según señala Fallon, en su obra citada, la resolución del Tribunal de Apelación de París ya citada, ha hecho aplicación de este Art. 6º, ya que se trataba de una sociedad matriz residente en Alemania Federal y el Director de la filial francesa había emitido una fianza.

(272) En este sentido Deli Maria-Giardina Andrea Le lettere de patronage, II ya citada nº 22. Pags. 594 y siguientes y Fallon, Marc, cit., págs. 343 y siguientes.

(273) Carena, F, Le lettre di patronage, Milan Universidad Católica del Sagrado Corazón, 1982-83, Van Hecke, G. Le

droit international privé des s-rétés nouvelles issus de la pratique . Coloquio, Bruselas, 20-21 de Octubre de 1.983. Cassoni, Giuseppe Les letres de patronage nel diritto internazionale privato italiano, en B.B.T.C. 1.982.

(274) Además de la convención de Roma a la que nos referimos después es interesante tener en cuenta que las normas uniformes de la Cámara de Comercio Internacional en el tema de garantías bancarias optan por el criterio de aplicación de la ley del lugar donde tiene su sede el Banco.

(275) Angulo Rodriguez, M Las obligaciones contractuales en el vigente título preliminar del Código Civil Español, Rev. Prof. del I. C.A.G. 1975. Pags. 231 y siguientes.

(276) Remiro Brotons, Antonio. Comentarios al Art. 10º Apartado 5 en Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales dirigidos por Manuel Albaladejo, Madrid, 1978, Tomo I, Pags. 289 y siguientes.

(277) Gallart Cases, R, El momento de la perfección del contrato entre ausentes. RJC, 95-1960, pág. 290 y siguientes.

(278) En el mismo sentido y respecto al derecho italiano, Delli, María, Giardina Andrea, obra citada. pags. 592 ".....en la generalidad de los casos la "lex loci contractus" será la del Estado donde tiene su sede el banco financiador, como destinatario en la carta de patrocinio". El Convenio de Roma está publicado en el diario oficial de la Comunidad Nº L 266 de 9 de Octubre de 1.980, y exige para su entrada en vigor la ratificación al menos por siete estados miembros de la Comunidad. Debe entenderse como una prolongación o complemento del Convenio de Bruselas antes aludido de 1.968 sobre competencia judicial y ejecución de sentencia. Seguiremos en este punto el trabajo de Miguel Virgós Soriano, El

Convenio de Roma de 19 de junio de 1.980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales en Tratado de derecho comunitario europeo dirigido por Eduardo García Enterría, Julio D. Gonzalez Campos y Santiago Muñoz Machado, tomo III, Pags. 753 y siguientes, remitiéndonos a la extensa bibliografía que allí se cita.

(279) Es muy interesante el examen pormenorizado que realiza Fallon en su trabajo citado. Págs, 358 y siguientes, en las que distingue tres hipótesis. La primer cuando la sociedad filial y el banco residen en un mismo país. distinguiendo a su vez según que se trate de declaraciones de patrocinio con cláusulas de referencia al crédito otorgado, de cláusulas relativas al mantenimiento de la inversión y de cláusulas relativas a la calidad de la gestión y a la situación financiera de la filial. En segundo lugar cuando la sociedad matriz emisora de la declaración y el banco destinatario están establecidos en un mismo país, y por último cuando tanto la sociedad filial como la sociedad matriz emisora como la banca destinataria están establecidos en países distintos, distinguiendo asimismo los supuestos de cláusulas de referencia al crédito otorgado, cláusulas relativas al mantenimiento de la participación y cláusulas relativas a la calidad de la gestión y a la situación financiera de la filial.

(280) Van Hecke, obra citada. Pág. 6.

(281) Fallon, Marc, obra citada. Págs. 346 y 347.

(282) Sobre este tema ver Radicati di Brozolo, Luca, G. La disciplina valutaria de lettere di patronage en D.C.I. 1987. Pags. 597 y siguientes, Mazzoni, A Le lettere di patronage. Milán 1986. Pags. 335 y siguientes; Tabellini, D.M. Rilevanza valutaria delle lettere di patronage, R.D.E.V., 1980. Pags. 589 y Santilli e Anello Le lettere di patronage, in G.V.D.C.I., 1986. Pags. 1409 y siguientes.

(283) Hervás Cuartero, E. Las garantías contractuales en las transacciones con el exterior, R.D.B.B., 11-1983, pág. 579 y siguientes.

(284) Muñoz Machado, Santiago Código de Derecho Comunitario Europeo. Madrid, 1987, Pág. 531 y siguientes.

(285) Cabe preguntarse si basta que el emitente y el receptor de la garantía sean residentes en estados comunitarios para la aplicación de la normativa citada, o si también es exigible que por el carácter accesorio de la fianza, también sea residente comunitario la persona a quien se avala, y en este sentido, puede verse en Alvarez Pastor, D. y Eguidazu, F. El control de cambios en España, 6ª edición. Madrid. 1988. Págs. 1232 y siguientes. En el mismo sentido Radicati di Brozolo La disciplina valutaria., cit. pág. 598.

(286) "El parecer, se basa en la consideración jurisprudencial de las declaraciones de patrocinio como promesas de hecho de un tercero o garantías atípicas, y en la dificultad de distinguir entre obligaciones de hecho propio y de hecho de tercero, sometiendo a las declaraciones de patrocinio a la normativa valutaria. La crítica del autor italiano reside en este doble fundamento, pues no todas las declaraciones de patrocinio pueden considerarse como incardinables en la promesa del hecho de un tercero, y la dificultad de distinción, puede ser superada mediante una actividad interpretativa

correcta. Tampoco puede olvidarse que se trata de un parecer o informe interno de la Administración, sin duda interesado, en el sentido de extender el control para evitar abusos o incertidumbres.

BIBLIOGRAFIA ESPECIFICA DE  
LAS DECLARACIONES DE PATROCINIO

## BIBLIOGRAFIA ESPECIFICA DE

### LAS DECLARACIONES DE PATROCINIO

---

\* ALLEGRI, V.: Breve note sulle lettere di patronage. Economia, banca e cong. 1982.

ALTERBURGER, P.: Dir Patronatserklarungen als unechte Personalsicherheiten, Tesis, Zurich, 1979.

ANDRE, J.M.: La responsabilité de la puissance publique du fait de diverses formes d'engagements non contractuels, A.J.D.A. 1976, pág. 20-29.

ANGELICI, C.: Lettere di "patronage", Giur. bancaria (1980-81), Milano, 1982, pág. 109.

\* ANTOINE, Marie Françoise : La lettre de patronage y la faillite. en Les Lettres de patronage, Feduci, pág. 187 y siguientes. (la obra colectiva Les lettres de patronage (Feduci), recoge artículos de diversos autores, que, por su extraordinaria importancia se citarán separadamente sin perjuicio de la cita de la obra general).

\* ARAMENDIA GURREA, F. J. : La llamada carta de confort y su problemática jurídica. R.D.B.B. 16 (1984), pág. 779 y siguientes.

\* ATTI, Annalisa : Il "patronage" e gruppi di società. Le fattispecie e il valore giuridico in Contratto e impresa, Padova 1985, pág. 878 y siguientes.

---

\* Las obras que figuran con asterisco han sido directamente consultadas.

\* BELLIS, M.: Typologie des lettres de patronage, Banque, 1982, pág. 213.

\* - Definición y tipología de las cartas de patrocinio, en Les Lettres de patronage, Feduci, pág. 16 y siguientes.

\* - Les clauses relatives a la qualité de la gestión et à la situation financière de la filiale, en la obr. cit. pág. 141 y siguientes.

BIBOLINI : Le garanzie reali e personali et di contratti bancari en Le garanzie reali e personali nel contratti bancari. Milán. 1976.

BORDT: Die Bedeutung von Patronatserklärungen für die Rechnungslegung die Wirtschaftsprüfung. 1975, pág. 285 y siguientes.

BRONCINI: Lettere "di patronage" loro natura, funzioni efficacia pratica. Rivista diti commercialisti. 1984.

CAPALDO, L: Breve note sulle "lettere di patronage", Bancaria, 1980. 766.

CAPPELLO, R : Lettres de patronage en Temi Rom. 1984, pág. 370 y siguientes.

CARENA F.: Le lettere di patronage, tesis, Milano, Università Cattolica del Sacro Cuore, 1982-1983.

\* CASSONI, G.: Les lettres de patronage nel diritto internazionale privato italiano, B.B. e T.C., 1981, I, pág. 571-579.

\* CHIOMENTI, F : Le lettere di conforto, Riv. dir. comm., 1974, I, pág. 346-352.



\* COIPEL, Michel: L'aspect moral des lettres de patronage Feducci, cit. pág. 23 y siguientes.

\* - Les lettres de patronage font-elles naître un droit propre au profit de la filiale, Feduci, cit., pág. 163.

\* - Lettres de patronage et droit de sociétés, Feduci, cit. pág. 199.

DE MARCO-SPARANO: Rassegna di giurisprudencia sulla fideiussione bancaria, Milano, 1978, pág. 153 y siguientes.

\* - Lettere di conforto in B.B.T.C., 1977, pág. 252.

\* DELI, Maria-GIARDINA, Andrea, Le lettere di patronage, D.C.I., Nº I, Enero-Junio y II, Julio-Diciembre 1987.

De SANCTIS, Ricchiardone : Patronage e raccomandazione, R.C.D.P., 1983, págs. 411 y siguientes.

\* DI GIOVANNI: Le lettere di patronage, Roma, 1984.

\* De SIMONE, C: La lettera di patronage, in Le garanzie reali e personali nei contratti bancari, Milano, 1976, pág. 107-118.

\* DI MEO, W.: Le lettera di patronage nell'economia dell'azienda. Padova. 1984.

DRAETA, U.: Il diritto dei contratti internazionali. pág. 87.

\* - Le lettere di patronage nella prassi del commercio internazionale en dir. comm. scambi int. 1985. pág. 60.

\* DUQUE, J. : Las cartas de patrocinio en N.E.F.C.G.M.F., Madrid 1990, págs. 717 y siguientes.

\* FALLON, M. : Lettres de patronage et droit international privé, Feduci, pág. 333 y siguientes.

\* FEDUCI : Fondation pour l'étude du droit et des usages du commerce international, en Les lettres de patronage, obra colectiva Namur-Paris, 1984.

FERRI, G. : Garanzia per debito altrui, Pagamenti e atti estranei all'oggetto sociale, Riv. dir. comm., 1978, II, pág. 220.

FONTAINE: Les lettres d'intention dans la negociation des contrats internationaux. Droit et prat. Comm. Int. 1977, pág. 93 y siguientes.

GASPARINI, A: Lettere di patronage, en Vita Not. 1984, pág. 230 y siguientes.

GAVALDA : Cronique du droit bancaire, in Semaine Juridique, 1976, I, Nº 2.801.

GEIGY-WERTTHEMANN, C: Die rechtliche Bedeutung garantieähnlicher Erklärungen von herrschenden Unternehmen im Konzern, Basel. 1973, pág. 21-38.

GERTH, A: Organschaftsverhältnisse und produktionsunabhängige Abnahmeverträge als Kreditsicherheit, ZKW, 1978, 151-153.

- Die Patronatserklärung im französischen Recht, RIW/AWD, 1982, 477-481.

- La lettre de patronage en droit allemand, estudio presentado en el coloquio de Bruselas organizado por Feduci el 17 de Junio de 1983.

- Atypische Kreditsicherheiten Liquiditätsgarantien und Patronatserklärungen deutscher und ausländischer Muttergesellschaften, Frankfurt, 2ª edición 1980, pág. 526 y siguientes.

HUBER, H.G. : Personalsicherheiten bei der Erteilung von Bankkrediten unter Berücksichtigung der sogenannten Patronatserklärungen, en Rechtsprobleme der Bankpraxis, Stuttgart. 1976, pág 47 y siguientes.

JUKER, C : Ma posso davvero credere in una lettera di patronage; Espansione, XV, Nº 169, Junio 1984.

KAMPRAD, B.: Gesellschaftenerpflicht bei Patronatserklärungen, DB, 1969, pág. 327-328.

KASER: Garantieverprechen als Sicherheiten in Handelsverkehr, Rabels, Z. 1971, pág. 601 y siguientes.

KEEPWELL : Letter of moral intent en Country Exposure Management and reporting practices of Member Banks U.S. Asociation of Reserve City Bankers, Marzo 1977.

LAUTERPACH, E.: Gentleman's Agreements, in Festschrift für F.A., Mann, Internationales Recht und Wirtschaftsordnung, München, 1977, pág. 381 y siguientes.

- Letters of Responsibility, Reports of the Meeting of Comité-Commercial Banking, Atlanta, 4 nov. 1977, publicada en Int. Business Lawyer, 1978, pág. 288-332.

LEBRUN: La lettre de patronage délivrée par les Pouvoirs et Organismes Publics. Feduci, cit. pág. 289 y siguientes.

LINGARD, J.: Confort letters under English law, I.F.L.R. 1986, pág. 36.

\* LOPEZ URIEL, Santiago : Las declaraciones de patrocinio y su función de garantía, R.F.D.U.C. Nº 72. pág. 325 y siguientes.

\* - Comentarios a la sentencia de 16 de diciembre de 1.985. C.C. J.C., Enero-Marzo 1986.

\* - Condicionantes económico-financieros en el nacimiento de "las cartas de patrocinio". C.A.E. Nº 10, 1986, pág. 187 y siguientes.

MARTIN, L.M. : Chronique de jurisprudence bancaire, Banque, 1981, pág. 1461.

\* MAZZONI, A.: Le lettere di patronage, in Le operazioni bancarie (a cura di G.B. Portale), vol. II, Milano, Giuffré, 1079 a 1125.

\* - Le dichiarazioni di patronage, in "AA.VV.. (a cura di P. Verrucoli), Nuovi tipi contrattuali e tecniche di redazione nella pratica commerciale, Milano, 1978, pág. 41.

\* - La jurisprudence européenne en matière de lettre de patronage, Feduci, cit. pág. 310 y siguientes.

# BIBLIOGRAFIA GENERAL

## BIBLIOGRAFIA GENERAL

---

ABBADESSA, P.: Obbligo di far credito, Enciclopedia del Diritto, XXXI, Milán 1979, pág. 529 y siguientes.

A.A.V.V.: Le garanzie reali e personali nei contratti bancari, Milán, 1976.

ALBALADEJO GARCIA, M.: Derecho Civil, Barcelona 1982.

ALLARA : Natura giuridica della obbligazione del fatto altrui, R.D.C., 1929, I, pág. 10 a 427.

ALONSO UREBA, A.: LA sociedad unipersonal, R.D.E.S.C., Madrid, 1987, pág. 217 y siguientes.

ALVAREZ MELCON, L: Análisis contable del régimen de declaración consolidada de los grupos de sociedades. Madrid, 1983.

ALVAREZ PASTOR : Control de cambios. Régimen jurídico de las transacciones exteriores en España y en la Comunidad Económica Europea. Madrid, 6ª edición. 1988.

ALVENTOSA DEL RIO, Josefina: La fianza : Ambito de responsabilidad, Granada. 1988.

ANGEL, RICARDO, de : La doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica en la reciente jurisprudencia, Madrid, 1990.

ANGULO RODRIGUEZ, M.: Las obligaciones contractuales en el vigente título preliminar del Código Civil ESpañol, R.P.C.A.G. 1975, pág. 231 y siguientes.

- La responsabilidad civil por daños contractuales (torts) en el Derecho Internacional Privado Inglés, A.D.C., 1970, pág. 367 y siguientes.

ARIAS RAMOS, J.: Derecho Romano, 8ª ed. Madrid, 1960.

ARROYO : La sociedad unipersonal en Derecho Español, R.J.C. 1982, I, pág. 13 y siguientes.

ASUA, Clara : La culpa "in contrahendo", tratamiento en el Derecho Aleman y presencia en otros ordenamientos. T. doctoral, Donostia, 1987.

ATAZ LOPEZ, J.: Los médicos y la responsabilidad civil, Madrid, 1988.

BARBERO : Sistema de Derecho Privado, Trad. esp. Buenos Aires, 1967.

BERCOVITZ, A. y otros: Informe sobre las sociedades de garantía recíproca, Madrid, 1983.

BESSONE: Rapporto precontrattuale e doveri di correttezza RTDPC, 1972, pág. 1021 y siguientes.

BETTI, E.: Interpretación de la ley y de los hechos y actos jurídicos. Trad. esp. Madrid, 1975.

BLANCO CAMPAÑA, J.: El Derecho Contable en España.

Instituto de Planificación Contable, Madrid, 1983.

BONFANTE : Instituciones de Derecho Romano. Trad. esp. Madrid 1929.

BROSETA PONT, M.: Acciones: Clases y régimen jurídico. R.D.E.S.C. Madrid 1987. pág. 451 y siguientes.

CANO MATA : La intrerpretación de los contratos civiles, A.D.C. 24, 1971, pág. 193 y siguientes.

CARBONNIER : Sociologie juridique, París, 1978.

CASTAN TOBEÑAS, J.: Derecho Civil Español Común y Foral. Madrid, 1958.

- Orientaciones modernas en materia de fuentes del Derecho Privado Positivo. Libro homenaje a F. Clemente de Diego. Madrid, 1940.

DE CASTRO Y BRAVO, F.: Derecho Civil de España, Madrid 1949.

- El negocio jurídico, Madrid, 1985.

- Formación y deformación del concepto de persona jurídica, C.L.N. Madrid, 1964, pág. 9 y siguientes.

- La promesa de contrato : Algunas notas para su estudio. A.D.C., T III, fasc. IV, 1950, pág. 1133.

CHECCHINI, A.: Rapporti non vincolanti e regola di correttezza, Padova, 1977.



COVIELLO : Contratto preliminare. Enciclopedia Giuridica Italiana, Vol. III, Parte tercera, Sec. 2ª.

DANZ : La interpretación de los negocios jurídicos. Trad. esp. Madrid, 1955.

DELGADO ECHEVARRIA: Aval bancario. Fianza. Contratos de garantía atípicos, Cuadernos Civitas. 1983, pág. 859 y siguientes.

- La fianza, Elementos de derecho civil, Tomo II, Vol. III.

DEMOGUE : Tratado de obligaciones, Tomo V.

DESANTES REAL, v. IGLESIAS BUHIGUES.

DE SIMONE : "Genus fideiussione": La garanzia "automática" bancaria, B.B.T.C. 1977.

DIEZ PICAZO, L.: Experiencias jurídicas y teoría del Derecho. Barcelona, 1973.

- Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Madrid, 1979.

- Sistema de Derecho Civil, Madrid, 1980 (Con Gullón Ballesteros).

DRUEY, V. RUEDIN.

DUQUE, J.: Concepto y significado institucional de los grupos de empresas. Libro homenaje a Roca Sastre.

- El posible encuadramiento de las llamadas empresas o

fiiales comunes en los grupos de empresa. Estudios homenaje a Batlle, Madrid, 1978.

- Las condiciones de consolidación de las cuentas anuales. R.D.E.S.C. pág. 737 y siguientes.

- Las uniones de empresas en la reforma alemana del Derecho de Sociedades por acciones. A.D.C. 1964, pág. 383.

- ECHENIQUE, R.: Las garantías bancarias internacionales. R.D.B.B. 1982, pág. 47 y siguientes.

EGUIDAZU, F.: V. ALVAREZ PASTOR.

EMBED IRUJO, J.M. : Algunas reflexiones sobre los grupos de sociedades y su regulación jurídica. R.C.A.S.V. Enero 1983, pág. 13 y siguientes.

- El seguro de caución como garantía. N.E.F.C.G.M.F. Madrid, 1990. pág. 695 y siguientes.

- El seguro de caución : Régimen jurídico convencional y naturaleza jurídica. La Ley, 1986, Nº 1450.

- Grupos de sociedades y accionistas minoritarios (la tutela de la minoría en situación de dependencia societaria y de grupo), Madrid, 1987.

- La regulación de los grupos de sociedades en G.J.C.E.E. Nº 25, Madrid, 1987.

- La segunda proposición de ley del diputado Cousté sobre los grupos e sociedades en Francia, R.D.M. 1978, pág. 563 y siguientes.

- Los grupos de sociedades en la C.E.E. (7ª y 9ª directivas) en García de Enterría, Muñoz Machado y González Campos, Tratado de Derecho Comunitario Europeo, Madrid, 1986, pág. 73 y siguientes.

- Los grupos de sociedades en la nueva ley brasileña de sociedades anónimas. R.D.M. 1979, pág. 461 y siguientes.

- Notas sobre la caracterización jurídica del grupo de sociedades y su significado en el derecho del trabajo (en torno a la sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 4 Jul. 1984), R.C.A.S.V. Nº 27, 1985, pág. 95 y siguientes.

- Recientes aportaciones suizas al derecho de los grupos de sociedades. R.D.M. 1981, pág. 325 y siguientes.

ENNECERUS : Tratado de Derecho Civil, Trad. esp. Barcelona, 1961. (Kipp y Wolf).

ESTEBAN VELASCO : Las sociedades. R.D.M. 1981, pág. 651.

- Las sociedades y las empresas multinacionales, R.D.M. 1984, pág. 337 y siguientes.

- Organización y contenido del poder de representación en las sociedades de capital. R.D.E.S.C. Madrid 1987, pág. 389 y siguientes.

FERNANDEZ DE LA GANDARA : Poder de dirección y responsabilidad en los grupos de sociedades (contribución al estudio de la concentración de empresas), Madrid, 1972.

FERNANDEZ HIERRO, J.M.: Responsabilidad civil, médico-sanitaria, Pamplona, 1984.

FERNANDEZ PEÑA, E.: Normativa fundamental sobre obligación de contabilidad de comerciantes e industriales sociales e individuales. C.I. 6-1972, pág. 165 y siguientes.

FERREIRA RUBIO, Delia M.: La buena fe. Madrid, 1984.

FRAGALI : Fideiussione, mandato di credito. Commentario del Codice Civile, al cuidado de Scialoja y Branca.

FROSSARD : La distinción entre obligación de medios y obligaciones de resultado. Paris, 1965.

FULLER, Lon : Indemnización de los daños contractuales y protección de la confianza. Trad. esp. de P. Brutau, Barcelona 1967. (con W.R. Perdue).

GALAN CORONA, E.: Sociedades de garantía recíproca. N.E.F.C.G.M.F. Madrid, 1990, pág. 37 y siguientes.

GARRIGUES, J.: Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas. (Ley de 1951) (con R. Uría), Madrid, 1976.

- Contratos bancarios. Madrid, 1975.

GALGANO : La società per azioni, en Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia. Padova, 1984.

GALLART CASES, R.: El momento de la perfección del contrato entre ausentes. R.J.C., 95, 1960, pág. 290 y siguientes.

GARCIA GARRIDO, M.J. : Derecho Privado Romano, Madrid,

1982.

GARCIA LUENGO, R.B.: Las pólizas de coberturas de riesgos de operaciones bancarias : Apreciaciones críticas, N.E.F.C.G.M.F.

GARCIA RUBIO, M<sup>a</sup> Paz : Comentarios a la S.T.S. de 16 de Mayo de 1988. La Ley, N<sup>o</sup> 2372.

GILISSEN, J.: Histoire comparée des sûretés personnelles. Travaux de la société J. Bodin, T. 38, pág. 6 a 137.

GIRON TENA : Derecho de sociedades. Parte general, sociedades colectivas y comanditarias, Madrid, 1976.

- Grupos de sociedades, en las grandes empresas, Méjico-Valladolid, 1965, pág. 97 y siguientes.

GOMEZ-REY, Fernando J.: Créditos y préstamos internacionales, Madrid, 1982.

GOMEZ SEGADE: Algunos problemas actuales del Derecho Mercantil. Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría, Madrid, 1978.

GUILARTE ZAPATERO, Vicente : Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales (dirigidos por M. Albaladejo), T. XXIII, Arts. 1822 a 1886 del Código Civil.

- Notas sobre la fianza y su régimen en el Código Civil. R.D.P. 1975, pág. 891 y siguientes.

GULLON BALLESTEROS, A: La promesa del hecho ajeno; A.D.C. 1964, I, pág. 3 y siguientes.

- Curso de Derecho Civil, Madrid, 1972.

- Sistema de Derecho Civil (con Díez Picazo), Madrid, 1980.

GURVITCH: Théorie pluraliste des sources du Droit Positif. Annuaire de l'Institut de Philosophie du Droit, 1934.

GUZMAN (Mayrata-Sechi y Sanchez) : Aspectos jurídicos de las operaciones bancarias, Barcelona, 1981.

HEENEN : Les s-rétés personnelles, Bruxelles, 1969.

HELLMAN : Naturale obligatio ex pacto?.... Z.S.S. XII, 1892, pág. 325 y siguientes.

HERNANDEZ GIL : Derecho de obligaciones, Madrid, 1983.

HERVAS CUARTERO, I.: Las garantías contractuales en las transacciones con el exterior. R.D.B.B. 11-1983, pág. 579 y siguientes.

IGLESIAS BUHIGUES : La quinta libertad comunitaria. Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en la Comunidad Europea, Tratado de Derecho Comunitario Europeo, T.3, García de Enterría, González Campos y Muñoz Machado, Madrid, 1986, pág. 711 y siguientes (con Desantes Real).

IGLESIAS PRADA : Administración y delegación de facultades en la sociedad anónima, Madrid, 1971.

IHERING : Culpa "in contrahendo". (obras escogidas), Trad. franc. París, 1983.

JIMENO TUSET : Operaciones bancarias. Madrid. 1958.

JORDANO BAREA : La sociedad de un solo socio, R.D.M. 1964, pág. 10 y siguientes.

JORQUERA GARCIA : Los préstamos y créditos en divisas. N.E.F.G.C.M.F. pág. 351 y siguientes

KANTOROWITZ, H.: La definición del Derecho. Madrid, 1984.

KIPP : V. ENNECERUS.

LACRUZ BERDEJO, J.L.: Elementos de derecho civil. Barcelona. 1977.

- Las obligaciones naturales, Estudios de Derecho Civil. Barcelona, 1958. pág. 163.

LARENZ, K.; Derecho Civil. Trad. esp. Madrid. 1958.

LASARTE, C.: Sobre la integración del contrato: La buena fe en la contratación, R.D.P. 1980, pág. 50 y siguientes.

LAVABRE, CH.: Le groupement de intérêt économique. Une expérience de liberté contractuelle. Paris, 1972.

LEGAZ LACAMBRA, L.: Filosofía del Derecho. Barcelona, 1961.

LEON ALONSO, J.: El mandato de crédito, R.D.P. 1982, pág. 1075 y siguientes.

LUMIA, G.: Principios de teoría e ideología del

Derecho, Trad. esp. Madrid, 1985.

LUTTER : Lo sviluppo dei diritto dei gruppi i Europa.  
Riv. Soc. 1981.

MALAN : Les offres publiques d'achat. Paris 1969.

MANRESA : Comentarios al Código Civil Español. Madrid,  
1921.

MARTINEZ CALCERRADA : Problemática de las obligaciones  
naturales : Eficacia jurídica del deber moral cualificado. R.G.L.J.  
1964, I, pág. 327 y siguientes.

MAYRATA V. GUZMAN.

MAZEAUD : Tratado civil y práctico de responsabilidad  
civil delictual y contractual. Trad. esp. Buenos Aires, 1963 (Tung).

MENENDEZ, A.: La buena fe y el Registro Mercantil.  
Curso de conferencias sobre el Registro Mercantil, Madrid, 1972, pág.  
1969.

- Los pactos de sindicación para el órgano  
administrativo de la S.A. Estudio homenaje a Rodrigo Uría, Madrid,  
1978, pág. 353.

MENGONI : Obbligazioni di risultato e obbligazioni di  
mezzi. R.D.C. 1954, pág. 208 y siguientes.

MOISSET : Obligaciones naturales y deberes morales.  
R.G.L.J. 1969, I, pág. 567 y siguientes.

MOREAU-MARGREVE : Les créanciers et la faillite.



Bruselas 1983.

MORENO QUESADA, B.: El vencimiento anticipado del crédito por alteración de sus garantías (Art. 1129-3 del C.C.), A.D.C. XXIV-2, 1971, pág. 429 y siguientes.

- La oferta del contrato. R.D.N. 1956.

- La oferta del contrato. Génesis del contrato y responsabilidad antecontractual, Barceloa, 1963.

- Problemática de las obligaciones de hacer, R.D.P. 1976.

MOTOS GUIRAO, M.: La interpretación del contrato mercantil y el Art. 59 del Código de Comercio, R.J.C., 1955, pág. 34 y siguientes.

MOZOS, de los : El principio de buena fe. Barcelona, 1963.

MUÑOZ MACHADO, F.: Código del Derecho Comunitario Europeo. Abril 1988. (en colaboración con varios autores).

OLIVER RUIZ, M.: La confusión de patrimonios y el Art. 285 del C. de C., Est. Hom. a R. Uria, pág. 499 y siguientes.

PACHIONI : Manuale di Diritto Romano. Trad. esp. Valladolid, 1942.

PAZ-ARES, C.: Negocios sobre las propias acciones. R.D.M.S.C. Madrid, 1987, pág. 473 y siguientes.

PEDROL RIUS, A.: La anónima actual y la

sindicación de acciones. Madrid, 1969.

PELLIZI : Voz "exceptio doli" N.N.D.I., VI, Turin, 1960.

PENNINGTON : Take-over bids in the United Kingdom, A.J.C.L. 1969, pág. 159 y siguientes.

PERDUE, W.: V. FULLER.

PEREZ ALVAREZ, M..A.: Solidaridad en la fianza, Pamplona 1985.

PEREZ VALENZUELA: La póliza : La seguridad del crédito y la nueva normativa a la luz de las instituciones bancarias. R.G.D. 1964, pág. 2705 y siguientes.

PINTO RUIZ, J.J.: Deuda futura. Eficacia de la fianza. Comentario a la S.T.S. de 24 Octubre 1980. Actualidad Jurídica, 1981, IV, pág. 56 y siguientes.

PIRAS : Collegamenti tra società e tipificazione dell'impresa di gruppo en la Riforma delle società di capitali in Italia. Venezia, 1968, pág. 1150 y siguientes.

POLO : Comentario a la S.T.S. de 22 Diciembre 1941, R.D.P. 1942, pág. 816 y siguientes.

PORTALE, G.: Fideiussione e garantievertrag nella prassi bancaria, en Nuovi Tipi Contrattuale e Tecniche di Redazioni nella pratica commerciale. A cura di P. Verrucoli, Milán, 1978. pág. 3 y siguientes.

PUENTE MUÑOZ, T.: En torno a la persona jurídica

mercantil, R.G.D. 1965, pág. 830 y siguientes.

PUIG BRUTAU, V. ROCA SASTRE.

REMIRO BROTONS, A.: Comentarios al Art. 10, apartado 5º, en Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales dirigidos por M. Albaladejo, Tomo I, pág. 289 y siguientes.

RECASENS SITGES, L. : Filosofía del Derecho. México 1959.

RIPERT : La règle morale dans les obligations civiles, 2ª ed. París, 1927.

ROBLES ALVAREZ DE SOTOMAYOR, A.: El mandato de crédito. R.C.D.I. 1948, pág. 531-547.

ROCA SASTRE: El contrato de promesa, en Estudios de Derecho Privado, T. I, Madrid, 1948, pág. 324 y siguientes.

- Doctrina de las obligaciones naturales, en Estudios de Derecho Priado, Tomo I, Madrid, 1948, pág. 285. (Puig Brutau).

- Responsabilidad por débito ajeno. Estudios de derecho privado, Madrid, 1948 (Puig Brutau).

ROCAMORA: Contribución al estudio de las obligaciones naturales, R.D.P. 1945, pág. 541 y siguientes.

RODRIGUEZ ARIAS : La obligación natural, Madrid, 1953.

ROTONDI, M.: Alcune considerazioni sul concetto di obbligazione naturale e sulla evoluzione, R.D.C. 1977. pág. 1 a 213.

RUEDIN : Vers un droit des groupes de sociétés. ZRS/RDS, 1980, pág. 263 y siguientes.

SACRISTAN, M.: La agrupación europea de interés económico (antecedentes y caracterización), R.D.E.S.C., pág. 811 y siguientes.

- El grupo de estructura paritaria : Caracterización y problemas, R.D.M. 1982, pág. 375 y siguientes.

SAENZ GARCIA DE ALBIZU : El objeto social y el poder de representación de los administradores de las sociedades anónimas : Adaptación a la legislación comunitaria, A.F. Nº 26, 1987, pág. 301 y siguientes.

SAGARDY BENGOCHEA : La temática laboral del grupo de empresas, en Cremades (E.D.) empresas multinacionales y Derecho Español, Madrid, 1977, pág. 771 y siguientes.

SALINAS QUIJADA, F.: Manual de Derecho Civil Navarro. Pamplona, 1980.

SANCHEZ ANDRES, A.: El control de las condiciones generales en derecho comparado : Panorama legislativo, R.D.M., 1980, pág. 385 y siguientes.

SANCHEZ CALERO, F.: Régimen de cuentas anuales en R.D.M.S.C. pág. 711.

- Instituciones de Derecho Mercantil, 13 Ed. Madrid, 1988.

SANCHEZ GUILARTE : Proyecto de Código para la práctica de garantías y fianzas a primera demanda (comentario al proyecto de la

Cámara Internacional de Comercio) R.D.B.B. 1984, pág. 52 y siguientes.

SANCHEZ, J.M.: V. GUZMAN.

SANTOS BRIZ : Notas sobre las denominadas obligaciones naturales en el derecho moderno, R.D.J. 1961.

SCALFI : La promessa del fatto altrui. Istituto Editoriale Cisalpino, Milano-Varese, 1955.

SECHI : V. GUZMAN.

SERICK : Apariencia y realidad de las sociedades mercantiles, Trad. esp. P. Brutau, Barcelona, 1958.

SUAREZ-LLANOS GOMEZ, L.: Sobre la distinción entre administración y representación de las sociedades mercantiles. R.D.M. 88-1962, pág. 47 y siguientes.

STASI, M.C. : Voz "promessa dell'obbligazione o del fatto del terzo, N.N.D.I. Torino, 1966, XIV, pág. 69 y siguientes.

STOLFI, G.: La promessa del fatto di un terzo. R.D.C. 1927, I, pág. 203 a 221.

TUA PEREDA, J. : Principios y normas de contabilidad. Historia, Metodología y entorno de la regulación contable. Instituto de Planificación Contable. Madrid, 1983.

TUNC : V. MAZEAUD.

URIA, R. : Teoría de la concentración de empresas, R.D.M. 1949, pág. 315 y siguientes.

- V. GARRIGUES.

VAN HECKE, G: Le droit international privé des suretés nouvelles issues de la pratique. Les suretés, Coloquio Bruselas, 1983.

VAN OMMESLAGHE : Le régime des sociétés par actions et leur administration en droit comparé, Bruselas, 1960.

VAZQUEZ BOTE : Sobre el Art. 1901 del Código Civil y la obligación natural, R.D.C.I., 1975, pág. 891 y siguientes.

VERRUCOLI : Il "superamento" della personalità giuridica delle società commerciali, Milan. 1981.

VINEY, G: La responsabilité : Conditions; en Traité de Droit Civil de J. Ghestin, 1982, pág. 648 y siguientes.

VIRGOS SORIANO, M: El Convenio de Roma de 19 de Junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, en Tratado de Derecho Comunitario Europeo, T. III, dirigido por García Enterría, González Campos y Muñoz Machado, Madrid, 1986, pág. 752 y siguientes.

VOLTERRA, Eduardo : Instituciones de Derecho Privado Romano, trad. esp., Madrid, 1986.

WATTIER : Le cautionnement bancaire, París, 1964.

WOLF : V. ENNECERUS.

ZURITA: La oferta pública de adquisición (OPA), Madrid, 1980.

---

# CONCLUSIONES

## C O N C L U S I O N E S

PRIMERA .- Sin perjuicio de su especificidad conviene situar a las declaraciones de patrocinio junto a las declaraciones de intención, con las que guarda parentesco y acaso están en la relación de género (las declaraciones de intención) y especie (las declaraciones de patrocinio).

Estas declaraciones de intención pueden ser anteriores a un contrato, en cuyo caso deben ser contempladas no como un precontrato, que supone algo más, sino como actos precontractuales, con las consecuencias derivadas de la "culpa in contrahendo" y colocarlas en los actos quasi negociales.

SEGUNDA .- La variada tipología de las declaraciones de patrocinio, determina que la definición común que permita abarcar a todos los tipos, haya de ser muy general, y en este sentido, pudiera describirse el fenómeno, señalando que está constituido por aquellas declaraciones que una sociedad matriz o dominante dirige a una empresa financiera en relación con un crédito u operación semejante que tal entidad financiera se dispone a concertar o tenga concertada con una de las sociedades filiales de aquélla.

TERCERA.- La terminología utilizada es extraordinariamente variada, y en primer término es preciso contemplar la opción de denominarlas declaraciones o cartas, inclinándonos por la primera por entender que es más importante el contenido que el continente, sin perjuicio de advertir que el término declaración así tomado, puede hacer referencia al documento en su totalidad o a cada una de las concretas declaraciones que un documento puede contener, pues es frecuente que en una misma carta encontremos varias



declaraciones de patrocinio de alcance y significación diversa.

Mucha mayor variedad existe en cuanto al segundo término de la expresión, ya que podemos encontrar en la doctrina hasta ocho denominaciones por lo menos.

Por nuestra parte hemos elegido la denominación declaración de patrocinio, que se corresponde con la terminología más utilizada por la doctrina -"patronage"- y su correcto equivalente en castellano "patrocinio".

CUARTA .- Las declaraciones de patrocinio desempeñan una función de garantía entendida en un sentido amplio, y específicamente de sustitución de las garantías típicas.

El fenómeno de las sociedades multinacionales y la evolución de las garantías bancarias son las razones de tipo general que explican la aparición y extensión de las declaraciones de patrocinio.

Más específicamente pueden señalarse como razones de la extensión de estas declaraciones las siguientes : Aligerar el balance, soslayar los requisitos legales para la constitución de garantías típicas, evitar las trabas de las legislaciones nacionales en materia de control de cambios, razones fiscales, de imagen corporativa y el deseo de no obligarse jurídicamente.

QUINTA.- Una de las características de las declaraciones de patrocinio es que en la práctica existe una gran variedad, con un significado jurídico igualmente muy variable.

Ante ello la doctrina ha seguido dos caminos : El primero de carácter sintético e inductivo que pretende extraer de todas estas declaraciones unos caracteres comunes, para obtener un concepto

unitario de la institución. La segunda dirección utiliza un método analítico y pretende exponer y relacionar cada una de las distintas declaraciones y para ello, debe partirse de los ejemplos tomados de la realidad, pues sólo así se podrá llegar a conclusiones de utilidad.

Partiendo de dicha realidad, puede afirmarse que todas las cartas de patrocinio contienen al menos dos declaraciones básicas, la de conocimiento de la operación financiera y la de que la entidad declarante ostenta una participación en la sociedad beneficiaria de la operación crediticia. De igual manera hay que tener presente, que un mismo documento puede contener varias declaraciones de distinto contenido y naturaleza, y ello supone que para un estudio teórico es útil examinar tales declaraciones separadamente, sin perjuicio de advertir la necesidad de su consideración conjunta en orden a la determinación de sus efectos.

Partiendo de este examen de la realidad, pueden distinguirse las declaraciones que pasamos a exponer a continuación, no sin advertir que dentro de cada uno de estos tipos básicos existen diversas modalidades.

a) .- Declaraciones de conocimiento de la operación, en las que la sociedad matriz manifiesta tener conocimiento de la operación financiera de que se trata.

b) .- Declaraciones de participación, en las que queda expresada precisamente la relación entre la sociedad matriz emisora de la declaración y la sociedad filial beneficiaria de la facilidad crediticia de que se trata.

c) .- Declaraciones de mantenimiento de la participación, en las cuales la sociedad matriz manifiesta de forma más o menos rigurosa su compromiso de mantener inalterada dicha participación, por lo menos durante la vigencia de la operación

crediticia de que se trate.

d) .- Declaraciones de política general o comportamiento con las sociedades filiales, en las que la sociedad de control hace una declaración genérica de su política negocial en relación con sus filiales.

e) .- Declaraciones relativas a la situación de la sociedad filial en orden al cumplimiento de sus compromisos crediticios, comprendiendo tanto aquellas declaraciones en que la sociedad matriz manifiesta su opinión de que la sociedad filial está en condiciones de cumplir los compromisos adquiridos frente al ente financiador como aquellas en que además la sociedad matriz asume el compromiso de vigilar o supervisar el mantenimiento de dicha situación.

f) .- Declaraciones de mantenimiento de la solvencia, en las que la sociedad matriz asume el compromiso de mantener a la filial en situación de solvencia que le permita el cumplimiento de sus obligaciones.

g) .- Declaraciones de mantenimiento del capital y/o patrimonio, que contienen el compromiso asumido por la sociedad matriz de conservar o procurar a la sociedad filial el mantenimiento de su capital y/o patrimonio, y que pueden revestir dos modalidades, ya se trate de una prohibición inicial de disminuir o eliminar la sustancia patrimonial de la sociedad filial o ya se trate de asumir el compromiso de mantener inalterado el capital o patrimonio neto de la sociedad filial.

h) .- Declaraciones de cumplimiento, en las que la sociedad matriz se compromete, bien con carácter general o bien en determinados supuestos, a que la facilidad crediticia sea reembolsada al Banco por la filial o se asuma el compromiso de reparar las pérdidas

que eventualmente pueda sufrir el Banco como consecuencia de la operación crediticia. Tales declaraciones constituyen la frontera de las declaraciones de patrocinio, ya que junto a ellas, se encuentran declaraciones que sólo formalmente pueden ser consideradas como de patrocinio, pero que en realidad constituyen figuras jurídicas típicas, y que por lo tanto quedan fuera del fenómeno que contemplamos.

SEXTA .- Es perfectamente posible que los compromisos recogidos en las declaraciones de patrocinio tengan carácter estrictamente jurídico, aunque no sean asimilables a figuras típicas de garantías; igualmente es posible que tales compromisos constituyan un simple acuerdo entre caballeros regulado no por normas jurídicas sino por normas sociales o pertenecientes a la moral del medio.

SEPTIMA .- La conclusión anteriormente citada resulta confirmada por el análisis de la situación en derecho comparado y muy especialmente en los dos sistemas, Estados Unidos y Alemania, que constituyen los arquetipos de las dos posiciones extremas. De igual manera parece corroborada por la gran mayoría de la doctrina, incluida la española y recogida en la jurisprudencia de los distintos países.

OCTAVA .- La exclusión de la juridicidad o intento jurídico negativo, es perfectamente aplicable a las declaraciones de patrocinio al objeto de remitir los compromisos contenidos en las mismas a la esfera extrajurídica. Dicho intento jurídico, no obstante, no debe de entenderse en el sentido de disponibilidad por los particulares del ordenamiento jurídico, sino como la identificación del fin o interés empírico que persiguen los interesados en la medida que pueda obtenerse al margen de un pacto jurídico.

NOVENA .- Debe tenerse muy en cuenta, a los efectos de determinación del carácter jurídico o no de los compromisos contenidos en la declaración de patrocinio, la causa, entendida como fundamento de la obligatoriedad. Así, tendrá carácter jurídico el compromiso o

compromisos asumidos en la medida en que el promitente asuma los riesgos o costes de la ventaja que pretende obtener.

DECIMA .- Habrá de estarse en todo caso a la voluntad de los interesados, entendida en el modo que queda expuesto en las conclusiones anteriores, aplicando a las declaraciones de patrocinio las normas de interpretación de nuestro derecho positivo, si bien adaptándolas a la particular naturaleza y función que desempeñan tales declaraciones.

UNDECIMA .- En todo caso, ha de estarse a la presunción de juridicidad, por las razones expuestas sinteticamente más arriba y de conformidad también con la mayor parte de la doctrina y de la jurisprudencia.

DUODECIMA .- No obstante, la pertenencia de los compromisos asumidos en una declaración de patrocinio al campo extrajurídico, no debe identificarse con una absoluta irrelevancia jurídica. El derecho incidirá sobre tales compromisos a través de la construcción de la obligación natural, o mejor del efecto de la "soluti retentio" (Art. 1901 del Código Civil), de la responsabilidad extracontractual (Art. 1902) o de las normas de comportamiento según la buena fe y las normas de corrección (Art. 7 y 1258 del Código Civil).

DECIMOTERCERA .- Partiendo de la consideración unánime de la doctrina sobre la función de garantía en sentido amplio que desempeñan estas declaraciones, es claro que la institución, en orden a la determinación de su naturaleza jurídica y efectos ha de ponerse en relación con las figuras de garantía acuñadas por el Derecho, en un intento, en algunos caso de asimilación, ya sea total o parcial, y sobre todo en un intento de distinguir la esencia de la carta de patrocinio de las figuras típicas.

Y dentro de ellas, el contrato de garantía, por virtud del cual una persona se compromete a indemnizar los daños y perjuicios que sufra el acreedor como consecuencia de un incumplimiento asumido por un tercero distinto del garante.

La adhesión de deuda en virtud de la cual no se crea una obligación accesoria, sino que el tercero, queda agregado como un nuevo sujeto a la obligación inicial.

La asunción de cumplimiento cuando una persona se obliga con el deudor a cumplir lo que le incumbe a éste, frente a un tercero que podrá o no adherirse a la convención que inicialmente se produce entre el deudor y quien asume el incumplimiento con el.

El mandato de crédito, en el que una persona se obliga por encargo de otra a dar crédito a un tercero, respondiendo el mandante del quebranto final que pueda sufrir el mandatario.

La promesa del hecho de un tercero, por virtud de la cual una persona se obliga respecto de otra prometiéndole el hecho de una tercera, obligándose a indemnizar en caso contrario.

Y por último la fianza que define nuestro Código Civil en el Art. 1822 en los siguientes términos : "Por la fianza se obliga a pagar o cumplir por un tercero en el caso de no hacerlo éste".

Hay que notar que de todas estas figuras, solamente la fianza se encuentra regulada en nuestro derecho positivo, y esta circunstancia unida a la evolución del concepto de fianza, resultado de varias figuras conocidas en el Derecho Romano, hacen que la fianza tenga a la vez carácter genérico y específico, de manera que además de la figura específica a la que antes se hace referencia, se toma el concepto de fianza como género que comprendería a las demás, estableciendo una suerte de igualdad entre fianza y garantía personal,

lo que implica el riesgo de aplicar a las declaraciones de patrocinio las normas de la fianza sin otra precisión, lo que, como con error en nuestro modesto criterio, realiza la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Diciembre de 1985 en su Quinto Considerando.

DECIMOCUARTA.- La naturaleza y efectos de la institución que comentamos, debe hacerse con referencia concreta a cada uno de los tipos de declaración, siguiendo en este sentido la tipología a la que más arriba se ha hecho referencia.

A).- Declaraciones de conocimiento.- Dentro de este tipo general, pueden distinguirse tres figuras.

En primer término las declaraciones de conocimiento simple cuando la sociedad matriz declara conocer la operación crediticia a la que se refiere la declaración de patrocinio, ya sea en forma genérica, o reforzada, a través de la indicación de que el conocimiento no solo se refiere a la operación en general sino que se extiende a todos los aspectos de la misma. El alcance jurídico de estas declaraciones es el siguiente :

No podrá la sociedad emisora alegar ignorancia de la operación, o incluso de sus detalles según los casos.

Podrá interpretarse, en defecto de otras pruebas más poderosas, su silencio como aceptación de los términos de la operación, a los efectos de impedir una impugnación posterior.

En la medida en que contenga información no conocida por el Banco, puede generarse la responsabilidad dimanante de la exigencia de veracidad de la misma.

Una segunda variedad está constituida por las denominadas declaraciones de conocimiento y aprobación, en las que no

sólo se manifiesta conocer la operación, sino que la sociedad matriz declara de forma expresa su aprobación.

La diferencia conceptual entre ambas declaraciones es clara, pues frente a una mera declaración de conocimiento tenemos aquí una declaración de voluntad, y por tanto, toda pretensión en orden a desconocer o impugnar la operación crediticia de que se trate queda vedada, pues resultaría contradictoria con la expresa autorización que se presta.

Asímismo, queda reforzado el compromiso de información.

Por último, el deber de investigación de la entidad bancaria, queda eliminado, o cuando menos suavizado, de tal manera que sólo será imputable al Banco cuando la decisión por parte de la sociedad filial de suspender pagos, quebrar, etc. fuera de mutuo conocimiento.

Todavía existe una tercera variedad, cuando la declaración de patrocinio o su contenido son determinantes para la concesión del crédito de que se trate.

Como puede verse, se trata de dos supuestos; a saber : cuando se hace notar que el contenido de la carta de patrocinio es la razón básica o determinante de la concesión del crédito, cláusula que viene a matizar o reforzar las existentes en la declaración de patrocinio, que por ello adquiere el carácter de básica o esencial y que permitirá al Banco resolver el contrato crediticio si descubre la inexactitud de las manifestaciones o el incumplimiento de las obligaciones que por expresa redacción de la carta tienen carácter básico o esencial.

En segundo lugar cuando en la propia declaración de patrocinio, se reconoce que la facilidad crediticia que concede por



razón de la declaración de patrocinio, en cuyo caso nos encontramos ante un mandato de crédito, y por lo tanto el Banco tendrá los derechos y obligaciones derivados de la operación crediticia frente a la sociedad filial y las obligaciones y derechos derivados del mandato de crédito frente a la entidad emisora de la declaración de patrocinio, cuya acción está integrada por las obligaciones asimilables a la fianza o cuando menos por las obligaciones propias del mandato, concretamente por la obligación que el mandante tiene de dejar indemne al mandatario.

B) .- Declaraciones de participación.- Se trata de aquellas declaraciones en que simplemente se constata el hecho de la participación del firmante de la carta en el capital de la sociedad que ha solicitado las facilidades crediticias.

La cláusula plantea el tema de las relaciones entre la sociedad que emite la carta y aquella que se beneficia de la declaración frente a la entidad bancaria y por tanto está íntimamente ligado con el tema de los grupos de sociedades, que será objeto de posterior consideración.

La declaración aludida tiene un enorme valor probatorio, ya que acredita una situación de hecho cuya situación puede desencadenar determinados efectos jurídicos.

Pero si la información se recibe precisamente de la sociedad matriz, es claro que si se produjera falsedad o reticencia en la declaración, pudieramos encontrarnos incluso ante un auténtico delito de estafa, y en todo caso en una situación de dolo con el consiguiente efecto de anulación del contrato entre la entidad bancaria y la sociedad pseudo-filial, si se trata de dolo causante o con la consecuencia de indemnización de los daños y perjuicios causados si se trata de dolo incidental.

Por el contrario no puede aceptarse que la cláusula implica la obligación de comunicar a la receptora de la carta las modificaciones de la situación que dá a conocer a la sociedad matriz, ni tampoco la obligación de mantener la situación que declara en la carta. Cosa distinta es que, en determinados supuestos, una vez emitida la declaración y por causas imputables exclusivamente a la sociedad emisora se produzca con gran rapidez un cambio fundamental, tal como la venta de todas las acciones o de aquellas que determinan la mayoría y el control, pues ello puede ser un supuesto de reticencia contrario a la buena fe.

C) .- Declaraciones de mantenimiento de la participación .- En ellas la sociedad matriz asume un compromiso efectivo de continuar con la situación declarada.

Cabe subdistinguir tres modalidades :

- La primera en la cual la sociedad matriz se obliga a mantener la participación que posee.

- La segunda en que la sociedad se compromete a mantener su situación y a notificar previamente a la entidad financiera cualquier modificación de la misma que pudiera producirse.

- La tercera, denominada como "acuerdo sustitutivo" en la que la sociedad matriz se compromete a mantener inalterada la situación o en el caso de que ésta se modificara, debe concertar con el ente financiador un nuevo acuerdo para ofrecer a cambio una garantía entendida en sentido amplio, que sustituya al anterior compromiso.

a) .- La declaración de mantenimiento simple de la participación.

Esta declaración plantea en primer término el problema

de la validez jurídica de tal cláusula frente al principio de libre transmisión de las acciones. En principio teniendo en cuenta que se trata de una limitación voluntariamente asumida por el titular de las acciones y que tal autolimitación tiene evidentemente una causa justificada y una determinación en cuanto a su duración, no parece que existiera dificultad alguna para considerar su validez.

Problema distinto es el de la eficacia respecto de terceros, pues tratándose de un convenio que se produce entre dos partes, tal convenio no vinculará al tercero salvo que tal limitación adquiriera reflejo público.

Salvo pacto, la limitación transmisiva parece referirse exclusivamente a los actos voluntarios de la sociedad matriz, pero, por el contrario, deben entenderse incluidos en la prohibición aquellos actos que, en rigor, no suponen transmisión de las acciones pero, sí modificación sustancial de la situación, tales como la renuncia al derecho de voto, etc.

Debe plantearse el tema de los efectos que se producen cuando pese a la prohibición haya tenido lugar la transmisión. En este caso, parece que la entidad financiera podrá resolver el contrato celebrado con la filial, y además podrá reclamar los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del incumplimiento, planteándose con ello el grave problema de acreditar la relación de causalidad entre el daño -constituido generalmente por el impago- y el incumplimiento, consistente en la transmisión de acciones. En estos casos la existencia de una cláusula penal específica podrá soslayar la dificultad, pero, es evidente que el efecto deriva no de la declaración de patrocínio sino de la propia cláusula penal.

b) .- Declaración de mantenimiento con preaviso.-

La sociedad matriz se compromete a comunicar a la

entidad financiera la disminución o desaparición de su participación en la sociedad filial.

Si el plazo de preaviso no se especifica será el Juez quien, atendidas las circunstancias del caso, habrá de decidir sobre el cumplimiento o no dado el plazo en el que se produjo el preaviso.

Si la sociedad matriz no realizara oportunamente el aviso nos encontraríamos con un incumplimiento de la obligación con carácter definitivo, cuya reparación sólo podría tener lugar en términos equivalentes. Ello exige que existan tales daños y perjuicios y sobre todo la demostración de la relación de causalidad entre la falta de preaviso y el incumplimiento total o parcial por parte de la filial.

La entidad crediticia podrá pedir la resolución del contrato sino se le ofrecen otras seguridades de idéntico alcance a las ya existentes. De igual manera no podrá negarse a admitir como sustitución una nueva carta de patrocinio salvo diferencias especiales del nuevo grupo y el anterior.

c) .- Con acuerdo sustitutivo, cuando la sociedad matriz asume también la obligación de llegar a un acuerdo sustitutivo de la carta de patrocinio.

Pueden distinguirse cuatro supuestos a su vez, a saber :

- Cuando la sociedad matriz asume la obligación de consultar o concertar con la entidad bancaria para encontrar una solución satisfactoria debiéndose considerar como tal una situación equivalente o sustitutiva de la situación anterior.

- Cuando la sociedad matriz asume la obligación de emitir, a petición de la entidad financiera, una determinada garantía.

que, en términos generales puede ser considerada como una auténtica fianza sometida a una doble condición. Por un lado la pérdida o disminución de la participación de la sociedad matriz en la filial, y el requerimiento que frecuentemente se preve deba realizar el banco beneficiario.

Para ello es necesario que el firmante de la carta tenga capacidad para obligar a la sociedad a constituir el afianzamiento.

El efecto fundamental estaría constituido, no tanto por la indemnización de daños y perjuicios, sino por la constitución de la garantía correspondiente, apareciendo esta cláusula como una cláusula de sustitución de una garantía atípica, por una garantía típica.

- Con acuerdo de la entidad financiera.- Se trata de aquella declaración que condiciona la cesión de la participación de la sociedad madre en la filial a un acuerdo previo con la entidad financiera.

El pacto debe ser considerado válido "interpartes" aún cuando no afecte a los terceros de buena fe.

La negativa arbitraria a la transmisión de las acciones por parte de la entidad financiera sería contraria a la buena fe, cuando la sociedad matriz ofrezca adecuada compensación en forma de nuevas garantías.

En cuanto al efecto, será la indemnización de los daños y perjuicios, planteándose el problema de la prueba de estos daños, y muy especialmente la relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación prevista en la cláusula y el impago total o parcial por parte de la filial.

- Con compromiso de liquidar o "apurar" las deudas de

la filial. En este caso no se trata de pagar ni tampoco se trata de la sola comprobación de estas deudas. Se trata de que la sociedad matriz se comprometa, para el caso de producirse la cesión de acciones a dejar a la sociedad filial en situación de solvencia que permita el cumplimiento de las obligaciones de dicha sociedad filial frente a la entidad financiera.

La entidad financiera podrá reclamar los daños y perjuicios consiguientes, pero habrá de acreditar que en el momento de producirse la cesión de participación no estaba la filial en situación de solvencia, y además que si en tal momento su situación hubiera sido mejor en cuanto a tal solvencia, el pago se hubiera producido.

Teniendo en cuenta el carácter "intuitu personae" que tiene en general los contratos bancarios de crédito, parece que el Banco podrá resolver el contrato crediticio con la entidad filial.

D) .- Declaraciones de política en general.-  
("policy")

Se trata de declaraciones de patrocinio en las que la sociedad matriz manifiesta cual es su postura general con respecto a las sociedades filiales, sin asumir compromiso alguno, ya sea en términos generales o con específica referencia al comportamiento de la sociedad matriz en alguna de las áreas concretas de actividad.

Estas cláusulas se caracterizan negativamente, porque en ellas no aparece compromiso alguno asumido por parte de la entidad emisora de la carta.

La carta tiene, sin duda, un contenido informativo, pero tal información aparece matizada, por cuanto que la misma no es solo sobre un dato pasado y presente, sino que, además, se refiere a algo que normalmente habrá de ser en el futuro.

Desde este punto de vista si la información es falsa o reticente, aún cuando se haya excluido el compromiso jurídico, se generará una responsabilidad por dolo, de conformidad con la irrenunciabilidad que para este supuesto establece el Código Civil.

No puede hablarse de un auténtico compromiso de no modificar la política de la sociedad, pero sí existe una especial vinculación que, determina que un cambio de política no puede ser enteramente libre y arbitrario, sino que habrá de ser razonable, en base a las normas de la corrección, y en definitiva de la buena fe.

E) .- Declaraciones relativas a la situación de la filial en orden al cumplimiento-

Dentro de esta rúbrica general se distinguen dos modalidades; la primera constituida por aquellas declaraciones que la sociedad madre manifiesta u opinión de que la filial está en disposición de cumplir los compromisos adquiridos frente al Banco sin asumir ningún otro.

Desempeña una función informativa, y por consiguiente son de aplicación aquí las reflexiones hechas a propósito de las responsabilidades por exacta información.

En estas cláusulas, aparece en forma más nítida la función de "aval" moral, constituyendo una verdadera recomendación, una garantía en sentido personal subjetivo aunque jurídicamente el patrimonio de la sociedad matriz pueda no verse afectado.

La segunda modalidad está constituida por aquellas declaraciones en las que la sociedad matriz asume la obligación de vigilar o influir para que la sociedad controlada se mantenga en situación de cumplir.

Pese al diferente significado de las palabras influir y vigilar, parece indiferente que se utilice uno de los términos o los dos conjuntamente, pues la vigilancia se configura, en cierto modo, como el antecedente lógico de la influencia y de igual manera, en las obligaciones de influencia ha de ser también incluida la vigilancia, para influir o no, según que sea necesario. Esta vigilancia debe ejercitarse sobre la gestión de la sociedad y naturalmente tiene distinta transcendencia en la situación de "socio soberano" o en la situación de "socio minoritario", pues si bien en principio la obligación que se contrae es la misma, no puede ocultarse que la situación de control de la sociedad que ostenta el socio soberano supone una hipótesis cualitativamente distinta, ya que en rigor, tales poderes para influir y vigilar sólo existen en esta hipótesis.

La sociedad madre asume una obligación jurídica de un hecho propio, que consiste en la utilización de los poderes de control que ostenta sobre la filial en orden a que ésta cumpla sus compromisos con el Banco receptor de la carta. Ello comporta no sólo la obligación negativa de no realizar actos que perjudiquen la solvencia o liquidez de la sociedad, sino también la obligación positiva de influir en la gestión de dicha sociedad para que los créditos sean satisfechos. Tal obligación deberá combinarse con la libertad de gestión que corresponde también a la sociedad matriz, como socio de la filial. Pero no comporta para la sociedad madre ni la obligación de cumplir por la filial ni la obligación de aportar los medios materiales para que ésta cumpla.

F) .- Declaraciones de mantenimiento de la solvencia.-

En estas declaraciones tanto si son genéricas en el sentido de que será mantenida la solvencia para el pago de todo tipo de deudas, o específicas, para el pago de las deudas objeto de la carta de



patrocinio, comportan con carácter mínimo una obligación mixta; de un lado, la sociedad matriz está obligada a controlar la gestión de la filial de modo que mantenga su solvencia y también está obligada a no realizar actos que perjudiquen tal solvencia. Además, la declaración impone a la sociedad matriz una obligación de dar, de proveer de fondos a la filial para restituirla a la misma situación de solvencia que se hubiera deteriorado o que hubiera disminuido. La cláusula viene a cubrir la causa más importante del impago, la falta de solvencia de la filial. Esta es la gran importancia de la declaración; sin embargo no tiene otro contenido. Efectivamente en estas declaraciones no puede deducirse la existencia de una fianza, no sólo porque de acuerdo con nuestro Código Civil la fianza debe ser expresa, sino porque una recta interpretación de la cláusula nos lleva a encontrar una obligación de solvencia, que es distinta e incluso en ocasiones más onerosa que la obligación dimanante de la fianza.

La sociedad matriz sólo quedará liberada cuando demuestre que no puede por causa no imputable a ella realizar esta obligación, o cuando, habiéndola incumplido, acredite que no existe relación de causalidad entre el incumplimiento por parte de la filial del pago al Banco y las obligaciones de solvencia que la matriz ha asumido en su declaración.

G) - Declaraciones de mantenimiento del capital y/o patrimonio.-

Estas cláusulas guardan innegable parentesco con las examinadas con anterioridad.

La primera manifestación es la que los autores denominan prohibición de "svuotamento", obligación negativa en que la sociedad matriz asume el compromiso de no "vaciar" patrimonialmente a la sociedad filial, debiendo entenderse la frase no en un sentido absoluto, sino en un sentido más amplio que comprende la disminución

patrimonial relevante. La sociedad matriz habrá cumplido el compromiso con abstenerse de producir esta reducción patrimonial, y en caso contrario, el Banco podrá reclamar los daños y perjuicios del incumplimiento de dicha obligación. Tiene por tanto la cláusula la ventaja de la delimitación de la obligación de la sociedad matriz.

Un segundo tipo de cláusulas tiene carácter positivo, comprendiendo aquellas en que la sociedad matriz se compromete a mantener determinado nivel de capital y/o patrimonio. Y guardan también innegable parentesco con las declaraciones de mantenimiento de la solvencia, si bien, pueden distinguirse algunos aspectos: En primer lugar cuando la obligación se refiere a la liquidez más que a la solvencia, es decir cuando la sociedad matriz se compromete a colocar a la filial en situación de liquidez que le permita el cumplimiento de sus obligaciones. También aquellas declaraciones en las que se utilizan unos determinados módulos o "ratios" que han de mantenerse. En estos casos la diferencia está en la mayor concreción de la cláusula, aquí la sociedad matriz se compromete a algo más circunscrito y perfectamente identificable como un determinado nivel de endeudamiento, una "ratio" de liquidez.

Durante la vigencia del crédito el Banco podrá exigir el cumplimiento de la obligación de hacer que ha sido asumida por parte de la sociedad matriz y podrá exigir además el cumplimiento en forma específica, no como indemnización de daños y perjuicios, puesto que, éstos sólo se concretarán al vencimiento del crédito. También tendrá la posibilidad de declarar anticipadamente resuelta la operación crediticia a través de la frecuente utilización de las cláusulas de vencimiento anticipado.

Bajo esta rúbrica pueden situarse también aquellas declaraciones en que la sociedad matriz se compromete a no percibir sus propios créditos frente a la filial, hasta que estén satisfechos los créditos derivados de las operaciones bancarias objeto de la

declaración. En este caso, en principio el alcance indemnizatorio a cargo de la sociedad matriz, vendría dado por la cuantía de los créditos percibidos por ésta con anterioridad al Banco, salvo que pudiera demostrarse que, como consecuencia de esa anticipación, el daño producido a la solvencia de la filial no es sólo el importe de los créditos pagados, sino otras consecuencias que encadenadamente han supuesto una mayor disminución de su solvencia.

H) .- Declaraciones de cumplimiento-

Se trata de aquellas declaraciones en que la sociedad matriz se compromete de forma específica a que el crédito será reembolsado. En ellas se asume el cumplimiento o el pago o el riesgo de pérdida sufrido por el Banco.

Tales declaraciones aparecen como vecinas de las pseudo-declaraciones de patrocinio, es decir aquellas declaraciones que guardan semejanza con la declaración de patrocinio por estar contenidas en una carta pero en el fondo no son sino figuras típicas de garantía, por lo tanto será necesario distinguir entre declaraciones de patrocinio verdaderas y falsas; estas últimas serán fianzas, garantías a primer requerimiento, etc. pero no auténticas declaraciones de patrocinio.

Las verdaderas declaraciones de patrocinio de cumplimiento no pueden ser asimiladas a las figuras típicas, de las que se distinguen en la intención de los interesados y por razones objetivas. No obstante, su mayor proximidad o parentesco con alguna figura típica ha de servir para, tras la oportuna interpretación y manteniendo sus peculiares efectos fundamentales, suplir los vacíos legislativos a través de la analogía.

Pueden distinguirse aquellas declaraciones de patrocinio comprometiéndose a que la controlada cumplirá y aquellas en las que se

obliga el emisor al hecho material del pago. Las primeras guardan mayor parentesco con la fianza y las segundas con la promesa del hecho de un tercero, sin que, sin embargo, puedan identificarse con tales figuras. En las primeras existe una mayor accesoriedad o relación con el crédito que se concede a la filial, mientras que las segundas figuran con mayor abstracción, sin que tampoco, este carácter accesorio o abstracto, pueda predicarse con carácter absoluto. Habrá que examinar en consecuencia, el contenido de las declaraciones, caso por caso, destacando siempre la relación entre el garante y el garantizado.

DECIMOQUINTA .- En los últimos tiempos uno de los temas de extraordinaria importancia práctica, y por ello de enorme atención en la teoría es precisamente el tema de los "grupos de sociedades". No obstante, esta proliferación de los grupos, y el extendido uso de tal terminología, así como los numerosísimos estudios teóricos sobre el tema contrastan con el escaso desarrollo legislativo al respecto.

Parece tener razón quienes reclaman una y otra vez la adecuada regulación del grupo de sociedades, y ello no sólo por un principio general de seguridad jurídica, sino porque el vacío legislativo ha dado lugar en ocasiones a que los Tribunales miren con enorme desconfianza a las "situaciones de grupo", juzgadas a veces como un medio de eludir responsabilidades y no como formas organizativas que responden a legítimas necesidades.

Por ello la adecuada regulación de los grupos de sociedades tiene que partir como primer dato del reconocimiento de la legitimidad del grupo como tal y por otro lado este principio debe compensarse con el de protección de los intereses afectados por la creación del grupo, concretamente de los llamados socios externos, los de los acreedores, y los de los trabajadores. Y, por último, la elaboración y publicación de las cuentas consolidadas del grupo.

La legislación vigente sobre la materia nos hace notar

la existencia de dos modelos de regulación de los grupos, el modelo orgánico que conecta la aplicación de las normas específicas a la constatación de la existencia de un grupo; y el modelo contractual para el cual es preciso que exista un contrato formalmente concluido entre las sociedades dominadas y la sociedad dominante, concebido como un mecanismo de carácter organizativo, para que sean de aplicación las normas específicas relativas a los grupos de sociedades. Sin embargo, la aplicación práctica del modelo contractual no ha sido satisfactoria, pues el estímulo de legalización del poder de dirección no ha sido suficientemente atractivo, y las cautelas en caso contrario, han resultado de igual manera insuficientes. Por su parte el modelo orgánico, ha sido objeto de críticas calificándosele como demasiado rígido, por imponer una disciplina común sobre una realidad eminentemente plural y variada.

La superación de las dificultades entre ambos sistemas puede estar en una concepción dinámica del grupo de sociedades. Es decir, la consideración de que la existencia de un grupo, es el resultado de una transición, de una serie de fases, que culminan o no en la existencia del grupo.

La primera fase es la obtención del control de la sociedad, que puede realizarse mediante la adquisición de participaciones sociales, ya sea de forma instantánea o sucesiva, y en el primer caso a través de la técnica de la oferta pública de adquisición de acciones, ya a través de la cesión de control, y también el control puede obtenerse a través de la conclusión de diversos contratos.

La utilización de las operaciones mencionadas para la obtención del control societario, da lugar a una situación de dependencia societaria. Esta situación no es equiparable a la existencia de un grupo de sociedades; más bien la situación de dependencia es por una parte premisa o presupuesto y por otra, fase

previa al establecimiento del grupo.

Cuando sobre la situación de dependencia existe una dirección unitaria común nos encontramos con el grupo de sociedades. Esta dirección unitaria es el elemento definitorio que es necesario precisar.

Habría que señalar que el mínimo necesario de transferencia a la sociedad dominante está constituido fundamentalmente por el sector financiero y en segundo lugar por la política de personal.

En menor medida los sectores de aprovisionamiento, producción y venta.

Junto a estos grupos existen otros en los que no se da la situación de dependencia, y que son los llamados grupos por coordinación o grupos de estructura paritaria.

DECIMOSEXTA .- El fenómeno de las declaraciones de patrocinio y de los grupos de sociedades en sentido amplio, están unidos no de modo accidental, sino de modo esencial.

En primer lugar porque no cabe pensar que una sociedad pueda ser garante de otra, sin que entre las mismas exista una intensa relación, y si bien es cierto que la doctrina y la práctica han puesto de relieve la existencia de declaraciones de patrocinio que no responden exactamente a este esquema, estos supuestos serían marginales. Estaríamos, en definitiva, ante una declaración de patrocinio impropia, privada de su razón fundamental de ser, y ofreciendo desde el punto de vista moral una menor garantía al ente financiador beneficiario de la declaración citada.

Las distintas declaraciones que hemos venido examinando

carecen de sentido si no se dá esta relación entre la sociedad emisora de la carta y la sociedad beneficiaria del crédito; la declaración de conocimiento de la operación crediticia en cualquiera de sus formas carecería de sentido sino existe relación entre las dos sociedades, pues el que una sociedad ajena conozca o incluso le parezca correcta una operación no constituye garantía alguna, sino existe relación entre ellas; en las declaraciones de participación tanto sea de participación simple como de mantenimiento de la participación, es requisito esencial y previo esa misma participación para que en la carta de patrocinio pueda hacerse referencia a ese dato; las declaraciones de política o comportamiento con las sociedades filiales, sólo pueden darse cuando exista relación sociedad matriz-sociedades filiales; lo mismo cabe decir de las declaraciones relativas a la situación de la sociedad filial en orden al cumplimiento de sus compromisos crediticios, pues en ellas la sociedad matriz manifiesta su opinión de que la filial está en condiciones de cumplir; este conocimiento sólo tiene sentido en esa relación; e idéntico fenómeno será en las declaraciones en que la sociedad matriz asume el compromiso de influir o vigilar el mantenimiento de la sociedad controlada en situación de cumplir; lo mismo habrá de decirse en las declaraciones de patrocinio relacionadas con la solvencia de la sociedad filial o las que hemos denominado declaraciones de mantenimiento del capital y/o patrimonio, tanto en cuanto a la prohibición de vaciamiento como en las obligaciones positivas de mantener un determinado nivel de capital y/o patrimonio, que suponen ejercitar un control sobre los aspectos financieros de la sociedad. Quizá no es esencial esa relación en las que hemos denominado declaraciones de cumplimiento, precisamente porque estas declaraciones están en la frontera entre lo que es declaración de patrocinio y otras figuras de garantía más tradicionales.

Por lo tanto puede afirmarse que, salvo el caso del socio minoritario, y el supuesto de las declaraciones de cumplimiento es esencial e inherente al concepto de declaración de patrocinio la situación de dependencia o la situación de grupo de sociedades.

Sin embargo, cabe matizar la afirmación de que la posibilidad de funcionamiento de la carta de patrocinio sólo puede tener lugar en el seno del grupo de sociedades y no en el simple supuesto de dominio o control de una sociedad por otra. Si bien es cierto que el interés del grupo permitirá a la sociedad matriz adoptar determinadas decisiones al hilo de los compromisos asumidos en una declaración de patrocinio, no es menos cierto que esta declaración podrá tener eficacia en una situación de mera dependencia previa a la situación del grupo.

DECIMOSEPTIMA.- Todo lo expuesto nos lleva a una cuestión fundamental : La declaración de patrocinio está íntimamente enclavada en el tema de los grupos de sociedades. Pero si se produce la regulación de esta materia, uno de los extremos de dicha regulación sería precisamente el atinente a la responsabilidad de la sociedad dominante frente a los acreedores de las sociedades dominadas. La pregunta en tal caso es evidente, en una situación de regulación de los grupos de sociedades como la antecitada ¿cuál sería la utilidad de las declaraciones de patrocinio?.

Desde el punto de vista del Derecho "común" de sociedades el principio general es que la sociedad dominante no responde de las deudas de las sociedades dependientes en virtud del principio de personalidad jurídica y autonomía patrimonial.

Sin embargo aún dentro del derecho "común" pueden ser diversas las vías a través de las cuales puede intentarse la responsabilidad de la sociedad matriz. Así en el derecho regulador de la responsabilidad de los administradores, entendiendo que la sociedad dominante es un dirigente de hecho, a través de la aplicación de la doctrina del abuso del derecho, más concretamente el abuso de la personalidad jurídica, a través de la hipótesis semejante a la del levantamiento del velo de la personalidad jurídica en las sociedades de



un sólo socio; o en base al principio de buena fe consagrado en el Código Civil en relación con la apariencia que supone la actuación de la empresa dominada como si formara una unidad con la dominante.

En los supuestos que acabamos de contemplar, la responsabilidad de la sociedad dominante es verdaderamente excepcional, siendo por el contrario la regla general la falta de responsabilidad de la sociedad dominante. No parece, pues, que la situación de control desde el punto de vista del derecho común pueda sustituir a las declaraciones de patrocinio o las haga inútiles.

En cuanto al derecho específico de los grupos de sociedades, aún contemplando la regulación existente en la legislación alemana y en la propuesta de novena directiva, es lo cierto que existen diversos supuestos en los que la sociedad dominante no responde, o bien esta responsabilidad es difícilmente obtenible ante los Tribunales.

Pero además, no cabe perder de vista el alcance moral de las declaraciones de patrocinio.

Las declaraciones de patrocinio en una situación legislativa futura de regulación de los grupos de sociedades no han de desaparecer, sino que mantendrán su eficacia en relación y como refuerzo de dicha legislación.

Si ello es así en presencia de una posible regulación, naturalmente mucho más sucederá en la situación actual de falta de un derecho específico al respecto. Dicha circunstancia se manifiesta en una doble medida; en cuanto que constatan la existencia de compromisos específicos, frente a la entidad de crédito, porque suponen una preparación precisamente cara a la regulación del grupo de sociedades y porque, como hemos visto, en presencia de una situación de dependencia, pero no de un grupo formalmente constituido, permite superar las

dificultades de determinación del carácter perjudicial de las medidas, o las dificultades de la prueba y de la relación de causalidad entre el impago de la deuda y la actuación de la sociedad dominante.

DECIMOCTAVA .- Existen otros problemas del derecho común de sociedades que puede plantear la declaración de patrocinio. En primer lugar, si una sociedad puede válidamente acordar la emisión de una declaración de patrocinio en favor de otra sociedad, y en su caso, si ese acuerdo puede ser contrario a los estatutos o al interés de la sociedad.

El supuesto es difícil de concebir en la práctica, pues hay que pensar que la sociedad que otorga la declaración de patrocinio, como regla general, es sociedad dominante respecto de la sociedad filial. Interesará no ya solo al interés del grupo, sino al interés particular de la sociedad dominante, en términos generales, el mantenimiento de la sociedad dominada, y su buena marcha, pues redundará en beneficio de la sociedad dominante.

Sin embargo, pudiera pensarse en un supuesto de otorgamiento de la declaración en interés exclusivo de la sociedad dependiente, y tal vez de algún socio que lo sea tanto de la dominante como el de la dependiente. En este caso el acuerdo puede ser objeto de impugnación, pero, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo primero del Art. 122 de la Ley de Sociedades Anónimas, la entidad financiera receptora de la declaración de patrocinio no se verá afectada por la estimación de la impugnación del acuerdo salvo que no pueda ser considerada como un tercero de buena fe, es decir que habrá de acreditarse que el Banco tenía conocimiento de la ilicitud del acuerdo, por ser contrario a los intereses sociales, y por ello susceptible de producir perjuicio a la sociedad dominante. Bien entendido que debe tratarse de un perjuicio sin interés social de contrapartida, pues tal perjuicio quedará justificado si el riesgo que se asume lo es en contrapartida del beneficio que espera obtener la

sociedad emisora a través de la filial con la concesión de la facilidad crediticia por parte del Banco.

DECIMONOVENA .- La siguiente cuestión es la relativa a cuál será el órgano u órganos que pueden validamente acordar la emisión de una declaración de patrocinio, y cuál es el órgano u órganos societarios que pueden efectivamente representar a la sociedad en la emisión de tal declaración.

Si el firmante de la declaración es un administrador será de aplicación lo dispuesto en el Art. 129 de la Ley de Sociedades Anónimas, de manera que si puede considerarse como un acto comprendido en el objeto social vinculará a la sociedad, aunque exista limitación inscrita en el Registro Mercantil. Aún cuando se trate de actos no comprendidos en el objeto social también quedará obligada la sociedad si se trata de terceros de buena fe.

Cuestión distinta se plantea si el firmante de la declaración no es un administrador, sino un apoderado singular, pues en este caso será preciso tener en cuenta la extensión de su apoderamiento y actividad, y la intensidad de los compromisos asumidos en la declaración así como el importe de la operación crediticia de que se trata en relación con la actividad y la importancia de la sociedad matriz.

VIGESIMA .- La tercera cuestión que se plantea es la posible dificultad de otorgar una declaración de patrocinio en el marco de la legislación reguladora de las sociedades anónimas, cuando implique una prohibición de enajenar acciones o la obligación, por ejemplo, de aumentar el capital de la sociedad dominada.

Parece que un pacto de intrasmisibilidad de ciertas acciones durante un cierto tiempo y por una justa causa, es válido interpartes, y de igual manera será válido el pacto causalizado de

votar en un determinado sentido en la Junta General.

Sin embargo, si, pese a la existencia de dicho pacto, se produce la transmisión de las acciones o se vota en un sentido diferente, la transmisión y el acuerdo serán válidos desde el punto de vista jurídico, y surgirá en la entidad dominante emisora de la carta la responsabilidad de indemnizar al Banco los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de su obligación.

VIGESIMOPRIMERA .- Una de las causas de existencia y subsistencia de las declaraciones de patrocinio está constituida por el interés de la sociedad emisora de la declaración en que no aparezca sobrecargada su contabilidad con obligaciones de garantía en favor de las filiales, buscando así lograr la genérica finalidad de garantía sin necesidad de recargar el balance; en este punto, puede afirmarse lo siguiente :

En todo caso, en el reflejo contable deben distinguirse perfectamente los avales y garantías típicos de las declaraciones de patrocinio por su diferente naturaleza.

Las dificultades de cuantificación y determinación, y la necesidad de una especial explicación y pormenor de las declaraciones de patrocinio, aconsejan que el reflejo o constancia se produzca no a continuación del balance, sino en la memoria o anexo que permite por su naturaleza unas explicaciones más pormenorizadas.

Algunas declaraciones de patrocinio no tienen que reflejarse en la contabilidad dada su peculiar trascendencia jurídica. Ahora bien, la expresión general que adopta el Art. 183 de la Ley de Sociedades Anónimas y la indiscutible razón de que cuanto más amplio sea el reflejo contable, tanto más cumplirá su misión de información veraz y completa, nos llevan a afirmar que el principio general es el de constancia del balance de las declaraciones de patrocinio; se

trata en todo caso de una norma que admite excepciones, y ello porque pese a la finalidad antes apuntada, la exigencia jurídica debe representar un mínimo, que podrá ser voluntariamente complementado.

VIGESIMOSEGUNDA .- Aunque no es indispensable al concepto, la realidad muestra que, con frecuencia en las declaraciones de patrocinio existe una conexión internacional, pues es frecuente que la sociedad matriz y/o la sociedad filial y/o el Banco tengan distinta nacionalidad.

En todos estos casos se plantean problemas de derecho internacional privado, y concretamente problemas de jurisdicción por un lado y de conflictos de leyes, en sentido estricto, por otra.

Por lo que respecta a los conflictos de jurisdicción, hay que tener en cuenta el convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de las funciones judiciales en materia civil y mercantil de 27 de Setiembre de 1968. El Convenio de Bruselas consagra como regla fundamental la competencia voluntaria y, aún cuando no es habitual la sumisión o elección expresa de competencia en las declaraciones de patrocinio, e incluso en aquellas en las que dentro del texto de la carta se verifica esta referencia, no es frecuente que sean contestadas por el Banco en el sentido de aceptar expresamente el contenido de la carta y por tanto la sumisión de competencia. Sin embargo, teniendo en cuenta que no se trata de cláusulas subrepticias que se impongan a la parte más débil, puede admitirse la sumisión expresa recogida en la declaración de patrocinio sin necesidad de que el Banco receptor emita formalmente una declaración de tal sumisión.

En defecto de esta sumisión se aplicará la norma general contenida en el Art. 2º en favor de los Tribunales del Estado del domicilio del demandado siempre que se trate de un estado contratante.

Junto a esta regla general es forzoso destacar dos

competencias especiales, la primera en materia contractual ante el Juez del lugar donde haya sido o deba ser cumplida la obligación que sirva de base para la demanda, que será diferente en las distintas declaraciones de patrocinio, pues será el lugar del domicilio de la filial en todas aquellas declaraciones que se refieran a una actuación de la sociedad matriz sobre aquélla, y por el contrario en las declaraciones de "policy" que suponen una actuación directa de la sociedad emisora la competencia será el domicilio de dicha sociedad emisora.

En aquellas declaraciones cuya trascendencia jurídica sea extracontractual, será fuero competente el del lugar en que se produce el daño, normalmente la sede del Banco que lo sufre.

Por último ha de tenerse en cuenta la norma específica contenida en el Art. 6º respecto de demanda sobre obligaciones de garantía, en el cual será Juez competente el que estuviere conociendo de la demanda principal, salvo que esta se hubiere presentado con el único objeto de provocar la intervención de un Juez distinto del correspondiente al demandado.

VIGESIMOTERCERA .- Legislación aplicable.- Este extremo tiene especial importancia en las declaraciones de patrocinio, por la distinta consideración acerca de la validez y extensión de una declaración de patrocinio en los diversos ordenamientos.

En su mayor parte, las declaraciones de patrocinio deben asimilarse a las obligaciones contractuales a efectos de la determinación de la ley aplicable. En algunos casos la trascendencia jurídica de las cartas de patrocinio se enmarcará dentro de la responsabilidad extracontractual.

La declaración de patrocinio no debe considerarse a los efectos que nos ocupan como accesoria del contrato bancario al que

sirva de garantía, sino como autónoma respecto a tales contratos bancarios.

Por último la calificación del contrato puede ser civil o mercantil y ya que las obligaciones se producen entre empresarios y en el ámbito de su actividad, pueden calificarse como mercantiles.

VIGESIMOCUARTA .- La norma aplicable en esta materia en nuestro Derecho, es el párrafo quinto del Art. 10 del Código Civil, y en este sentido, habrá de tenerse en cuenta que el primer criterio es el de la ley a que las partes se hayan sometido expresamente siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate, por lo tanto, si bien la sumisión debe ser expresa, dado el carácter unilateral recepticio de este tipo de declaraciones puede aceptarse la sumisión expresa aunque no exista respuesta por parte de la entidad bancaria, bastando que conste en la propia carta y que por el contrario no exista constancia de la oposición por parte de la entidad bancaria. El sometimiento debe producirse necesariamente entre la sociedad matriz y la entidad financiera, sin que sea válido que el sometimiento de la entidad matriz viniera sustituido por el de la entidad filial.

Los dos siguientes criterios, ley nacional común y residencia habitual común que establece el artículo citado, carecerán probablemente de aplicación en la mayoría de los casos.

El último criterio es el del lugar de celebración del contrato, planteándose respecto del mismo el problema de la perfección del contrato entre ausentes, debiéndose tener en cuenta los artículos 1262 del Código Civil y particularmente el Art. 54 del Código de Comercio, por la calificación mercantil a la que antes hemos hecho referencia, y en este sentido, parece lógico considerar como lugar de perfección del contrato aquél en que tiene su sede el Banco, por ser el lugar en el que se produce la aceptación, si bien no por un acto formal, sino por la simple recepción de la carta sin protesta.

VIGESIMOQUINTA .- Debe tenerse muy en cuenta lo dispuesto en el Convenio de Roma de 19 de Junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales; en el mismo se establece en primer término la libre elección de las partes, valiendo, por tanto, lo dicho más arriba. En defecto de esta elección, el contrato se regirá por la ley del país con el que posee vínculos más estrechos; parece claro que la prestación característica es la de la sociedad matriz emisora de la declaración de patrocinio, y por tanto, la ley aplicable será la del país donde la sociedad matriz tiene su sede central. Pero se trata de una presunción, y puede ser que el conjunto de las circunstancias pongan de manifiesto que el contrato tiene un vínculo más estrecho con otro país.

Normalmente las declaraciones de patrocinio engendran responsabilidad contractual, sin embargo en algunos casos del sector de la doctrina considera que la responsabilidad vendrá a ser de naturaleza extracontractual.

En este caso será de aplicación lo dispuesto en el apartado 9º del Art. 10 es decir la aplicación de la ley del lugar donde hubiera ocurrido el hecho de que derive.

Este criterio, perfectamente válido cuando se trata de responsabilidad extracontractual dimanada de un accidente, no lo es tanto cuando los elementos del daño se localizan en países diferentes, como en el caso que nos ocupa. Ante esta dificultad, un sector de la doctrina interpreta que debe ser aplicable la ley del país donde se ha emitido la declaración de patrocinio.

VIGESIMOSEXTA .- La internacionalidad es una característica normal en las relaciones jurídicas derivadas de las cartas de patrocinio y, como sabemos la declaración de patrocinio desempeña una función de garantía, y por tanto, de igual modo, en



ocasiones puede engendrar la obligación de efectuar un pago.

Una de las razones que justifican la utilización de la declaración de patrocinio, es precisamente la consideración de que no están sujetas, o por lo menos no lo están en igual medida que los avales y garantías típicas, al derecho valutario.

En definitiva, al tratarse de personas residentes en distintos estados puede hablarse de cobros o pagos exteriores, y ello determina la necesidad de plantearse la sujeción o no, y, en su caso, en qué medida, de las declaraciones de patrocinio a las normas de derecho valutario.

La normativa aplicable por un lado está constituida por las disposiciones de la Comunidad Económica Europea, que arranca de los Arts. 67 y siguientes del Tratado de Roma, objeto de desarrollo a través de una serie de directivas; en primer término la de 11 de Mayo de 1960, la cual fue objeto de modificación por la de 18 de Diciembre de 1962; a su vez la directiva de 20 de Diciembre de 1985, modifica la primera directiva en la línea de progresiva liberalización.; por su parte la directiva de 17 de Noviembre de 1986 supone también modificación de la primera directiva en idéntico sentido, y tras el Acta Unica Europea, la directiva de 24 de Junio de 1988.

Por lo que respecta al derecho interno español, la normativa está constituida por la ley de control de cambios de 1979 según la redacción dada por la Ley Orgánica de 16 de Agosto de 1983. También ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en el Decreto de 10 de Octubre de 1980 y en la Orden del Ministerio de Economía de 23 de Enero de 1981.

Parece claro que quedarán excluidas de las normas de derecho valutario en primer término, como es natural, aquellas declaraciones de patrocinio que engendran una obligación puramente

moral. En segundo término, quedarán también excluidas todas aquellas declaraciones de patrocinio en las que la responsabilidad no puede calificarse de contractual, sino de extracontractual y por último quedarán también excluidas aquellas declaraciones, como las que comportan la obligación de no modificar la participación de de la sociedad matriz o comunicar previamente dicho cambio de participación en sus diversas modalidades examinadas, aquellas en las que el compromiso se refiere a la influencia o vigilancia sobre la sociedad filial para el cumplimiento de sus obligaciones, las de no disminución de sus recursos, las declaraciones de "policy" e incluso las de mantener la solvencia de la sociedad filial; dicho mantenimiento de la solvencia, puede realizarse no solo a través de flujo de fondos, sino mediante medidas diferentes tales como la concesión de mejores precios, de mayor volumen de negocio, etc. En todos estos casos, la sociedad matriz puede cumplir sus compromisos derivados de la declaración de patrocinio sin que se produzca necesariamente flujo o desembolso, y, por tanto, la conclusión no es otra que la exclusión de las normas valutarias comentadas.

Por el contrario, en aquellas declaraciones de patrocinio, en las que potencialmente y para el caso de incumplimiento, la obligación de la sociedad matriz esté constituida por ese trasvase de fondos o por el pago a la entidad financiera, las normas valutarias habrán de ser de aplicación de igual manera que a las garantías típicas.