

# Cartas de patrocinio vinculantes otorgadas por la Administración Pública en favor de sus sociedades mercantiles participadas

## Ángel Carrasco Perera

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha

Consejero académico de GA\_P

---

*¿Se ha de someter a la legislación de contratos públicos la actividad preparatoria y la adjudicación de una carta de patrocinio emitida por el Ayuntamiento a favor del acreedor de la filial enteramente participada cuando luego la carta resulta caracterizada como obligación de garantía?*

### 1. Hechos

Los hechos y la doctrina que siguen son los de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 690/2017, de 20 de diciembre (RJ 2017\6031).

El caso plantea la validez de una carta de patrocinio como garantía de buen fin de una póliza de crédito concedida a una sociedad instrumental de un ayuntamiento. A los efectos que aquí interesan, la citada carta de patrocinio, con fecha de 29 de abril del 2011, presenta el siguiente tenor, que es el único texto de ella que recoge la sentencia: «... Finalmente, les manifestamos que se han obtenido todas las autorizaciones internas y consentimientos necesarios para suscribir esta carta, así como que la misma en modo alguno es contraria a cualquier normativa interna o externa que fuera aplicable a nuestra Sociedad y que la(s) persona(s) firmante(s), en nombre y representación de la misma, posee(n) los poderes suficientes a tal efecto. Esta

*Advertencia legal:* Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

*N. de la C.:* En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

garantía ha sido autorizada cumpliendo con los requisitos de los artículos 49 y concordantes de la Ley de Haciendas Locales».

El Banco de Santander interpuso una demanda contra el Ayuntamiento de Los Barrios, recurrente, en reclamación de 5 088 320,50 euros por incumplimiento de las obligaciones asumidas en una póliza de crédito concedida a la empresa Gestión Agropecuaria y Medioambiental de los Alcornocales, S. L. (en adelante, Gama), sociedad municipal participada al 100 % por dicho ayuntamiento y que posteriormente entró en concurso de acreedores. La reclamación se hizo con base en la reseñada carta de patrocinio otorgada por el alcalde, la cual determinó la concesión del crédito. El Ayuntamiento se opuso a la demanda. Planteó declinatoria por falta de competencia objetiva al considerar que la competencia correspondía al Juzgado de lo Mercantil y, a su vez, interesó la intervención provocada de la entidad Gama. Ambas pretensiones fueron desestimadas. En lo que aquí importa, el Ayuntamiento *«alegó que la garantía en que se basaba la demanda se otorgó prescindiendo del procedimiento administrativo necesario para la validez de la misma, por lo que era aplicable la doctrina de los actos separables de la Administración»*.

De los hechos acreditados en la instancia cabe destacar los siguientes: 1) el alcalde de Los Barrios era, a su vez, presidente de la junta y del consejo de administración de Gama; 2) la validez de la carta de patrocinio no fue impugnada por la corporación municipal; 3) en la carta de patrocinio, párrafo penúltimo, se hacía constar que se habían obtenido *«todas las autorizaciones internas y consentimientos necesarios para la suscripción de la carta»*. No es discutido que los acuerdos administrativos previos y preceptivos no llegaron a adoptarse por parte del órgano municipal competente ni se tramitó el procedimiento reglado para concertar créditos y prestar avales.

Aunque no era el caso, plantearé el debate técnico como si ya fuese aplicable la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) del 2017 para dar a las presentes observaciones un valor prospectivo.

## **2. Decisiones de las instancias**

La sentencia de primera instancia estimó la demanda. En este sentido, y sin entrar en si la documentación aportada acreditaba o no que se cumpliera un determinado procedimiento administrativo, concluyó que la carta de patrocinio era válida y eficaz como garantía prestada por el Ayuntamiento a las operaciones financieras de Gama.

Interpuesto recurso de apelación por el Ayuntamiento, la sentencia de la Audiencia desestimó dicho recurso y confirmó la sentencia de primera instancia. Con relación a *«la petición del apelante interesando la declinatoria por la competencia de la jurisdicción contenciosa»*, declaró lo siguiente:

«... Expuesto lo anterior, y partiendo de que para la suscripción de la carta de patrocinio por el Ayuntamiento garantizando frente a la entidad bancaria actora la obligación contraída por la sociedad municipal GAMA, hay que partir del principio de que se debió estar a la normativa administrativa establecida al respecto y, por tanto, con cumplimiento de los preceptos legales correspondientes; *ahora bien, una vez formalizada la garantía hemos de entender que, sale del estricto ámbito del derecho público, para quedar sujeto a las normas de derecho privado* y, consecuentemente con ello, fuera de la, regulación del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, de manera que cuando no esté el vínculo contractual *interpartes* encaminado a satisfacer una finalidad pública, no cabe sino concluir que se está ante un contrato privado en el que hay que distinguir entre los actos integrantes del proceso contractual, los previos que en caso de contienda si habrán de ser decididos por la jurisdicción contencioso-administrativa, y el definitivo que da lugar al contrato privado y el contenido y efectos de éste, para cuyo conocimiento es competente la jurisdicción ordinaria, siendo éste el parecer de la Sala Primera del Tribunal Supremo, entre otras Sentencia de 28 de mayo del 2008 (RJ 2008, 4160) que la *doctrina de los actos separables comporta la procedencia de reservar para la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de la legalidad de los actos administrativos previos a la perfección del contrato privado celebrado por la Administración, fundándose en que dichos actos, aun cuando condicionan la validez y los efectos del contrato, pueden ser impugnados ante aquella jurisdicción con carácter independiente, pero sin que ello pueda conducir a obstaculizar las reclamaciones por incumplimiento de los contratos privados ante la jurisdicción civil cuando la Administración se defiende alegando ante ella una inexistencia o invalidez que no ha declarado previamente, ya que en estos supuestos no existe acto administrativo que pueda tener carácter separable, y la imposición al administrado de la carga de provocar dicho acto administrativo con carácter presunto por la vía del silencio y de impugnarlo posteriormente tiene carácter desproporcionado, porque supone que para reclamar el cumplimiento del contrato debe acudir previamente a la vía civil para determinar si la Administración, a pesar de no haberse pronunciado previamente en vía administrativa habiendo sido advertida de la reclamación, rechaza la validez del procedimiento previo seguido para la perfección del contrato, y que, en este caso, debe abandonarse la vía iniciada para acudir a la contencioso-administrativa, siendo contrario al derecho a la tutela judicial efectiva la imposición de obstáculos o cargas desproporcionadas para acudir a los tribunales. [...]* En conclusión, si el Ayuntamiento demandado, con ocasión de la reclamación previa o con anterioridad no ha incoado el oportuno expediente ni ha ejercitado acción alguna para obtener en este caso sí ante la jurisdicción contenciosa, el correspondiente pronunciamiento acerca de la invalidez del consentimiento prestado por el alcalde en la carta de patrocinio, origen de la reclamación formulada, no puede reiteramos sostener dicho motivo de oposición frente a la parte actora, tal y como con acierto sostiene la sentencia recurrida».

### 3. Comentario provisional

Reparamos en las declaraciones relevantes hechas por la Audiencia:

- 1.º Para que rija la doctrina de los actos separables debe existir un acto administrativo separable, y no lo hay si de hecho no existió procedimiento administrativo alguno encaminado a aprobar la emisión de la garantía.
- 2.º Es la Administración la que tiene que provocar en su caso la existencia de un acto separable, y no el particular.
- 3.º La doctrina de los actos separables no puede servir para obstaculizar las reclamaciones por incumplimiento de los contratos privados ante la jurisdicción civil, cuando la Administración se defiende alegando ante ella una inexistencia o invalidez que no ha declarado previamente, ya que en estos supuestos no existe acto administrativo.

### 4. La sentencia del Tribunal Supremo

Sólo glosaremos los fundamentos relativos al recurso de casación. El Ayuntamiento fundamenta este recurso en la doctrina de los actos separables conforme a los artículos 48 , 48 bis, 49, 50, 52, 53 y 54 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo. Argumenta que el único título válido que legitimaría una acción directa de reclamación de cantidad contra una Administración local de la que se repute su condición de fiador lo constituiría un acuerdo del pleno (único órgano competente) que acordase la prestación de aval con respecto al préstamo concertado por su sociedad municipal. La adopción de un acuerdo plenario de tales características siempre debe ir precedido de la tramitación de un procedimiento administrativo, que requiere de modo imperativo que se emitan informes de carácter preceptivo y que se cumpla un régimen de autorizaciones.

El Tribunal Supremo lo desestima, con la argumentación que sigue. La doctrina de los actos separables comporta la procedencia de reservar para la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de la legalidad de los actos administrativos previos a la perfección del contrato privado celebrado por la Administración y se funda en que dichos actos, aun cuando condicionan la validez y los efectos del contrato, pueden ser impugnados ante aquella jurisdicción con carácter independiente. «Esta doctrina obliga al particular a impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa dichos actos, *pero no puede conducir a obstaculizar las reclamaciones por incumplimiento de los contratos privados ante la jurisdicción civil cuando la Administración se defiende alegando ante ella una inexistencia o invalidez que no ha declarado previamente*. En este supuesto *no existe acto administrativo* que pueda tener carácter separable, y la imposición al administrado de la carga de provocar dicho acto administrativo con carácter presunto por la vía del silencio y de impugnarlo posteriormente ante la jurisdicción contencioso-administrativa tiene carácter desproporcionado, porque supone que para recla-

mar el cumplimiento del contrato debe acudir previamente a la vía civil para determinar si la Administración —a pesar de no haberse pronunciado previamente en vía administrativa habiendo sido advertida de la reclamación— rechaza la validez del procedimiento previo seguido para la perfección del contrato, y que, en este caso, debe abandonarse la vía iniciada para acudir a la contencioso-administrativa. [...] El Ayuntamiento no impugnó la validez administrativa de la carta de patrocinio otorgada por el alcalde ni realizó acto administrativo alguno susceptible de impugnación separada ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Por lo que dicha cuestión no puede ser objeto de revisión en la jurisdicción civil». Además, hay que resaltar que los últimos dos párrafos de la carta de patrocinio «incorporaba[n] una apariencia de legalidad al declarar, expresamente, que dicha garantía contaba “con las autorizaciones necesarias y cumplía con los requisitos de la Ley de Hacienda Local”, de forma que el acreedor, *Banco Santander*, aceptó dicha garantía en la confianza razonable que objetivamente le suscitaba la situación de apariencia de legalidad contemplada expresamente en la carta de patrocinio».

## 5. Comentario general

5.1. Aunque todo el mundo da como obvio que lo es, el contrato de fianza en general no es un contrato de los enumerados, ni por asimilación, en el artículo 9.2 de la Ley de Contratos del Sector Público del 2017 como contratos privados de la Administración, salvo que se entienda incluido en la expresión del artículo 11.4, en cuyo caso simplemente quedan excluidos de la mencionada ley, pero no calificados de privados. Su carácter de contratos privados provendría de una calificación negativa derivada de los artículos 25 y 26.1a de la ley.

5.2. Obsérvese que la doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo está en sintonía con la argumentación vertida por la Audiencia, pero nos permite sintetizar dos reglas más elaboradas. En efecto, parece entonces que:

- 1.º Si los actos administrativos separables (de haberlos) no están ya impugnados en vía administrativa o contencioso-administrativa, no se puede alegar la doctrina de los actos separables y la competencia de la jurisdicción contenciosa cuando el acreedor plantea una reclamación de cumplimiento en vía civil.

Reparemos en que la Administración sólo podría haber «provocado» dicho acto si hubiera procedido a declarar nulo de oficio (arts. 106 Ley 39/2015 y 41 LCSP) el acto atributivo de derechos que es la carta de patrocinio. Pero de hecho no existía acto administrativo que anular («tendrán la consideración de actos administrativos los actos preparatorios y los actos de adjudicación», art. 41.2 LCSP), salvo el propio compromiso de la carta de patrocinio, que como tal no era un acto administrativo, y, de haberse acudido eventualmente a la jurisdicción contenciosa con carácter previo, no se habría

podido obtener una «declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación» (cfr. art. 42.1 LCSP).

2.º En todo caso, si el Ayuntamiento no respondiera en virtud de la garantía[,] respondería por la confianza generada en el banco, principio de confianza legítima que expresada en términos de la doctrina civil de los propios actos, rezaría de esta forma: El deudor no puede hacer valer los vicios de nulidad como contestación a la demanda de cumplimiento *siempre que la jurisdicción (civil) retenida por el acreedor no sea competente para conocer los motivos de nulidad que el deudor alega.*

5.3. Es singular que los diversos tribunales civiles se hayan mostrado tan dispuestos a discutir la doctrina de los actos separables y, sin embargo, no hayan interpretado el contenido de la carta de patrocinio. Es una pena que no se transcriba el contenido obligatorio de la carta. Pero la calificación contundente que los tribunales civiles hacen de ella como aval o garantía sólo está justificada si se tratara de una «cláusula fuerte», de una «cláusula de apoyo financiero» a la sociedad por parte del Ayuntamiento socio único. De otra manera no está justificado que un tribunal civil salte de la carta de patrocinio a la fianza de manera tan alegre. Con todo, hay que reconocer que la jurisprudencia civil no sigue al respecto un camino predecible y que creo que existe una excesiva tendencia a calificar el compromiso de fianza pura y simple, incluso en casos en que manifiestamente la carta sólo contenía declaraciones «débiles».

5.4. El asunto tiene su importancia por lo que respecta a la Ley de Contratos del Sector Público porque, *prima facie*, ninguna carta de patrocinio se presenta como contrato vinculante, por lo que ni siquiera se cuestiona la aplicación de la legislación sectorial. Sólo *ex post* surge la cuestión, cuando la declaración es calificada de contractual y entonces se advierte que no se ha seguido el proceso de preparación y adjudicación de dicha ley.

5.5. Tanto en apelación como en casación el debate es orientado por los contendientes a la doctrina de los actos separables. Pero en verdad no es ésta la cuestión. Lo que el artículo 26.2 de la ley impone es que estos contratos privados «se rijan» por las normas de la propia ley en cuanto a su preparación y adjudicación, y «se rigen» por el Derecho privado en cuanto a sus efectos, modificación y extinción. Por tanto, es un problema primordial de Derecho aplicable, no de separabilidad de actos y consecuentes competencias jurisdiccionales separadas. Porque los actos pueden no existir, y tanto más será así cuanto más irregular haya sido el proceso. Ciertamente es, sin embargo, que, a pesar de que la competencia sobre la preparación y adjudicación de los contratos corresponde en todo caso a la jurisdicción contenciosa (art. 27), esta jurisdicción sólo puede ser avocada si se ha provocado expresamente o por silencio un acto administrativo impugnado, que no era nuestro caso. De hecho, no existe ningún «acto preparatorio o del procedimiento de adjudicación» que pueda ser inválido, en el sentido del artículo 38b de la Ley de Contratos del Sector Público. Sólo existe el negocio unilateral de Derecho privado, que no puede ser nulo por causas

«civiles» y que no es encuadrable en ninguna de las causas de ineficacia administrativa de los artículos 39 y 40 de dicha ley.

- 5.6. ¿O sí podrá ser «civilmente» nulo por falta de «capacidad» administrativa o por infracción de norma imperativa (art. 6.3 del Código Civil) sin importar que una u otra hayan de determinarse por la aplicación de normas administrativas? De hecho, esto es lo que permite el artículo 42.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, conocer «a los solos efectos civiles» asuntos [sic] atribuidos a la jurisdicción contencioso-administrativa. El juzgador civil tendría que haber apreciado la nulidad de la fianza, una vez que ha calificado como garantía vinculante la meritada carta de patrocinio. Esto no quiere decir que todas las cartas de patrocinio deban pasar por esta regla, sino sólo aquellas que sean calificadas como creadoras de un compromiso financiero para el emitente, ya sea el de pagar al acreedor, ya el de insuflar fondos a la filial (en este caso imposible, al hallarse en concurso). En otras palabras, la jurisdicción civil retenida por un contratante civil que pide el cumplimiento está en condiciones, dentro de los límites de la congruencia, de aplicar la normativa administrativa procedente para determinar si se cumplen los requisitos de capacidad y poder de disposición que hacen que el contrato sea «civilmente» válido. Validez civil que no puede determinarse con otro elemento de contraste que no sea la propia Ley de Contratos del Sector Público. Lo que no resulta admisible es que, precluido de una forma u otra el camino impugnatorio por las vías administrativa y contenciosa, el tribunal civil se abstenga de aplicar normativa administrativa que es esencialmente relevante para la validez civil de un contrato.